



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
MAG. PONENTE: DR. BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Ibagué, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ
Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUÉ
Tercero con interés: ALEXANDER CARDENAS RODRIGUEZ
Tema: REINTEGRO CARGO EN PROVISIONALIDAD

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante, contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, de fecha 27 de mayo de 2020, mediante el cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ actuando mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, instauró demanda en contra del MUNICIPIO DE IBAGUÉ y se vinculó como tercero interesado al señor ALEXANDER CARDENAS RODRIGUEZ, pretendiendo que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1 Solicito se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio SAC2016EE2602 del 09 de Marzo de 2016 emitido por el MUNICIPIO DE IBAGUÉ - SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL notificado al demandante el 11 de Junio de 2016 mediante el cual se DECLARO INSUBSISTENTE el nombramiento en provisionalidad efectuado al señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ identificado con cedula de Ciudadanía 93.356.232, del cargo de Celador, Código 477, Grado 01.

1.2. Como consecuencia de lo anterior le solicito al MUNICIPIO DE IBAGUÉ - SECRETARIA DE EDUCACION MUNICIPAL se impartan las siguientes ordenes:

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

1.2.1. Se reintegre al señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ identificado con cedula de Ciudadanía 93.356.232, del cargo de Celador, Código 477, Grado 01 o al empleo que remplace este o a otro empleo de igual o superior jerarquía con requisitos mínimos similares o susceptibles de ser cumplidos por mi poderdante, sin solución de continuidad para todos los efectos legales y en condición de provisionalidad.

1.2.2. A título de restablecimiento del derecho, reconozca y pague a favor del señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ los salarios, prestaciones sociales (primas, bonificaciones, vacaciones, auxilios) y aportes al sistema de seguridad social, aportes al sistema de seguridad social integral como pensión, salud, riesgos profesionales y cajas de compensación familiar y demás prestaciones que le corresponden a mi poderdante en el cargo de Celador, Código 477, Grado 01, desde su retiro y hasta la fecha en que efectivamente se materialice su reintegro. ·

1.3. Declárese para todos los efectos legales y prestacionales, que no ha existido solución de continuidad desde la fecha de retiro y hasta la fecha efectiva de reintegro del señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ a la entidad demandada.

1.4. Se ordene al MUNICIPIO DE IBAGUÉ - SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL efectuar la indexación de las condenas, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado y el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011.

1.5. Se ordene al MUNICIPIO DE IBAGUÉ - SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.6. Se condene en costas a la entidad demandada en los términos del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes:

HECHOS

“1.1 El señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Celador, Código 477, Grado 01, adscrito a la secretaria de Educación y asignado a la Institución Educativa "ALBERTO SANTOFIMIO CAICEDO" mediante la Resolución 1002595 del 22 de septiembre de 2014.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

2.2. *Que el nombramiento anterior tuvo lugar desde el día de su posesión 23 septiembre de 2014 hasta el 29 de noviembre del mismo año.*

2.3. *Posteriormente y sin solución de continuidad, mediante Resolución 71003360 del 05 de diciembre de 2014 se efectuó nombramiento al señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ el cargo de Celador, Código 477, Grado 01, adscrito a la secretaria de Educación y asignado a la Institución Educativa "ALBERTO SANTOFIMIO CAICEDO" en los siguientes términos.*

*"ARTICULO SEGUNDO. - Nombrar **provisionalmente con carácter transitorio** al señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ (), desde el día de su posesión hasta el término que dure hospitalizado el señor RIGOBERTO CARDONA MAR ULANDA identificado con numero de cedula 14.209.276".
(subrayas propias)*

*A través oficio SAC-2016EE2602 del 09 de marzo de 2016 **recibido** por mi cliente el 11 de junio de 2016, se puso término a la vinculación en provisionalidad que ostentaba mi cliente con el MUNICIPIO DE IBAGUÉ - SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL.*

2.5. *Que la terminación del nombramiento provisional del señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ, se dio de manera informal a través del envío del oficio SAC2016EE2602 del 09 de marzo de 2016 a su dirección de trabajo.*

2.6. *Que el oficio SAC-2016EE2602 no le fue entregado al demandante de manera personal y directa sino a través de uno de sus compañeros a quien le recibió turno el día 11 de marzo de 2016.*

2.7. *Que el citado oficio suscrito por la secretaria de Educación Municipal de Ibagué, se le comunica lo siguiente al señor VERDUGO DIAZ:*

"(...) se permite comunicarle que su nombramiento en provisional temporal (sic) No. 71003360 del 5 de diciembre de 2014 generado por situación administrativa dentro de la planta global del Municipio se da por terminado en el momento de recibo de la presente comunicación, ello con ocasión del retiro del servicio activo por muerte del señor RIGOBERTO CARDONA MARULANDA".

2.8. *El señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ, tomo posesión del cargo de Celador, Código 477, Grado 01, adscrito a la secretaria de Educación y asignado a la Institución Educativa "ALBERTO SANTOFIMIO CAICEDO" el día 6 de diciembre de 2014, hasta el día 11 de marzo de*

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

2016 fecha en la cual le fue entregado el oficio de finalización de su vínculo y/o declaratoria de insubsistencia cuya nulidad se solicita.

2.9. El señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ desempeño sus actividades de conformidad con las instrucciones impartidas y las funciones asignadas en razón a su cargo, razón por la cual, por el término que perduró la relación legal y reglamentaria recibió una asignación básica mensual junto con el factor prestacional de ley.

2.10. La declaratoria de insubsistencia del señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DIAZ sin motivación alguna, ni suficiente, no comulga con la naturaleza del cargo y lo previsto en la Ley 909 de 2004, para la finalización de un nombramiento en provisionalidad en cargos que son de carrera administrativa.

2.11. Como quiera que el recurso de reposición no es obligatorio, en los términos del artículo 76 de la ley 1437 de 2011, el procedimiento administrativo iniciado con ocasión con la declaratoria de insubsistencia de mi poderdante, se encuentra debidamente concluido con una decisión que se encuentra ejecutoriada.

2.12. La decisión contenida en el acto administrativo "oficio" SAC- del 09 de marzo de 2016 recibido por mi cliente el 11 de junio de 2016 proferido por la secretaria de Educación Municipal de Ibagué transgrede y desconoce de manera directa los principios Constitucionales contenidos en el artículo 25 y 53 de nuestra Carta Magna, así como los derechos al debido proceso, derecho de audiencia y de defensa.

2.13. El multicitado oficio proferido por la Secretaria de Educación Municipal de Ibagué, cuya revocatoria se solicita, vulnera de manera directa las reglas previstas en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1277 de 2005 en relación con la motivación expresa del acto de retiro.

2.14. El acto administrativo proferido por el MUNICIPIO DE IBAGUE a través de la Secretaria de Educación Municipal, cuya nulidad se peticiona, se encuentra falsamente motivado por cuanto desconoce el actual marco jurídico que regula la desvinculación de provisionales contenido en la Ley 909 de 2004, el Decreto 1277 de 2005, Ley 1437 de 2011 y Sentencia de unificación SU-691 de 2011.

2.15. A su vez, el acto administrativo cuya revocatoria se pretende en esta oportunidad, desconoce el precedente jurisprudencial que se ha elaborado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional como

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

órganos de cierre, en relación con la facultad de retiro de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.”

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

MUNICIPIO DE IBAGUÉ

A través de apoderado judicial el Municipio de Ibagué, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, afirmando, que los actos administrativos demandados se encuentran revestidos de legalidad, como quiera que la Ley 909 de 2004, en su artículo 25 señala que la provisión de los empleos por vacancia temporal, que se encuentren en situaciones administrativas que impliquen la separación temporal de los mismos, podrán ser provistos en forma provisional únicamente por el término que duren dichas situaciones cuando no es posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Manifiesta, que ateniendo lo dispuesto en la normatividad referenciada, el MUNICIPIO DE IBAGUÉ nombró en provisionalidad al hoy demandante en el cargo de Celador Código 477 Grado 01, de la Institución Educativa "Alberto Santofimio Caicedo", debido a la necesidad del servicio, puesto que el titular del mismo se encontraba en una situación de enfermedad, debiendo nombrar a otra persona en aras de evitar el desmejoramiento del servicio y garantizar la buena marcha de la función administrativa, razón por la cual el nombramiento del señor VERDUGO DÍAZ se realizó de forma transitoria en la vacante temporal generada, precisando, que en el acto administrativo que lo nombró se indicó que la provisionalidad iba hasta la terminación de la licencia por enfermedad del titular del cargo.

Ante ello, la apoderada de la demandada arguye que dieron total cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, puesto que, en el acto de nombramiento del hoy demandante, se precisó el término de duración, el cual se itera, iba hasta la terminación de la licencia por enfermedad del titular, y en tal sentido, ante su fallecimiento se entiende que automáticamente fue retirado del servicio.

Así las cosas, la accionada reitera que las actuaciones de las normatividad referenciadas y de las actuaciones surgidas por la administración, existía

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

una motivación seria y responsable del acto administrativo que hoy se controvierte su legalidad, al haber cumplido a cabalidad la normatividad que para el caso le era aplicable, sin que se pueda predicar falsa motivación como lo alega el actor, pues contrario a ello, la motivación del acto se encuentra en debida forma, máxime, cuando los argumentos planteados guardan total coherencia con los actos administrativos de nombramiento en provisionalidad, en los cuales se advirtió claramente que la vacancia temporal obedecía a una situación administrativa dentro de la planta global de cargos de la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué, lo que conllevó a que de forma transitoria se realizara el nombramiento, sólo por el tiempo que perduro la situación administrativa que le dio origen.

Finalmente, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, y en su lugar se declaren probadas las siguientes excepciones: inexistencia de la obligación reclamada, ausencia de causa para demandar y falta de vicio en los actos administrativos que se acusan.

ALEXANDER CÁRDENAS RODRÍGUEZ

A través de apoderado judicial el señor Alexander Cárdenas Rodríguez, actuando como tercero con interés, contesta la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, manifestando, que en la actualidad se encuentra ocupando el cargo que era desempeñado por el accionante, en virtud de una orden judicial proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Señala, que a través del Decreto número 1000-0395 de fecha 11 de abril de 2016, se dio cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Administrativo del Tolima mediante sentencia proferida el 24 de agosto de 2015, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del derecho adelantado por el señor Alexander Cárdenas contra el Municipio de Ibagué, donde se falló a su favor, y por ende, se ordenando su reintegro de forma provisional a la planta global de cargos de la Secretaria de Educación del Municipio de Ibagué en el cargo de Celador Código 477 Grado 01, de la Institución Educativa "Alberto Santofimio Caicedo", y ante esta condición, afirma que su prohijado no puede ser removido del cargo, por la sentencia judicial y aunado, a que goza de un fuero de estabilidad reforzada en salud.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

Por consiguiente, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda, debiéndose preservar el amparo de los intereses y derechos del señor Cárdenas Rodríguez, teniendo en cuenta la estabilidad laboral reforzada de la que es acreedor y el estado de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentra, por lo cual formula como excepciones: inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante, prohibición de despido o desvinculación de un trabajador amparado por estabilidad laboral reforzada, obligación de acatar un fallo judicial y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida el día 27 de mayo de 2020, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, resolvió negar las pretensiones de la demanda, para lo cual sostuvo lo siguiente:

“(…)

Así las cosas, en el presente asunto se encuentra demostrado que el señor Carlos Eduardo Verdugo Díaz prestó sus servicios en el Municipio de Ibagué, con nombramiento en provisionalidad de carácter transitorio en el cargo de Celador Código 477 Grado 01 en la institución educativa Alberto Santofimio Caicedo, a partir del 9 de diciembre de 2104 hasta el 11 de marzo de 2016, cuando le fue comunicado el oficio SAC-2016EE2602 de fecha 9 de marzo de 2016, mediante el cual se le informa que fue terminada su vinculación provisional con carácter transitorio, generada por la situación administrativa denominada retiro del servicio activo por muerte del señor Rigoberto Cardona Marulanda, lo que en consecuencia, conllevaba a la finalización de la situación administrativa, que dio lugar a la designación del demandante, al ser evidente que con el fallecimiento del titular también finalizó la hospitalización del mismo.

En dicho orden de ideas, se aprecia que la parte demandante argumenta que el acto administrativo fue expedido falsa motivación, toda vez que se realizó en ejercicio de una facultad discrecional a un asunto que por disposición de la Ley ya se había calificado como una competencia reglada y requería de una motivación expresa.

No obstante se evidencia que cuando el oficio SAC-2016EE2602 del 9 de marzo de 2016 fue comunicado al demandante, esto es, el 11 de marzo de 2016, ya había sido emitida la Resolución 1053-503 de fecha 25 de febrero de 2016, por la cual se retira del servicio activo por muerte al señor Rigoberto Cardona Marulanda, quien desempeñaba el cargo de

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

Celador Código 477 Grado 01, adscrito a la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué y asignado a la Institución Educativa "Alberto Santofimio Caicedo", lo que en consecuencia conlleva a que posteriormente fuera emitido dicho oficio, terminando así la vinculación provisional con carácter transitorio que ostentaba el demandante, advirtiéndose que no se trata de una decisión que surgió como fruto de la discrecionalidad de la entidad nominadora, sino como consecuencia de la finalización de la situación administrativa temporal que generó el nombramiento del demandante.

Debido a la situación administrativa mencionada anteriormente, el artículo 4 del decreto 1227 de 2005, reglamentario del artículo 21 de la ley 909 de 2004 estableció que el acto administrativo a través del cual se efectúe el nombramiento debe indicar el término de su duración, lo que se encuentra acreditado en la resolución 71003360 del 5 de diciembre de 2014, que estableció como término desde el día de su posesión hasta el término que dure la hospitalización del señor Rigoberto Cardona Marulanda, lo que se cumplió el día de su fallecimiento, por lo que en consecuencia, una vez finalizada dicha situación, quien ocupaba el cargo quedaría automáticamente desvinculado del servicio.

Sumado a lo anterior, se encuentra acreditado que el empleo del cual se pretende el reintegro en el presente asunto, fue objeto de provisión con el Decreto número 1000-0395 de 11 de abril de 2016, en cumplimiento de orden judicial, que ordenó el reintegro del señor Alexander Cárdenas Rodríguez al cargo de Celador Código 477 Grado 01 en la institución educativa Alberto Santofimio Caicedo, tratándose de un acto administrativo proferido a efectos de dar cumplimiento a una sentencia.

En ese orden de ideas, teniendo de presente que la motivación del acto que dispone la terminación del nombramiento provisional de carácter transitorio es más que suficiente, el Despacho considera que en el caso concreto se dio cumplimiento de tal exigencia, acogiendo los precedentes jurisprudenciales citados para estudio.

Partiendo de los anteriores enunciados, el Despacho considera que en el sub examine no se encuentran probados los cargos de falta y falsa motivación, como quiera que el acto se encuentra motivado y se establecieron las razones objetivas y verificables que justificaron la terminación del nombramiento provisional de carácter transitorio del señor Carlos Eduardo Verdugo Díaz.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

Conforme a todos los argumentos anteriormente expuestos, se tiene que no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, razón más que suficiente para negar las pretensiones de la demanda.”

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, argumentando, que el juez de primera instancia incurrió en error, puesto que la motivación del acto no es suficiente, dilucidándose ausencia de motivación, desconocimiento del precedente jurisprudencial, ya que al momento de proferir el acto de declaración de insubsistencia, la administración no expuso las razones concretas de su decisión, pues sí bien el nombramiento del demandante lo fue por el término de duración de la hospitalización del titular del empleo, también es cierto, que ante el inminente fallecimiento del titular sólo le era dable al municipio desvincular al demandante bajo los criterios definidos para la declaración de insubsistencia de provisionales, y no con fundamento en la finalización del periodo de incapacidad aludida, siendo esta circunstancia que afianza la permanencia en el empleo del demandante.

Por lo cual trae a colación, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-917 de 2010, la cual abre la puerta para que la facultad de desvinculación de provisionales pueda ejercitarse previa motivación del nominador basada en razones específicas atinentes al servicio, u otras razones como lo es por ejemplo la convicción de un mejoramiento del mismo, de manera que los motivos para retirarlo del servicio deben ser consistentes con la realidad, objetivamente fundados, afirmando, que dichas condiciones o requisitos no se configuraron en el caso bajo estudio.

Lo anterior, en virtud a que el acto demandado está fundado en el hecho de haberse culminado el período de incapacidad y hospitalización del titular del empleo, pero como consecuencia de su fallecimiento, no así de su reintegro a las funciones, de manera que la terminación de la provisionalidad del demandante no era viable motivarse bajo dicho hecho, sino con sustento en las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia referenciada.

Sostiene, que la desvinculación de un funcionario en vigencia de la Ley 909 de 2004, que se encuentra desempeñando un empleo de carrera administrativa en provisionalidad exige la expedición de un acto

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

administrativo motivado, es decir, el nominador debe expresar las causas del retiro, por lo cual, al revisar el oficio SAC-2016EE2602 del 09 de marzo de 2016, simplemente se limitó a terminar un presunto nombramiento que denominó "provisional temporal" desconociendo que en el fondo se trata de la declaratoria de insubsistencia de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa previsto en la Ley 909 de 2004, en el cual reitera, que no existe duda alguna que se requería motivación para su finalización, de conformidad con el ordenamiento legal y el precedente jurisprudencial

Ante lo esbozado, concluyó las siguientes:

- *“La desvinculación del señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ no es objeto de una facultad discrecional de la administración.*
- *Para su retiro se requería que la administración municipal motivara expresamente la decisión, lo que no basta con la anotación de que se trata de la terminación de un nombramiento en "provisional temporal" (sic) tal y como fue denominado equivocadamente por la entidad.*
- *A la fecha habiendo quedado el cargo en una situación de vacancia definitiva, deberá proveerse en virtud de un concurso de méritos o alegando razones atinentes al mejoramiento del servicio o asuntos disciplinarios, entre otros, para que procediera la desvinculación del provisional.*
- *De otro lado en relación con los cargos de violación directa de la constitución y la ley y la violación del debido proceso, derecho de audiencia y defensa me remito a los argumentos esbozados en la demanda y en los alegatos precisados en primera instancia.*
- *Conforme a las reglas citadas y atendiendo las razones argumentadas en el acto de retiro, contrario a la tesis expuesta por el despacho de primera instancia, el acto anulado no se ajusta al marco legal que habilita al nominador a retirar a quien ha sido nombrado en provisionalidad bajo las circunstancias del demandante. (...)*

En consecuencia, la apoderada judicial de la parte demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar se acceda a la

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

totalidad de las pretensiones elevadas en el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 16 de septiembre de 2020, se ADMITIÓ recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 27 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, a través de la cual negó a las pretensiones de la demanda.

Posteriormente, a través de auto del 28 de junio de 2021 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, por lo cual, los apoderados judiciales de la parte actora, la entidad demanda y el tercero con interés los allegaron al plenario, donde reiteran los argumentos esbozados en actuaciones anteriores.

Por su parte, el representante del Ministerio Público dentro del término concedido para emitir su concepto, **guardó silencio**.

CONSIDERACIONES

PARTE PROCESAL

Es competente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para resolver la presente controversia, en segunda instancia tal como lo establece el artículo 153 del C.P.A.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a esta Corporación entrar a determinar, si la decisión adoptada por el A Quo se encuentra ajustada a derecho, al haber negado el reintegro del señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ, al considerar que su retiro estuvo ajustado a derecho, o si, por el contrario, como lo alega la demandante, los actos administrativos que la retiraron del servicio se encuentran viciados de nulidad al presuntamente vulnerársele sus derechos.

ESTUDIO SUSTANCIAL

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01

Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz

Demandado: Municipio de Ibagué

D) LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y PROVISIÓN DE CARGOS

La carrera administrativa es concebida como institución jurídica, a través del cual se garantiza la eficiencia de la administración, y la profesionalización de los empleos, así como su permanencia en su desempeño.

También como sistema de gerencia regula los deberes y derechos de la administración y del empleado, así como la forma de ingreso, ascenso y retiro.

Inicialmente el artículo 123 y 125 de la Constitución Política, refiere quienes son considerados como servidores públicos y la categoría que ostenta de acuerdo a su forma de ingreso:

*“Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios”
(...)*

*Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.”
(...)*

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”

De acuerdo a lo anterior, se tiene entonces que la regla general es que los empleos sean de carrera y las excepciones las constituyen los de periodo fijo y los de libre nombramiento y remoción.

La vinculación en carrera implica que se superaron todas las etapas de un concurso de méritos, la cual permite al empleado una vez es posesionado, adquirir todos los derechos de carrera que envuelve su desempeño, entre ellos, el de estabilidad, que le garantiza la posibilidad de no ser removido del cargo, sino por precisas razones de orden constitucional o legal.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

Por su parte, la vinculación en provisionalidad, lleva intrínseco la temporalidad en el desempeño del cargo, mientras el mismo es provisto en carrera, asimismo no goza de la estabilidad de quienes se encuentran vinculados en propiedad, es por ello que resulta más endeble a otras causas que han sido previamente definidas en la legislación.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, en relación con la figura de la provisionalidad para proveer empleos de carrera señaló:

“ART. 9º De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

*ART. 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, **por resolución motivada, podrá darlos por terminados.**” (Negrilla y subraya fuera del texto)*

Así las cosas, para la provisión de los empleos públicos se establecen tres clases de nombramientos: ordinario, en periodo de prueba y en provisionalidad¹.

El empleo de libre nombramiento es provisto a través de nombramiento ordinario; en periodo de prueba entendida como la fase previa para proveer en carrera el cargo; y el nombramiento provisional, cuando se trata de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera.

¹ Decreto Ley 2400 de 1968.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

II) ESTABILIDAD EN LOS NOMBRAMIENTOS REALIZADOS EN PROVISIONALIDAD.

De acuerdo con lo previsto en la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario 1227 de 2005, los nombramientos provisionales proceden de manera excepcional, siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y siempre y cuando no exista lista de elegibles vigente con la cual pueda proveerse dicho empleo.

El nominador podrá declarar insubsistente el nombramiento, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado.

En relación con la situación del empleado provisional a la luz de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y sus Decretos Reglamentarios, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo², ha señalado:

“DE LA SITUACIÓN DEL EMPLEADO PROVISIONAL (...)”

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004, cuando establece que las clases de nombramiento son ordinarias para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal; con lo que se torna aún más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, varía la situación, pero solo cuando se da por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, evento en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

² Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 23 de septiembre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08).

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

De todo lo anterior emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

(...)”.

*La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**³, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 -sic- y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que

³ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos⁴ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado." (Subraya fuera del texto original)

La anterior posición fue reiterada por el Consejo de estado, mediante sentencia del 22 de marzo del 2018, proferida dentro del expediente con radicación No. 5000-23-42-000-2013-01621-01(3660-14), C.P: César Palomino Cortés, donde indicó:

*"(...) Conforme a lo anterior y teniendo en cuenta que el acto acusado fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004, por expresa remisión legal, **los actos administrativos de insubsistencia deben motivarse siempre que se ocupe un cargo de carrera administrativa en provisionalidad,** contrario a lo dispuesto frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, cuya designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador, **todo esto como garantía del ejercicio pleno del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y en aras de evitar posibles arbitrariedades y***

⁴ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

excesos por parte del ente nominador.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

A partir de lo anterior, se colige que el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio a quien ocupe un cargo de carrera administrativa bajo la modalidad de provisionalidad, por lo que debe encontrarse ajustado a lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, esto es, que debe contener una motivación en la que se expresen los motivos por la que se adopta una decisión en tal sentido.

La anterior exigencia de motivación del acto, no supone *per se*, el otorgamiento de un fuero de estabilidad para los empleados públicos nombrados en provisionalidad, pues recuérdese que, la provisionalidad del empleado que ocupa un cargo de carrera en la Administración Pública, no le otorga estabilidad laboral, en tanto que, ésta es propia de los empleados que se hallen inscritos en el escalafón de carrera administrativa.

Por ello, el retiro del servicio de las personas que se encuentren nombradas en provisionalidad ocupando un empleo de carrera, se produce mediante la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, conforme a la regulación contemplada en la ley. Empero, es clara la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, en cuanto a que los términos de duración de los nombramientos provisionales **no pueden superar los seis (6) meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada**, de tal manera que, **sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados.**

III) TERMINACIÓN DE LOS CARGOS EN PROVISIONALIDAD

En relación con la terminación de los nombramientos efectuados en provisionalidad, el H. Consejo de Estado ha tenido criterios oscilantes, por un lado se ha considerado que el cumplimiento del término de seis (6) meses no constituye por sí misma, en una justa causa para la desvinculación de la persona que fue nombrada en provisionalidad⁵.

⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Sentencia del 13 de noviembre de 2014. M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Exp. 2014-02523-00.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

Por el contrario, otra parte de la judicatura considera que si constituye motivación suficiente para dar por terminado el nombramiento provisional, como quiera que la entidad competente para autorizar y prorrogar este tipo de nombramiento requiere de la aprobación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, y en caso de expirar el término para el cual fue nombrado, se cumpliría con una de las condiciones para permanecer en el empleo; sin embargo, esta disposición no resulta aplicable en los casos de regímenes especiales como en el sub judice.

En este orden de ideas, se dilucida que el nombramiento en provisionalidad constituye una modalidad de vinculación a la administración de tipo excepcional, con carácter transitorio o temporal y que no otorga ninguno fuero de estabilidad en el ejercicio del empleo.

En lo que respecta, al retiro de un funcionario nombrado en provisionalidad, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, resulta necesario que medie acto administrativo debidamente motivado, a través del cual se justifique las razones para la adopción de tal decisión, tal y como lo ha sostenido nuestro máximo órgano de cierre, quien en sentencia del 23 de septiembre del 2015, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, proferida dentro del proceso con radicación No. 05001-23-31-000-2002-02327-01(3651-13), señaló:

“ACTO DE INSUBSISTENCIA - Debe ser motivado en vigencia de la Ley 909 de 2004 A partir de la sentencia del 23 de septiembre de 2010, el Consejo de Estado ha considerado que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, cuya desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de esta ley (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).” (Subraya fuera del texto)

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

Es así, que el artículo 41 de la Ley 909, establece las causales de retiro del servicio de los empleados públicos:

"Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

(...)

*n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.
Parágrafo 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

(...)" (Negritas y subrayas fuera de texto)

La Ley 909 de 2004, fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, el cual en su título respecto a la vinculación de los empleados de carrera, sostuvo lo siguiente:

"TITULO II VINCULACION A LOS EMPLEOS DE CARRERA

CAPITULO I Provisional de los empleos

Artículo 7: Modificado por art. 1. Decreto Nacional 1894 de 2012, La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Artículo 8º. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004. El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.

Parágrafo modificado por el Decreto 4968 de 2007.

Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Artículo 9°. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados". (Negritas y subrayas fuera de texto)

En lo atinente a la motivación de los actos de insubsistencia, de empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad en vigencia de la Ley 909 de 2004, el H. Consejo de Estado ha manifestado:

"Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3° y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, (...)

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

expresamente previstas (art. 41 ley 909 de 2004, art 10 Decreto 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado”

De todo lo anterior se concluye que el nombramiento de un empleado de carácter provisional tiene un procedimiento especial supeditado. en primer lugar, al encargo del personal que se encuentre en carrera quienes tendrán tal derecho si acreditan los requisitos para su ejercicio. poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, su última evaluación del desempeño sea sobresaliente, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el año anterior y se encuentren desempeñando el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer.

Se extracta de la normatividad transcrita, que conforme a lo establecido en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, hoy compilado en el Decreto 1083 de 2015, los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, con fundamento en unas causales específicamente señaladas en la norma siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

El término de duración de los nombramientos provisionales actualmente se encuentra concebido para la vacancia definitiva hasta que se efectúe el nombramiento en periodo de prueba y en los casos de vacancia temporal hasta cuando finalice la situación administrativa que le dio origen a la misma, sin que la norma establezca prórroga para los eventos señalados

Por su parte, **el retiro debe ser motivado, sin que ello implique equiparar los empleados provisionales con los que se encuentran en carrera por cuanto se encuentran en situaciones administrativas diferentes, por lo que, en el caso de los empleados en provisionalidad, sólo debe tenerse en cuenta que su retiro esté precedido de razones claras, detalladas y precisas, ajustadas a la realidad, adoptadas con base en la normatividad vigente.**

Dilucidado lo anterior, procederá esta Corporación a desatar la cuestión objeto de estudio, relacionando previamente el material probatorio que reposa en el plenario:

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

DEL CASO CONCRETO

En el caso bajo estudio, encontramos que el señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ, instaura demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, solicitando ser reintegrado al cargo de Celador, Código 477, Grado 01 adscrito a la Secretaría de Educación y asignado a la Institución Educativa "ALBERTO SANTOFIMIO CAICEDO", el cual ostentaba en provisionalidad, aludiendo que el acto administrativo que resolvió retirarlo del servicio está viciado de nulidad, al no haber sido motivado.

Por su parte, el MUNICIPIO DE IBAGUÉ contestó la demanda, manifestando que los actos atacados gozan de legalidad, como quiera que el acto fue debidamente motivado, puesto que el nombramiento del demandante se efectuó hasta la fecha de terminación de la licencia de enfermedad del titular del cargo, por lo que, ante su fallecimiento, el nombramiento en provisionalidad del actor finiquitaría automáticamente, al haber terminado la situación administrativa en la que se encontraba, por lo que solicita que se nieguen las pretensiones

A su vez, se vinculó como tercero interesado al señor ALEXANDER CÁRDENAS RODRÍGUEZ, afirmando, que fue nombrado en el cargo que ostentaba el actor en virtud a una sentencia judicial proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que ordenó su reintegró de forma provisional a la planta global de cargos de la Secretaria de Educación del Municipio de Ibagué, razón por la cual ante la disposición judicial que amparó sus derechos fundamentales no podría ser removido de su cargo, en virtud del fuero de estabilidad reforzada en salud que posee, razones en las que se funda para solicitar que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Una vez agotadas las etapas correspondientes, el Juzgado Primero Administrativo mediante sentencia del 27 de mayo de 2020, profirió sentencia negando las pretensiones de la demanda, al considerar que no se probaron los cargos propuestos por la parte actora, al evidenciarse que los motivos de retiro estuvieron ajustados a la ley, pues se precisaron las razones objetivas y verificables que justificaron la terminación del nombramiento provisional de carácter transitorio del accionante.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando, que, de conformidad con la Ley y la Jurisprudencia, la administración no tenía la facultad para retirar al actor de forma discrecional, por lo que debió haberse motivado en debida forma el acto administrativo que resolvió retirarlo del servicio, y si quería proveerlo se debió haber realizado a través de un concurso de méritos, o debiendo argumentar el mejoramiento del servicio, lo cual no acaeció, lo que vicia de nulidad el acto administrativo demandado, razones por las que solicita que se revoque la decisión recurrida y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

En este orden de ideas, procede la Sala a desatar la situación de litigio del sub examine, el cual gira en torno a determinar si la decisión adoptada por el A Quo se encuentra ajustada a derecho, al haber negado el reintegro del señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ, al considerar que su retiro estuvo ajustado a derecho, o si, por el contrario, como lo alega la demandante, los actos administrativos que lo retiraron del servicio se encuentran viciados de nulidad al presuntamente vulnerársele sus derechos.

Es necesario señalar, que la causal propuesta por el demandante es la de falsa o indebida motivación, la cual se configura cuando la motivación de los actos administrativos es ilegal, es decir, cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para su emisión, traducidas en la parte motiva del acto, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición; por manera que, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse, so pena de estructurar este vicio que afecta su validez y que confluye en la nulidad del mismo.

Esta causal de nulidad fue propuesta por el accionante, argumentando, que con la expedición del acto administrativo demandado, se vulneran sus derechos, la constitución y el debido proceso, al no exponerse las razones reales por la cuales iba ser desvinculado del servicio, al considerar que con la muerte del titular no era suficiente para dar por terminado su nombramiento.

Es así, que la Sala observa que a la luz de la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado concluye que, en relación a la declaratoria de

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

insubsistencia de empleados provisionales, deberá darse mediante acto motivado, y aduciendo a causales específicas en atención a la estabilidad que fue destinada para los funcionarios de carrera en calidad de provisionalidad, estabilidad que, si bien es relativa, no abandona su condición de estabilidad.

Por lo cual, al revisar el material probatorio que reposa en el plenario, se dilucida que a través de la Resolución 71002595 del 22 de septiembre de 2014, se realizó el nombramiento del señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ en **provisionalidad con carácter transitorio**, en el cargo de Celador Código 477 Grado 01, adscrito a la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué y asignado a la Institución Educativa "Alberto Santofimio Caicedo", **desde el día de su posesión hasta la terminación de la licencia por enfermedad del titular del cargo señor Rigoberto Cardona Marulanda**⁶.

Posteriormente, mediante Resolución 71003360 del 5 de diciembre de 2014, se nombró en provisionalidad al señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ, con **carácter transitorio**, en el cargo de Celador Código 477 Grado 01, adscrito a la Secretaría de Educación del Municipio de Ibagué y asignado a la Institución Educativa "Alberto Santofimio Caicedo", **desde el día de su posesión hasta el término que durará la hospitalización de Rigoberto Cardona Marulanda**⁷.

Se observa, que el día 24 de agosto de 2015, esta Corporación profirió sentencia de segunda instancia, dentro del proceso de radicación número 73001-33-31-004- 2011-00548-01, donde se condenó al MUNICIPIO DE IBAGUÉ a reintegrar al señor Alexander Cárdenas Rodríguez al cargo de Celador Código 477 Grado 01 o a uno igual o de equivalente categoría, la cual quedó ejecutoriada el 07 de diciembre de 2014⁸.

Mediante Resolución No. 1053-503 de fecha 25 de febrero de 2016, el MUNICIPIO DE IBAGUÉ retiro del servicio activo al señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ, del cargo que venía desempeñando en provisionalidad como Celador Código 477 Grado 01, adscrito a la Secretaría de Educación del Municipio, ante el fallecimiento del señor Rigoberto Cardona Marulanda,

⁶ Ver folios 7 a 9 del cuaderno principal.

⁷ Ver folios 10 a 12 del cuaderno principal.

⁸ Ver folios 110 a 144 del cuaderno principal.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

quien desempeñaba el cargo al que se había nombrado al actor, y en consecuencia declaró su vacancia⁹.

Ante dichas circunstancias, la demandada expidió el oficio No. SAC-2016EE2602 del 9 de marzo de 2016, terminando la vinculación provisional con carácter transitorio que ostentaba el señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ, en el cargo de Celador Código 477 Grado 01, adscrito a la Secretaría de Educación del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, como consecuencia del retiro del servicio activo del titular debido a su fallecimiento¹⁰.

Luego de esto, el MUNICIPIO DE IBAGUÉ dando cumplimiento a la sentencia de fecha 24 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, expidió el Decreto No. 1000-0395 de 11 de abril de 2016, ordenando el reintegro del señor Alexander Cárdenas Rodríguez al cargo de Celador Código 477 Grado 01 en la Institución Educativa Alberto Santofimio Caicedo, el cual era el que desempeñaba el hoy demandante¹¹.

Atendiendo lo esgrimido anteriormente, observa la Sala que el señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ, laboró en el cargo de Celador Código 477 Grado 01 adscrito a la Secretaría de Educación del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, asignado a la Institución Educativa "Alberto Santofimio Caicedo", desde el 24 de septiembre de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2014 y posteriormente, desde el 9 de diciembre de 2014 hasta el 11 de marzo de 2016¹², los cuales se efectuaron en **provisionalidad de carácter transitorio hasta que finiquitara la hospitalización del señor Rigoberto Cardona Marulanda**, quien era la persona que ostentaba dicho cargo.

Por lo cual, es menester traer a colación, el artículo 4 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, que señala el tiempo de duración de los nombramientos transitorios o temporales, como en el sub judice, para lo cual señala:

“ARTÍCULO 4°. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al

⁹ Ver folios 95 a 96 del cuaderno principal.

¹⁰ Ver folio 5 del cuaderno principal.

¹¹ Ver folios 145 a 147 del cuaderno principal.

¹² Ver folios 16 a 17 y 83 a 84 del cuaderno principal.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. (...) (Subraya fuera del texto original)

Dicho requisito, se acredita en los actos administrativos que nombraron al señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ, pues allí se indicó de manera expresa que su nombramiento era “transitorio” y que el mismo iba hasta que terminara la hospitalización del señor Rigoberto Cardona Marulanda, quien era la persona que ostentaba dicho cargo, observándose, que allí se estableció el término de duración del nombramiento.

Por lo cual, ante el fallecimiento del señor Rigoberto Cardona Marulanda (q.e.p.d), es evidente para la Sala que el nombramiento del demandante finiquitaría, pues al terminarse la hospitalización por la muerte de la persona que era reemplazada por el señor VERDUGO DÍAZ, era procedente su retiro del servicio, encontrándose debidamente motivado el acto administrativo que hoy es controvertido, quedando vacante el cargo del demandante.

En este punto, se recuerda que el artículo 7 de la Ley 909 de 2004, el cual fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, el cual, respecto a la vinculación de los empleados de carrera, sostuvo lo siguiente:

"TITULO II VINCULACION A LOS EMPLEOS DE CARRERA

CAPITULO I Provisional de los empleos

Artículo 7: Modificado por art. 1. Decreto Nacional 1894 de 2012, La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial. (...)
(Negrilla y Subraya fuera del texto original)

En virtud a la norma expuesta, se advierte que si bien es cierto quedó vacante el cargo de Celador Código 477 Grado 01, y este podía seguir siendo desempeñado por el demandante a través de un nuevo nombramiento, la administración municipal resolvió dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley 909 de 2005, dando prioridad al reintegro del señor Alexander Cárdenas Rodríguez, como quiera que este fue

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

ordenado en sede judicial, y ante dichas circunstancias, se le debía dar prioridad.

Así las cosas, encuentra la Sala que el acto administrativo que resolvió retirar del servicio al señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ, se encuentra debidamente motivado, puesto que obedeció a que finiquitó el nombramiento en provisionalidad y transitorio del actor en el cargo de Celador Código 477 Grado 01, al haberse terminado la hospitalización del titular del cargo en virtud a su fallecimiento, siendo este el tiempo de duración que se había previsto en la resolución de nombramiento del demandante.

Ante los esgrimido, se trae a colación reciente sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, de fecha 11 de noviembre de 2021, C.P: Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente No. 66001-23-33-000-2016-00555-01(5295-19), al pronunciarse sobre la carga de la prueba en los casos de reintegro cuando se alegue falsa motivación por parte de la administración, donde señaló:

“Resulta oportuno advertir que en el caso de la presunción legal de una decisión propia de la Administración pública, le corresponde al particular eventualmente afectado con ella, desvirtuarla; y en el sub lite, como ya se vio, la accionante no demostró que el acto acusado estuviera viciado de falsa motivación; quien alega tal vicio tiene la obligación de acreditarlo con suficiencia, puesto que, conforme al artículo 167 del Código General del Proceso (CGP), le incumbe la carga de la prueba. En ese sentido, las razones que llevaron a tomar la decisión de insubsistencia de la actora resultan suficientes para esta Corporación y, por ende, descartan el vicio de falsa motivación invocado en los escritos de demanda y alzada, lo que conlleva la negativa de las pretensiones del libelo introductorio, como lo concluyó el a quo.” (Negrilla y subraya fuera del texto original)

De acuerdo a lo esbozado por el máximo órgano de cierre, no existe duda para la Sala que a la parte demandante era a quien le correspondía la carga de la prueba, debiendo desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, siendo esta parte quien debía demostrar la falsa motivación alegada, lo cual no acaeció en el sub iudice, contrario a ello, el MUNICIPIO DE IBAGUÉ demostró que sus actuaciones estuvieron ajustadas a la Constitución y la ley, razones por las que los argumentos esgrimidos en

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

el recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad.

En consecuencia, al no desvirtuarse la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, se **CONFIRMARÁ** la sentencia del 27 de mayo de 2020, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué NEGÓ las pretensiones de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CONDENA EN COSTAS.

Conforme al artículo 188 del CPACA, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, condénese en costas de esta instancia a la parte demandante, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas.

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

De acuerdo a lo anterior se toma la siguiente,

D E C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 27 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Ibagué, que NEGÓ las pretensiones de la demanda instaurada por el señor CARLOS EDUARDO VERDUGO DÍAZ en contra del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDÉNESE en costas de esta instancia a la parte demandante, siempre y cuando se encuentren causadas y probadas; lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P. Procédase de conformidad.

Expediente: 73001-33-33-001-2016-00333-01
Demandante: Carlos Eduardo Verdugo Díaz
Demandado: Municipio de Ibagué

Fíjese como agencias en derecho el valor equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. Líquidense de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO.- Una vez en firme, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

En cumplimiento de las medidas de aislamiento preventivo decretadas por el Gobierno nacional para evitar la propagación del COVID 19, la presente providencia fue discutida y aprobada por la Sala a través de medios electrónicos y se notifica a las partes por este mismo medio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



BELISARIO BELTRÁN BASTIDAS

Magistrado



LUIS EDUARDO COLLAZOS OLAYA

Magistrado

- Salva voto -



CARLOS ARTURO MENDIETA RODRÍGUEZ

Magistrado