

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE  
VILLAVICENCIO**

Villavicencio, veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

<b>REFERENCIA:</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>ACCIONANTE:</b>	CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ
<b>ACCIONADA:</b>	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC
<b>EXPEDIENTE:</b>	50001-33-33-005-2016-00134-00

Agotado el trámite procesal, sin que se advierta ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho Judicial a proferir sentencia en primera instancia, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC.

Ahora bien, de conformidad con el inciso primero del artículo 187 del C.P.A.C.A. corresponde en la sentencia hacer una síntesis de la demanda y su contestación, a lo cual procede el Despacho teniendo en cuenta para ello lo expuesto en la audiencia inicial (folios 133 al 137) celebrada el 9 de marzo de 2016.

## I. ANTECEDENTES

### LA DEMANDA

#### 1. PRETENSIONES

- 1.1. En síntesis, la demanda pretende que se declare la nulidad de la Resolución número 2585 del 22 de julio de 2015, proferida por el Director General de INPEC, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante en el cargo de Técnico Administrativo, Código, 3124, Grado 16, del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.
- 1.2. A título de restablecimiento del derecho, se solicita que se ordene al INPEC reintegrar, sin solución de continuidad, a la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ al cargo que desempeñaba al momento de su desvinculación u otro de igual o superior categoría, con el pago indexado de los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos de carácter laboral dejados de percibir desde el día de su desvinculación y hasta la fecha que se realice el reintegro.
- 1.3. Por último, solicita el pago indexado de las sumas que le sean reconocidas y que se condene en costas a la entidad demandada

#### 2. HECHOS

- La señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ laboró con nombramiento en provisionalidad en el INPEC desde el 29 de enero de 2010

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

hasta el 31 de agosto de 2015, en el cargo de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 16, prestando sus servicios en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.

- EL Director General del INPEC, mediante el oficio No. 3300 del 29 de junio de 2012, solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantar la convocatoria para la provisión de empleos de carrera con vacantes definitivas de la planta de personal administrativo del INPEC.
- Para el 29 de junio de 2012 regía el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos del Personal Administrativo del INPEC contenido en la Resolución número 952 del 29 de enero de 2010, el cual servía de base para reportar la oferta pública de empleos de carrera a la Comisión Nacional del Servicio Civil (OPEC).
- La Comisión Nacional de Servicio Civil, mediante el Acuerdo número 297 del 11 de diciembre de 2012, convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera de la planta de personal administrativo del INPEC. Denominándose Convocatoria número 250 de 2012 y publicada con base en el Manual Específico de Funciones vigente contenido en la Resolución número 952 del 29 de enero de 2010.
- A partir de la fecha de publicación del Acuerdo 297 de 2012, se iniciaron las diferentes etapas de convocatoria por él establecidas.
- El artículo 10 del Acuerdo 297 de 2012 estableció la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) para un total de 2137 vacantes.
- Se señalaron los días del 15 al 25 de enero del 2013 como periodo hábil para la compra del PIN, el cual fue comprado por la demandante en el Banco Popular.
- La Comisión Nacional del Servicio Civil expidió el Acuerdo 303 del 13 de marzo de 2013 modificando el Acuerdo 297 de 2012 y, por ende, la Convocatoria 250 de 2012, especificando en el inciso quinto de su parte considerativa que *“mediante oficio número 12816 del 8 de marzo de 2013, el Director General del INPEC solicitó a la Comisión modificar la OPEC reportada, teniendo en cuenta que mediante Resolución número 571 del 7 de marzo de 2013 se ajustó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos del personal administrativo del INPEC”*.
- El Acuerdo 303 del 13 de Marzo de 2013 modificó en su artículo 2º el número de vacantes, pues dispuso convocar al concurso para proveer sólo 2100 vacantes, modificando de esta manera la oferta de pública de empleos inicial, pues la reportada inicialmente a la CNSC en el Acuerdo 297 de 2012 fue de 2137 y en éste último la oferta se redujo 2100, indicándose además que en *“...la OPEC aparecen los nuevos perfiles de empleos adoptados por el INPEC, constituyéndose en una obligación a cargo del aspirante, revisar y analizar de manera detallada la OPEC, antes de su inscripción en el proceso de selección”*.
- El Director General de INPEC, mediante el oficio 8200-DICUV-1078 del 23 de mayo de 2014, le remitió el oficio del 22 de mayo de 2014 al Presidente de la CNSC, solicitándole la verificación de ciertas anomalías encontradas en la Convocatoria 250 de 2012.
- La CNSC, mediante la Resolución número 428 del 6 de marzo de 2015, adoptó la lista de elegibles para el cargo de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 16, ofertado mediante la convocatoria 250 de 2012, bajo el número 202725 (folio 24) y no 202740 como quedó en el acta de audiencia inicial (folio 134 reverso)
- El INPEC, mediante la Resolución número 2585 del 22 de julio de 2015, dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ.

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

- La Resolución número 2535 del 22 de julio de 2015, mediante la cual se desvinculó a la accionante, ofertó y nombró en el cargo de Técnico Administrativo, Código, 3124, Grado 16, en 20 sedes geográficas diferentes, entre ellas, la ciudades de Bogotá, Cartagena, Medellín, Valledupar, Bucaramanga, Ibagué, Palmira, Cali, Guaduas, La Dorada, Girón, Cúcuta y Jamundí, pero no se nombró ningún funcionario proveniente de la Convocatoria 250 de 2012 en el cargo de Técnico Administrativo, Código, 3124, Grado 16, en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio, es decir, en la sede que ocupaba la demandante.
- La Subdirectora de Talento Humano del INPEC, mediante acta del 27 de Agosto de 2015, notificó a la demandante del contenido de la Resolución No. 002585 del 22 de Julio de 2015, que dispuso la terminación de su nombramiento en provisionalidad del cargo denominado Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 16, que desempeñaba en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.
- La demandante, mediante escrito radicado el 3 de septiembre de 2015, solicitó la revocatoria directa de la Resolución número 2585 del 22 de julio de 2015, argumentando que los cargo ofertados y provistos con ocasión de la Convocatoria 250 de 2012 no corresponden a la misma sede de los cargos que fueron desprovistos, como es el caso de la sede Villavicencio donde ella laboraba.
- La demandante, mediante petición del 15 de septiembre de 2015, solicitó a la Directora del Establecimiento Carcelario de Villavicencio que le informara si, con ocasión de la Convocatoria de 250 de 2012, se nombró a algún funcionario en el cargo de Técnico Administrativo, Código, 3124, Grado 16, en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.
- En respuesta a la anterior petición, la Directora del Establecimiento Carcelario de Villavicencio, mediante oficio número 131-EPMSCVLL-6003 del 17 de septiembre de 2015, le informó a la demandante que *"1. En la dirección del Establecimiento, a la fecha no se ha presentado ningún funcionario a ocupar el cargo de técnico administrativo código 3124 grado 16, como resultado de la Convocatoria 250."*
- La demandante, mediante petición del 17 de noviembre de 2015, le solicitó al Director General del INPEC determinada información acerca de la provisión del cargo de Técnico Administrativo, Código, 3124, Grado 16, con ocasión de la Convocatoria 250 de 2012.
- La Subdirectora de Talento Humano del INPEC, mediante oficio número 85102-SUTAH-GATAL01063 del 27 de enero de 2016, dio respuesta a la anterior petición.

### 3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>1</sup>

Surtida la notificación y encontrándose dentro del término legal, la entidad demandada INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, dio contestación a la demanda, y propuso las siguientes excepciones de mérito.

*Inexistencia de la causal de desviación de poder.* La parte demandante no argumentó la desviación de poder de manera seria, contundente y eficaz, pues el INPEC se ciñó a la ritualidad de comunicar y posesionar a la funcionaria que se hizo acreedora al cargo que ocupaba la demandante.

<sup>1</sup> Contestación vista a folio 71023 al 113.

*Inexistencia de las pruebas que desvirtúen la presunción de legalidad del acto acusado.* La parte demandante tenía la carga probatoria de demostrar que el acto acusado adolece algún vicio, situación que no logró probar en el presente proceso, pues no se demostró que la administración hubiese actuado con desviación de poder al momento de expedir la Resolución demandada. Igualmente tampoco se advierte un desmejoramiento del servicio por la presunta falta de reemplazo en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio, pues en la planta global del INPEC no figura y no se requiere por necesidades del servicio contar con el cargo Técnico Administrativo, Código, 3124, Grado 16, en dicho Establecimiento.

Por último, señala que la parte demandante se encuentra en la obligación de probar fehacientemente que los motivos que desencadenaron su retiro son ajeno al interés general y al buen servicio, o que con ello se vulneraron los requisitos establecidos en la Convocatoria 250 de 2012 y en el Acuerdo 297 de 2012 o se desbordó la facultad que tiene la autoridad nominadora para separar del empleo a los funcionarios que no gozan de amparo ni de fuero de estabilidad.

#### **4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **4.1. Parte demandante<sup>2</sup>**

Reiteró los argumentos planteados en la demanda, hace énfasis en que la sede del cargo ocupado por la demandante no fue ofertado en la convocatoria y que el haber nombrado su reemplazo en un lugar distante a donde efectivamente operaba afectó el servicio.

Hace alusión a una prueba oficio 85102-SUTAH-GATAL-19272 que no obra en el expediente.

Insiste en la falta de motivación del acto administrativo que desvinculó a la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ, argumentando que durante la convocatoria existieron dos manuales de funciones y se modificó el número de cargos ofertados, adicionalmente, el cargo denominado Técnico Administrativo, código 3124, grado 16 fue desempeñaba la demandante en el Establecimiento Carcelario de Villavicencio fue utilizado para nombrar al señor CRISTIAN CAMILO GUTIERREZ BERNAL en la Dorada, Caldas.

Transcribe apartes de sentencias que considera aplicables al caso.

##### **4.2. Parte demandada y Ministerio Público**

La parte demandada no presentó alegaciones finales, así mismo el Ministerio Público no emitió concepto.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. COMPETENCIA**

El artículo 155 del C.P.A.C.A, en su numeral 2 establece, que son los Jueces Administrativos quienes tienen la competencia para conocer de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan actos administrativos de

<sup>2</sup> Vistos a folio Folios 194 al 259.

cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

## 2. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

El Consejo de Estado sostiene que la caducidad *“es un fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado”*. De esta manera, en el presente asunto, de conformidad con la Ley 1437 de 2011 en su artículo 164 numeral 2 literal d, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho deberá presentarse dentro del término de 4 meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.

Acorde a las precisiones realizadas en líneas anteriores, baste decir que el acto aquí acusado es la Resolución número 2585 del 22 de julio de 2015, la cual le fue notificada a la demandante el 27 de agosto de 2015, es decir, que tenía, en principio, hasta el 28 de diciembre de 2015 para presentar la demanda, pero como el 26 de noviembre de 2015 interpuso la solicitud de conciliación prejudicial (folio 44), interrumpió el término de caducidad faltándole 32 días para su acaecimiento, y comoquiera que la interrupción terminó el 19 de enero de 2016 cuando se declaró fallido en intento de conciliación (folio 45), la demandante tenía hasta el 21 de febrero de 2016 para presentar la demanda, y ésta fue presentada el 3 de febrero de 2016 (folio 83), es decir, varios días antes de que se agotará el término de presentación oportuna de la demanda de que habla el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A., lo que permite concluir que el fenómeno de la caducidad no se consolidó en el presente asunto.

## 3. PROBLEMA JURÍDICO

¿El acto administrativo acusado, por el cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante, es nulo por violar su estabilidad laboral relativa? por dos razones:

- Porque el cargo ocupado por la demandante no hizo parte de la oferta de empleos del concurso en virtud del cual se conformó la lista de elegibles tenida en cuenta para hacer el nombramiento en periodo de prueba.
- Porque luego de su desvinculación, el cargo que ostentaba la demandante no fue ocupado por ninguna de las personas que conformó la lista de elegibles tenida en cuenta para nombrar su reemplazo.

## 4. MARCO NORMATIVO

### 4.1. ESTABILIDAD LABORAL INTERMEDIA DEL PERSONAL NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD Y LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE DESVINCULACIÓN.

El nivel de estabilidad laboral de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa no ha sido un tema pacífico en la jurisprudencia nacional. De hecho, con escasos matices, son dos las tesis hermenéuticas que elaboradas con sólidos argumentos permiten arribar a conclusiones abiertamente contradictorias entre sí.

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

Por un lado, se tiene la tesis que mayoritariamente sostiene el Consejo de Estado, según la cual los empleados nombrados en provisionalidad en empleos de carrera administrativa (sean del régimen general de carrera o de alguno especial) no son titulares de estabilidad alguna en el desempeño de su labor, siendo, por tanto, servidores cuya remoción es discrecional del nominador, quien no está obligado a motivar esa decisión, en cuanto se presume inspirada en razones del servicio.

En ese sentido, pueden consultarse las sentencias dictadas el 22 de mayo de 2003 en el expediente 2000-2483 y el 23 de junio de 2005 en el expediente 2002-7251.

Simultáneamente con la tesis anterior se encuentra otra contraria, que reconoce a los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa (sean del régimen general de carrera o de alguno especial) el derecho a la estabilidad laboral, en un nivel intermedio, mientras sus empleos son provistos por el sistema de méritos.

Esta segunda tesis, construida a partir de la copiosa jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional en esta materia y de pronunciamientos aislados del Consejo de Estado que más adelante se citan, es la que acoge este Despacho por las razones que se desarrollan a continuación y con las cuales responde a cada uno de los argumentos de la hermenéutica contraria.

El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Además, ordena la designación por concurso público cuando el sistema de nombramiento no se prevea de libre nombramiento y remoción.

De manera que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta Política, la regla general para los empleos de los órganos y entidades del Estado es que sean de carrera, es decir, que su provisión debe estar mediada por concurso público de méritos. Sin embargo, una de las excepciones admitidas por la Constitución a dicha regla es la de los cargos de libre nombramiento y remoción, empleos definidos por la ley que, en razón de las funciones que ejercen, exigen una confianza plena y total o implican una decisión política.

En este contexto normativo, que privilegia el acceso a los empleos públicos por el sistema de méritos, es evidente el carácter excepcional que el ordenamiento le otorga a las designaciones en provisionalidad, esto es, aquellas vinculaciones transitorias con que deben suplirse las vacantes que debe ser provistas por el sistema de concurso de méritos.

Bajo ese criterio de excepción, el Decreto 1227 de 2005, dispone:

*“Artículo 8°. 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.<sup>3</sup>*

<sup>3</sup> El texto tachado fue declarado nulo mediante fallo del Consejo de Estado número: 11001-03-25-000-2005-00215-01(9336-05) del 12 de abril de 2012.

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

**Parágrafo transitorio.** [Modificado por el Decreto 3820 de 2005; por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007 y por el Decreto Distrital 4968 de 2007]. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento 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 encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado 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.”

La excepcional naturaleza jurídica de la vinculación de los nombrados en provisionalidad, sean del régimen general de carrera o de alguno especial, no se equipara, entonces, a la de la vinculación de los nombrados en propiedad, bien sea en cargos de carrera o en cargos de libre nombramiento y remoción, según se explica a continuación.

Los *nombrados en propiedad en cargos de carrera*, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los demás servidores, y se traduce en la imposibilidad que tiene el nominador de desvincularlos por razones distintas a las causales objetivas taxativamente previstas en la Constitución Política y la ley.

A su turno, los *nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción* dependen de la facultad discrecional del nominador, quien puede retirarlos del cargo sin expresar los motivos de esa decisión, habida cuenta de que la provisión de dichos empleos supone motivos personales o de confianza. La estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es más débil, en cuanto pueden ser desvinculados por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio.

Este considerable margen de discrecionalidad no tiene cabida en el caso de los *nombrados en provisionalidad en cargos de carrera*, precisamente porque el supuesto fáctico que explica la existencia de los cargos de libre nombramiento y remoción y justifica ese alto grado de discrecionalidad (relación de plena confianza o decisión política) no se presenta en estos casos. En otras palabras, si el desempeño de las labores del funcionario nombrado en provisionalidad no exige una relación de plena confianza ni implica una decisión política -dado que ocupa un cargo de carrera administrativa-, nada autoriza a que su desvinculación sea

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

discrecional del nominador.

Los nombrados en provisionalidad en cargos de carrera se ubican, entonces, en un lugar intermedio en la escala de estabilidad, tal como lo explicó la Corte Constitucional en sentencia T-245 de 2007:

*“En sentencia T-1316 de 2005 la Corte señaló las relaciones que comunican estos dos tipos de vinculación. En tal sentido, sostuvo que la estabilidad laboral, generalmente atribuida a los nombramientos en propiedad, no es un atributo exclusivo de éstos; al contrario, según lo manifestó esta Corporación, tal garantía en el caso de ‘un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, y aunque dicha estabilidad no es la misma de quien lo hace en propiedad, tampoco puede equiparse su condición laboral a aquélla del funcionario de libre nombramiento y remoción, quien tiene una estabilidad laboral precaria en virtud de la facultad discrecional del empleador’.*

*Esta consideración da una primera idea de la naturaleza del nombramiento en provisionalidad que permite avanzar sobre el escenario de perplejidad en el que suele confundirse la esencia de los nombramientos en provisionalidad con la de aquellos empleos que se proveen de acuerdo al sistema de libre nombramiento y remoción. Tal confusión empobrece la situación de los servidores nombrados en provisionalidad, en la medida en que, al acoger tal criterio, los nominadores hacen uso de un grado de discrecionalidad que es ajeno a este tipo de vinculaciones y abre las puertas a la separación arbitraria de los cargos que los empleados vienen desempeñando en provisionalidad.*

*A diferencia de los empleos ocupados en provisionalidad, los de libre nombramiento y remoción son cargos de manejo y confianza que, por tal motivo, suponen una especial relación con el nominador. En tal sentido, la provisión de dichos cargos no sólo obedece al cumplimiento de un determinado perfil de idoneidad profesional, sino que atiende, adicionalmente, a la reunión de determinadas calidades personales que permiten al nominador depositar su entera confianza para el desarrollo de valiosos oficios que en condiciones ordinarias no pueden ser encargados a cualquier funcionario.*

*Por tal motivo, en estos eventos se asegura al nominador la posibilidad de nombrar y separar de tales cargos a los funcionarios con un considerable grado de amplitud, teniendo en cuenta que la naturaleza de dichas vinculaciones no pretende la concesión de facultades omnímodas que desprotegen la situación laboral de los empleados, sino que su empleo es un requisito de especial importancia para alcanzar la mejor prestación de los servicios del Estado.*

*El considerable margen de discrecionalidad de estas vinculaciones, el cual se encuentra justificado por el nivel de confianza requerido, no se presenta en aquellos eventos en los que un funcionario se encuentra prestando sus servicios en un cargo de carrera por medio de un nombramiento en provisionalidad. La razón por la cual el nominador no cuenta con esta atribución consiste, precisamente, en que el supuesto fáctico que explica la existencia de los cargos de libre nombramiento y remoción resulta inexistente en estos casos, dado que el desempeño de las labores del funcionario nombrado en provisionalidad no exige tal relación de confianza.*

*Se trata, por el contrario, de un funcionario que de manera transitoria está ocupando una vacante que debe ser proveída por el sistema de concurso de méritos. Por tal motivo, como fue consignado en las sentencias T-1323 de 2005 y T-800 de 1998, en caso de ser separado de su cargo, este servidor tiene derecho a demandar de la Administración la justificación de los motivos por los cuales ha sido adoptada tal decisión. (...)*

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC



*De manera expresa, en sentencia T-800 de 1998, la Corte precisó que 'la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad'. Una consideración en contra implicaría la desnaturalización de la figura de la provisionalidad, lo cual trae consigo una grave e injustificada afectación de las garantías laborales de los servidores. En esa oportunidad la Corte precisó que tal garantía de estabilidad laboral, aunque intermedia, permite asegurar que existe una motivación que respalda la desvinculación. Así, según fue explicado por la Corte, la separación del cargo debe tener como supuesto la comisión de una falta disciplinaria o la elección de un funcionario por medio de la realización de un concurso de méritos.'*

La estabilidad intermedia surge, entonces, como consecuencia de entender que la discrecionalidad con que legalmente se autoriza el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción resulta ajena para quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, es decir, cargos que no responden a una relación de confianza total ni cuya provisión implica una decisión política, supuestos que justifican dicha discrecionalidad.

Así lo explicó la Corte Constitucional en sentencia T-1240 de 2004:

*"Encuentra la Sala que no puede equipararse la situación de quien ocupa en provisionalidad un empleo de carrera, con la de quien ha sido designado para desempeñarse en un empleo de libre nombramiento y remoción. Si bien el empleado en provisionalidad no tiene la misma estabilidad de quien ha ingresado en la carrera, en cuanto que no ha ingresado mediante concurso de méritos, ni está sujeto a calificación de servicios, su permanencia en el cargo no depende de una facultad discrecional del nominador. Tal facultad se predica de los empleos de libre nombramiento y remoción y no puede extenderse a los empleos de carrera aun cuando sean ocupados en provisionalidad."*

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la especial situación en que se encuentran los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, no sólo los aleja de la discrecionalidad con que son tratados los empleados de libre nombramiento y remoción, sino que los ubica en lo que se ha conocido como el "fuero de estabilidad" (así denominado desde la sentencia T-1011 de 2003), llamado a proteger, precisamente, la estabilidad intermedia de la que gozan estos trabajadores.

Este fuero se traduce en que, independientemente del término legal o extralegal al cual se sujete la provisionalidad, "mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos y se provea el cargo mediante tal sistema, un empleado que ocupe en forma provisional un cargo de carrera no puede ser separado del mismo" (sentencia T-884 de 2002). En otras palabras, el retiro del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera "sólo puede obedecer a que el cargo se va a proveer por el sistema de méritos, o a la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio" (sentencia T-1240 de 2004).

Tal figura no desconoce, antes bien, surge necesariamente del carácter excepcional o condicionado que el ordenamiento le otorga a la vinculación provisional en un cargo de carrera. Si de conformidad con la ley el nombramiento en provisionalidad se justifica mientras se provee el cargo por el sistema de méritos, la consecuencia natural es que la persona en quien recae ese excepcional nombramiento está llamada a ocupar el cargo hasta que esa condición se cumpla, independientemente del término legal o extralegal previsto para tal vinculación.

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

Ese condicionamiento legal es la fuente del fuero de estabilidad y, por ende, es legítima la confianza que sobre la estabilidad laboral se genera a los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

De manera que el fuero de estabilidad de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no es sino otra forma de entender que el retiro de estos trabajadores no sólo no es discrecional del nominador, sino que está supeditado al cumplimiento de la condición que justifica esa excepcional forma de vinculación, esto es, hasta que se provea el cargo por el sistema de méritos, sin perjuicio de la configuración de otra justa causa legal.

Por ello, en términos de la propia Corte Constitucional, se insiste en que *“el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”* (sentencia T-800 de 1998).

De manera más contundente, en la sentencia T-104 de 2009, dijo: *“la separación del cargo en provisionalidad debe tener como fundamento o justa causa el insatisfactorio cumplimiento de las funciones designadas, la comisión de una falta penal o disciplinaria, o la elección de un funcionario por medio de la realización de un concurso de méritos, todo lo cual debe determinarse atendiendo al respecto y protección del principio del debido y el derecho de defensa”*.

Por último, otra manifestación del fuero de estabilidad es la necesaria motivación del acto de retiro. Al respecto la Corte Constitucional sostuvo en la reciente sentencia T-048 de 2009 que *“un servidor público que ha sido nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, goza de estabilidad laboral intermedia, lo cual se traduce en que el acto administrativo que declare la insubsistencia en el nombramiento de su cargo debe ser motivado, manifestando las razones fundadas en causales previamente previstas en la ley.”*

De manera que, para hablar de justa causa es necesario que el nominador motive la decisión de retiro, máxime si se recuerda que la motivación del acto de retiro es inexcusable siempre que se trate de cargos de carrera administrativa, *“sin que para el efecto interese que la designación lo hubiere sido en propiedad o en provisionalidad, en cuanto la estabilidad en los órganos y entidades del Estado prevista en los artículos 53, 125, 253 de la Carta Política y la prestación de las funciones públicas con fundamento en los principios constitucionales de la igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad, en los términos de los artículos 13 y 209 constitucionales, obligan a los nominadores a tener presentes el mérito y las calidades personales para resolver sobre el ingreso, el ascenso y la permanencia en los cargos de carrera”* (sentencia T-170 de 2006).

La necesidad de motivar el acto por el cual se desvincula a un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela, entre ellas se destaca la T-104 de 2009, cuyas consideraciones se transcriben en lo pertinente:

*“En reiterada y consolidada jurisprudencia esta Corporación se ha establecido*

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

*que en aquellos casos de provisionalidad en cargos de carrera administrativa es necesario que el acto administrativo mediante el cual se decide la desvinculación del funcionario público o se declara la insubsistencia del cargo o el nombramiento del funcionario, dicho acto sea motivado con el fin de que se respete el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario (...).*

*De manera especial ha insistido esta Corporación en que el deber de la administración pública de motivar sus decisiones, mediante las cuales se declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera, se extiende a aquellos casos en que la persona desvinculada estuviere ocupando el cargo de manera provisional y que si se omite tal deber se viola el derecho al debido proceso del trabajador y el derecho de defensa.*

*En relación con esto último, la Corte ha establecido que la falta de motivación del acto administrativo mediante el cual se decide la desvinculación o insubsistencia de un funcionario público en provisionalidad, coloca en estado de indefensión a éste, impidiéndole conocer las razones por las cuales fue desvinculado o declarado insubsistente, y de contera, impidiéndole implementar su derecho de defensa, razón por la cual con tal actuación la administración vulnera flagrantemente el debido proceso y el derecho de defensa del servidor público.*

*(...)*

*En este mismo sentido esta Corte ha hecho énfasis en que la estabilidad laboral para los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad se garantiza a través del deber de motivación de la administración en caso de desvinculación por cuanto implica simultáneamente una garantía de los principios de legalidad, publicidad y debido proceso evitando de ese modo la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas (...).*

Establecido lo anterior, es del caso precisar que, tal como se indicó al comienzo de este acápite, la tesis que aquí se acoge ha sido de recibo en el Consejo de Estado en muy escasos y aislados pronunciamientos, entre ellos, la sentencia fechada el 23 de septiembre de 2010, radicado 2005-01341 (0883-08), en el cual el Consejo de Estado dando un giro a las posiciones jurisprudenciales planteadas de vieja data, no desconoce que en los casos de los empleados vinculados en provisionalidad el retiro pueda producirse de manera arbitraria, por desviación de poder, falta o falsa motivación del acto de insubsistencia; así las cosas, en esa ponencia se puntualizó:

*"(...) Los nombramientos provisionales sólo podrán ser declarados insubsistentes, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado.*

*Antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004, el nombramiento en provisionalidad -ante la imposibilidad de realizar encargo-, tenía unos términos específicos señalados en la ley y, de manera general, se producía mientras se surtía el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera (art. 8º y s.s. Ley 443 de 1998). Sin embargo, las normas reglamentarias autorizaban separar del empleo a tales servidores de manera discrecional (arts. 107 del decreto 1950 de 1973 y 7º del 1572 de 1998)<sup>4</sup>.*

*La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los*

<sup>4</sup> Los decretos 1572/98 y el 2504/98 fueron derogados por el artículo 112 del decreto 1227 de 2004.

*nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.*

*Conforme al artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 “Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”. Esta disposición modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen.*

*(...)*

*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**<sup>5</sup>, 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)”.*

Bajo esa consideración y sin existir discusión de cualquier otra índole, se debe precisar que para la desvinculación de un servidor público en provisionalidad, es necesario que medie un acto administrativo debidamente motivado, encontrando una coherencia en las líneas jurisprudencias tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, así como se planteó por la Sección Segunda de nuestro órgano de cierre en la sentencia del 19 de Febrero de 2015<sup>6</sup>.

De acuerdo a ello, debe precisarse que el Consejo de Estado solo determinó la necesidad de la motivación del acto de retiro, sin analizar o profundizar sobre las condiciones de dicha motivación, sin embargo, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional S-917 de 2010, si definió tales circunstancias para considerar si constitucionalmente era admisible dicha motivación, para lo cual señaló:

*“(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.”*

*(...)*

*“Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso,*

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrada Ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, fechada el 19 de febrero de 2015, radicado 50001-23-33-000-2013-00012-01 (442-2013).

*deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados"*

En consecuencia al analizar el aparte jurisprudencia de la Corte Constitucional, es viable concluir que nunca se pretendió equipar los empleos que son provistos a través de la modalidad de carrera administrativa a los cargos provisionales, razón por la cual las razones de retiro no necesariamente deben ser las mismas, pero sí, en los casos de provisionales debe mediar una clara motivación, la cual debe encontrarse probada y adecuarse a los parámetros de mejoramiento del servicio público.

En este sentido, tal como se anticipó, este Despacho acoge la tesis según la cual los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa (sean del régimen general de carrera o de alguno especial) gozan de una estabilidad laboral intermedia, sin que importe el término legal al cual esté sujeto la provisionalidad.

Se trata, por tanto, de trabajadores cuyo retiro no sólo no es discrecional del nominador, sino que está supeditado al cumplimiento de la condición que justifica esa excepcional forma de vinculación, esto es, hasta que se provea el cargo por el sistema de méritos, sin perjuicio de otra justa causa legal que, como tal, debe estar expresamente señalada en el acto de desvinculación.

## **2.2 LA DOCTRINA DE LA ESTABILIDAD RELATIVA COMO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL OBLIGATORIO EN LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

En capítulo separado de estas consideraciones quiere el Despacho llamar la atención de la entidad demandada acerca del contenido de un pronunciamiento de la Corte Constitucional que, reiterando su doctrina sobre la estabilidad relativa de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, calificó como violatorio del debido proceso un pronunciamiento jurisprudencial que, en sede contencioso administrativa, desconoció tal precedente constitucional.

En lo pertinente, las consideraciones fueron las siguientes (sentencia T-396 de 2010):

*"6.2.1. Quedó establecido en el acápite anterior que existe un sólido e inequívoco precedente constitucional en el sentido de considerar que la administración vulnera derechos fundamentales cuando expide un acto administrativo de desvinculación de una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, si dicho acto carece de motivación. En tal caso, es posible, por la vía de la acción de tutela, proteger y corregir la vulneración.*

*Es necesario ahora establecer cuál debe ser el papel del juez de tutela cuando ante esta circunstancia la persona afectada acude a la justicia contencioso-administrativa, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y los jueces, en contravía del precedente constitucional, niegan la nulidad del acto no motivado.*

(...)

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

En este caso el juez de tutela se encuentra ante un fallo judicial que desconoce el precedente constitucional explicado en el acápite anterior. Dada esa circunstancia, la tutela es procedente, porque el desconocimiento del precedente es, como ya se explicó, una de las causales de procedibilidad específica de la acción de tutela contra providencias judiciales. Así lo ha establecido en varias ocasiones la propia Corte Constitucional. (...)

Ahora bien: **cuando se trata de delimitar el sentido y alcance de derechos fundamentales, el precedente pertinente para el juez ordinario es el establecido por la Corte Constitucional, no el de su superior jerárquico; pero al juez ordinario le es posible apartarse de dichos precedentes, si justifica su propia posición adecuadamente: (...)**

Al aplicar estos criterios generales sobre el carácter vinculante del precedente constitucional al caso de las desvinculaciones no motivadas de funcionarios provisionales en cargos de carrera, la Corte ha explicado que 'la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad. Por su parte, cuando la Corte Constitucional determina que se debe presentar una motivación lo hace desde un análisis constitucional; más precisamente, desde un estudio iusfundamental',<sup>7</sup> y que 'en sus providencias, la Corte ha advertido que es consciente que el Consejo de Estado ha expresado también en diversas sentencias que los nombramientos en provisionalidad no requieren de motivación alguna. Al respecto, ha reiterado la Corte que el análisis que practica el Consejo de Estado se fundamenta en la legalidad, mientras que el examen que efectúa esta Corporación se basa en la Constitución y en los derechos fundamentales. De allí que la Corte sostenga que la falta de motivación de la resolución que declara la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad vulnera el derecho al debido proceso y, de contera, los derechos de defensa, al trabajo y a la estabilidad laboral, en la medida en que no le permite al servidor impugnar ante la justicia las razones de la desvinculación'.<sup>8</sup>

Al igual que en la ya reseñada T-838/07, en sentencias tales como la T-341/08, la T-186/09 y la T-109/09, la Corte se ha visto obligada a conceder tutelas contra providencias judiciales en firme que, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y desconociendo los precedentes constitucionales, negaron la nulidad de actos administrativos que sin motivación alguna desvincularon a funcionarios provisionales que ocupaban cargos de carrera. De modo que no existe sólo un precedente constitucional abundante y reiterado que genéricamente ha considerado que la motivación de ese tipo de actos es constitucionalmente exigible; **también un existe un precedente constitucional que específicamente ha considerado que esa regla vincula a los jueces contencioso administrativos.**

(...) En el presente caso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca trajo a colación la existencia del precedente constitucional, en los siguientes términos: 'Para la Sala es claro que en algunos casos la H. Corte Constitucional ha emitido pronunciamiento en el sentido de que los actos de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad deben motivarse. Tal posición asumida por el alto tribunal constitucional carece de efectos vinculantes para la jurisdicción contencioso administrativa'.

Esta alusión escueta no satisface los requisitos fijados por el legislador estatutario –reseñados en el acápite anterior– para que un juez ordinario pueda válidamente apartarse de un precedente constitucional fijado por la Corte Constitucional en materia de aplicación y delimitación de derechos

<sup>7</sup> T-838/07

<sup>8</sup> T-186/09 y T-109/09

*constitucionales fundamentales. La sola alusión a la existencia del precedente, y la afirmación no explicada y errónea según la cual tal precedente no vincula a la jurisdicción contencioso administrativa, no satisface los criterios de suficiencia y adecuación que le son exigibles al juez ordinario cuando intenta apartarse de un sólido precedente constitucional. El Tribunal, a sabiendas de que el asunto en cuestión incide directamente sobre el derecho al debido proceso, a la defensa y a la estabilidad laboral del accionante, y por lo tanto se relaciona con el alcance de un derecho fundamental constitucional, tenía el deber de explicar con suficientes argumentos constitucionales, las razones por las cuales los precedentes constitucionales cuya existencia admite conocer, no lo vinculaban. El argumento de la diferencia de jurisdicciones que invoca no tiene en cuenta que, precisamente cuando se trata de un asunto que compromete el alcance de un derecho fundamental, el juez ordinario está, en principio, sometido al precedente fijado, no por su superior jerárquico ordinario, sino por la Corte Constitucional, que es el organismo de cierre en materia de interpretación de la Constitución.*

*Este desconocimiento no justificado del precedente constitucional es una de las causales específicas de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales.*

*6.3.3. Así, teniendo en cuenta que en el presente caso al actor se le desvinculó de su cargo provisional sin motivar la decisión, y que el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en desconocimiento no justificado del precedente constitucional directamente aplicable al caso, tomó una decisión que no consultaba dicho precedente, la Sala procederá a revocar los fallos de tutela que negaron el amparo, y ordenará al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que profiera una nueva decisión, en la cual tendrá que tener en cuenta el tantas veces mencionado precedente constitucional.”*

Las consideraciones de la providencia transcrita coinciden con las expuestas, pues el criterio de este Despacho para definir la validez del retiro de los empleados nombrados en provisionalidad, está guiado por el marco que le fijan la Constitución Política y la reiterada jurisprudencia constitucional en esta materia.

### **3. CASO CONCRETO**

#### **3.1. Hechos probados**

En el expediente se encuentran demostrados, en orden cronológico, los siguientes hechos:

- La señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ, laboró para el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC desde el 29 de enero de 2010 hasta el 31 de agosto de 2015 en el cargo de Técnico Administrativo, código 3124, grado 16 en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Villavicencio (folio 32).
- EL Director General del INPEC, mediante el oficio No. 3300 del 29 de junio de 2012, solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil adelantar la convocatoria para la provisión de empleos de carrera con vacantes definitivas de la planta de personal administrativo del INPEC (hecho aceptado en la contestación de la demanda).
- Para el 29 de junio de 2012 regía el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos del Personal Administrativo del INPEC contenido en la Resolución número 952 del 29 de enero de 2010, el cual servía de base para reportar la oferta pública de empleos de carrera a la Comisión Nacional del Servicio Civil (OPEC) (hecho aceptado en la contestación de la demanda).

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

- La Comisión Nacional de Servicio Civil, mediante el Acuerdo número 297 del 11 de diciembre de 2012, convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera de la planta de personal administrativo del INPEC. Denominándose Convocatoria número 250 de 2012 (folio 24)
- El artículo 10 del Acuerdo 297 de 2012 estableció la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) para un total de 2137 vacantes (hecho aceptado en la contestación de la demanda).
- La CNSC, mediante la Resolución número 428 del 6 de marzo de 2015, adoptó la lista de elegibles para el cargo de Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 16, ofertado mediante la convocatoria 250 de 2012, bajo el número 202725 (folio 24) y no 202740 como quedó en el acta de audiencia inicial (folio 134 reverso)
- El INPEC, mediante la Resolución número 2585 del 22 de julio de 2015, dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ (folios 24 al 28).
- La Resolución número 2585 del 22 de julio de 2015, mediante la cual se desvinculó a la accionante y nombró en el cargo de Técnico Administrativo, Código, 3124, Grado 16, a 19 integrantes de la lista de elegibles en sedes geográficas diferentes, entre ellas, la ciudades de Bogotá, Cartagena, Medellín, Valledupar, Bucaramanga, Ibagué, Palmira, Cali, Guaduas, La Dorada, Girón, Cúcuta y Jamundí, pero no se nombró ningún funcionario proveniente de la Convocatoria 250 de 2012 en el cargo de Técnico Administrativo, Código, 3124, Grado 16, en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio, es decir, en la sede que ocupaba la demandante (folios 24 al 28).
- Mediante acta del 27 de Agosto de 2015, le fue notificada a la demandante el contenido de la Resolución No. 002585 del 22 de Julio de 2015, que dispuso la terminación de su nombramiento en provisionalidad del cargo denominado Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 16, que desempeñaba en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio (folio 29).
- La demandante, mediante escrito radicado el 3 de septiembre de 2015, solicitó la revocatoria directa de la Resolución número 2585 del 22 de julio de 2015, argumentando que los cargos ofertados y provistos con ocasión de la Convocatoria 250 de 2012 no corresponden a la misma sede de los cargos que fueron desprovistos, como es el caso de la sede Villavicencio donde ella laboraba (folios 33 al 36).
- En el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio no se realizó nombramiento para el cargo de técnico administrativa código 3124 grado 16 como resultado de la convocatoria 250 y las funciones que desempeñaba la demandante fueron asignadas a una estudiante de Psicología por no alterar el normal funcionamiento del área (folio 39).
- Del empleo denominado Técnico Administrativo código 3124 grado 16 fueron ofertadas en la Convocatoria 250 de 2012 bajo la OPEC202725 30 vacantes (folios 41, 70 y 185 al 188).
- En la planta de personal administrativo del INPEC estaban creados para el momento de presentación de la demanda 35 cargos del empleo denominado Técnico Administrativo Código 3124, grado 16 de los cuales 19 fueron provistos de la lista de elegibles resultantes de la convocatoria 250, 4 cuatro mediante encargo en vacante definitiva, 4 por titulares con derecho de carrera, y 2 se encontraban con vacante definitiva (folios 41 y 42).

### 3.2. Conclusiones probatorias

En criterio del Despacho no hay duda de que la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC



administrativa de la planta de empleados del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC al momento de su retiro, esto es, el cargo de Técnico Administrativo código 3124, grado 16 en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.

Igualmente es claro que los motivos aducidos por la administración para proceder al retiro de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ, se basaron en el nombramiento en periodo de prueba de 19 de los integrantes del registro de elegibles.

Nótese, entonces, que la desvinculación de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ obedece a la causal prevista por la normatividad, ello es hasta tanto el cargo se provea mediante el concurso de méritos, que para el caso corresponde a la convocatoria 250 de 2012 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

No obstante, la motivación ofrecida por la administración no resulta clara, ni en la práctica corresponde con el argumento ofrecido, pues, de una parte, tanto en el oficio de fecha 21 de agosto de 2015 mediante el cual se comunicó a la demandante de su desvinculación, como en la respuesta ofrecida a este despacho en atención al requerimiento probatorio obrante a folio 156 y 157, la entidad demandada afirmó que la desvinculación de CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ, se dio en razón al nombramiento del elegible, CRISTIAN CAMILO GUTIERREZ BERNAL, quien ocupó el puesto 21 de la lista de elegible del empleo denominado Técnico Administrativo, código 3124, grado 16 ofertado mediante el número 202725 en la convocatoria 250 de 2012.

Sin embargo, revisada la resolución 2585 de 22 de julio de 2015, mediante la cual se desvinculó a la demandante, si bien, efectivamente dentro del listado de elegibles que fueron nombrados en el cargo en mención aparece el nombre del señor CRISTIAN CAMILO GUTIERREZ BERNAL, para la sede La Dorada, Caldas, no se observa la correspondencia entre el nombramiento de este y la desvinculación de la actora.

No obra en la motivación de la Resolución 2585 ningún argumento que permita establecer los motivos por los cuales se dio la desvinculación de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ para proveer el cargo ofertado en la sede la Dorada, Caldas, y no la de otro de los servidores que ocupan los cargos en provisionalidad y que continuaron ocupándolo luego del nombramiento en periodo de prueba como consta a folio 41 en donde consigna que de los 35 cargos existentes 4 que son ocupados en provisionalidad con vacante definitiva.

Así las cosas, si bien, la planta de personal del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC es global y por tanto otorga un margen amplio al factor de discrecionalidad de la administración para definir, de acuerdo a la necesidad de prestación del servicio, las sedes en las cuales es requerido el ejercicio de determinado cargo, lo cierto es que ello no le exime de justificar en debida forma esta circunstancia para dar por terminada la vinculación de un empleado en provisionalidad.

En razón a ello puede concluirse que la decisión adoptada por la institución es contraria a la estabilidad laboral intermedia que la Constitución y la Ley otorgan a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera y que se traduce en que *“mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos y se provea el cargo mediante tal*

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

*sistema, un empleado que ocupe en forma provisional un cargo de carrera no puede ser separado del mismo” (sentencia T-884 de 2002).*

Pues pese a que de acuerdo a la Resolución demandada, fue la provisión del cargo mediante concurso lo que opero en este caso, la entidad no justificó ni dio a conocer los criterios que empleó para hacer la correspondencia entre los cargos ocupados por los servidores nombrados y los servidores retirados del servicio, por tanto no se encuentra probado que efectivamente, el nombramiento en periodo de prueba del señor CRISTIAN CAMILO GUTIERREZ BERNAL, sea el motivo de desvinculación de la demandante, máxime cuando el mismo acto así no lo menciona, o que efectivamente el cargo de Técnico Administrativo, grado 16 que operaba en la sede de Villavicencio, para satisfacer las necesidades propias de la prestación del servicio haya sido remplazado por el cargo en la sede de la Dorada, Caldas.

No descarta el Despacho que al momento de solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la realización de la convocatoria pública para proveer los cargos, el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC haya realizado el estudio de necesidad y con base en ello solicitó la oferta de los cargos en determinadas sedes. Sin embargo, dicha motivación no fue conocida dentro del presente asunto, así como tampoco se conoce la razón por la cual, a pesar de haberse determinado para el año 2012 y 2013 dicha necesidad (bajo el entendido que así lo hizo la entidad al solicitar la convocatoria), el cargo haya seguido operando en la sede de Villavicencio, Meta, sin que afectara la prestación efectiva hasta el año 2016 y como la desvinculación, repentina, con ocasión de la publicación del registro elegibles tampoco la afectó la adecuada operación de las funciones desempeñadas, pues según aparece en el plenario, el cargo no fue ocupado por otro servidor público y las funciones fueron asignadas a una estudiante de psicología.

De manera que, como en este caso el acto de retiro acusado no se puede afirmar que se fundó en ninguna de las causales que, según la jurisprudencia constitucional, hacen precedente el retiro de un servidor titular de dicho derecho relativo, tales como el insatisfactorio cumplimiento de las funciones designadas, la comisión de una falta penal o disciplinaria, o la elección de un funcionario por el sistema de méritos específicamente en el cargo ocupado por la demandante, es claro que el acto acusado es nulo por violación de la estabilidad laboral que amparaba a la demandante.

Ahora bien, el argumento expuesto en las contestación de la demanda del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva en razón a que no fue la entidad que adelantó el concurso de méritos, es claro que esta no prospera pues la causa de la vulneración del derecho de la demandante discutida en este asunto no radica en el proceso de convocatoria o conformación del registro de elegibles, sino en la forma en que fueron provistos los cargos a través del registro de elegibles, encontrando, que el cargo mencionado, no fue ofertado para la sede de Villavicencio, que el mismo era ejercido en provisionalidad por la demandante, y que la decisión de desvinculación no justificó la razón por la cual consideró que el cargo en la Dorada, Caldas, correspondía al ejercido en la ciudad de Villavicencio, y dicha decisión obedece únicamente al arbitrio de la entidad demandada sin que en ello intervenga la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

### 3.3. Restablecimiento del derecho

Definido que la demandante era titular de estabilidad laboral relativa, son aplicables al caso las limitaciones que surgen de lo dispuesto en las sentencias SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015 de la Corte Constitucional, en materia de restablecimiento del derecho a la estabilidad laboral relativa.

Dichas limitaciones son las siguientes:

*"34. Tomando en consideración lo señalado en esta sentencia de unificación, y lo dispuesto en el artículo 123 Superior, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son las siguientes:*

*i. El reintegro del servidor público desvinculado a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso.*

*ii. Para el reintegro también deberá examinarse si el servidor público cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios. Lo anterior de conformidad con el artículo 123 Superior, que establece que 'los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento'.*

*iii. A título indemnizatorio, sólo se debe pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario."*

Así las cosas, como consecuencia de la nulidad de la Resolución número 2585 del 22 de julio 2015, proferida por el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, y si el cargo que ocupaba en provisionalidad la demandante aún no ha sido provisto en debida forma, en propiedad o en periodo de prueba (circunstancia que deberá determinar la entidad demandada), o suprimido o convertido, se ordenará el reintegro de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ al cargo de Técnico Administrativo, código 3124, grado 16 del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.

Igualmente se ordenará el pago indexado de los sueldos, prestaciones y emolumentos dejados de percibir desde el día en que fue desvinculada del servicio y hasta cuando sea efectivamente reintegrada o hasta cuando el nombramiento provisional hubiera tenido vigencia por haberse provisto el cargo por el sistema de méritos, en debida forma, o hasta cuando el empleo fue suprimido o hasta la fecha en que la demandante llegó a la edad de retiro forzoso, descontando de ese monto todo lo que haya percibido la demandante como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

En efecto, establecido que el nombramiento provisional de la demandante no podía tener vigencia sino hasta el nombramiento en debida forma por el sistema de méritos o la supresión o conversión del cargo, el restablecimiento debe implicar

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

el reintegro sólo si dicha situación no ha ocurrido. Por lo mismo, el reconocimiento de los de sueldos y prestaciones dejados de devengar debe operar desde la fecha del retiro hasta el momento en el cual sea efectivamente reintegrada, si es que el reintegro es procedente, o hasta cuando el nombramiento provisional tuvo justificación, en caso contrario.

Para ajustar las sumas que resulten a favor de la parte demandante, al tenor del artículo 192 del C.P.A.C.A., se aplicará la fórmula que de tiempo atrás tiene establecida la jurisprudencia, según la cual según el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente mesada salarial y prestacional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada salarial, comenzando por la que devengaba la parte demandante al momento del retiro y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

Ahora bien, en cuanto a la indemnización reclamada por concepto de perjuicios morales, encuentra este Despacho que de los medios de prueba obrantes en el expediente, especialmente de los testimonios recibidos, no se desprende un perjuicio de tal entidad para la demandante, derivado de su retiro del servicio, distinto del material que se ordenará reparar por vía del restablecimiento del derecho solicitado.

#### **4. OTRAS DECISIONES**

##### **4.1 Sobre costas**

Al respecto, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 indica que salvo en los procesos donde se ventile un interés público habrá condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General de Proceso.

En el presente caso, como lo ventilado no es exclusivamente un interés público, la parte vencida tendrá a su cargo el pago de las costas, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de acuerdo a las normas pertinentes del C.G.P.

##### **4.2 Sobre agencias en derecho**

Según lo preceptuado por el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso, para la fijación en agencias en derecho deben aplicarse las tarifas que establece el Consejo Superior de la Judicatura, las que para el caso de la jurisdicción contencioso administrativa están previstas en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003. Tal Acuerdo, en el inciso segundo del numeral 3.1.2 del artículo 6, prevé que en los procesos contenciosos administrativos adelantados en primera instancia, con cuantía, se establecerán como agencias en derecho hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

En este caso, teniendo en cuenta, además, la gestión adelantada por el apoderado de la parte demandante, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes evidenciadas en el trámite surtido, se establecerá un

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

porcentaje del 5% de la estimación razonada de la cuantía esgrimida en la demanda, es decir, la suma de \$484.930.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO.- DECLÁRASE LA NULIDAD** del acto administrativo contenido en la Resolución número 2585 del 22 de julio 2015, proferido por el Director General del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, en cuanto dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ en el cargo Técnico Administrativo, código 3124, grado 16 del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.

**SEGUNDO.-** Como consecuencia de la nulidad mencionada en el numeral anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, lo siguiente:

- Si el cargo que ocupaba la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ aún no ha sido provisto en debida forma por el sistema de méritos, reintegrar en provisionalidad a la demandante en el cargo de Técnico Administrativo, código 3124, grado 16 del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio.
- Pagar a la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ los sueldos, prestaciones y emolumentos dejados de percibir desde el día en que fue desvinculada del servicio y hasta cuando sea efectivamente reintegrada, si esto es posible, o hasta cuando el nombramiento provisional fue debidamente provisto por el sistema de méritos, o hasta cuando el empleo fue suprimido o hasta la fecha en que la demandante llegó a la edad de retiro forzoso, descontando de ese monto todo lo que haya percibido la demandante como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

**TERCERO.-** El valor que resulte adeudado a la parte demandante será ajustado en los términos previstos en la parte motiva de esta providencia utilizando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

**CUARTO.- DECLÁRASE** que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio de la señora CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ.

**QUINTO.- DENIÉGUENSE** las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO.-** La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia con sujeción a lo dispuesto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ


Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

**SÉPTIMO.-** Condenar en costas a la parte demandada en favor de la parte demandante. Así mismo, fijar por concepto de agencias en derecho, la suma de \$484.930, equivalente al 5% de la estimación razonada de la cuantía. Por Secretaría hágase la liquidación respectiva e imprímasele el trámite previsto en el artículo 366 del Código General de Proceso, aplicable por remisión del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

**OCTAVO.-** Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría expídanse copias auténticas del presente fallo con su respectiva constancia de ejecutoria.

**NOVENO.-** Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría si la hubiere devuélvase al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso, déjese constancia de dicha entrega y archívese el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**FREICER GÓMEZ HINESTROZA**  
**JUEZ**

Sentencia de Primera Instancia.

Expediente: 50001-33-33-005-2016-00134-00

Referencia: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Accionante: CARMEN ESTELA SANTAMARÍA ÁLVAREZ

Accionada: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC