



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
-SECCIÓN SEGUNDA- SUB SECCIÓN "D"**

MAGISTRADO PONENTE: ISRAEL SOLER PEDROZA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

SENTENCIA

Expediente: 11001-33-35-019-2015-00913-01
Demandante: LUZ MARÍNA PEÑA RAMÍREZ
Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC.
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema: **Confirma parcialmente sentencia que accedió a las pretensiones de la demanda - Terminación nombramiento provisional - Auxiliar de Enfermería.**

I. ASUNTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fls. 372-380), contra la sentencia proferida el 6 de julio de 2017 (fls. 353-368 vto), por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, que **ACCEDIÓ A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA RELATIVAS AL REINTEGRO DE LA DEMANDANTE AL CARGO QUE OSTENTABA EN PROVISIONALIDAD CON EL CONSECUENTE PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES.**

II. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 202-224). La accionante a través de apoderado judicial, solicitó que se declare la nulidad de la **Resolución No. 002327 del 1 de julio de 2015** "Por la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se da por terminado un nombramiento en provisionalidad de la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC". (fls. 2-4).

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó: (i) que sea reintegrada al cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4125, Grado 14, que desempeñaba en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá COMEB; (ii) que se condene a la demandada al pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el 6 de agosto de 2015 y se declare que no hubo solución de continuidad hasta el momento en que se restablezcan sus derechos como servidor público; (iii) se indexen las sumas liquidadas a su favor para evitar la pérdida del poder adquisitivo; (iv) que se condene en costas.

HECHOS. Señaló, que la accionante fue nombrada en provisionalidad en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, desde el 22 de febrero de 1996, hasta el 6 de agosto de 2015, en el cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4158, Grado 14, y laboró en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá COMEB.

Que mediante **Oficio No. 3300 del 29 de junio de 2012**, el Director General del INPEC, 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; que para esa fecha el Manual de Funciones que regía era la **Resolución No. 00952 de 29 de enero de 2010**, la cual sirvió de base para reportar la Oferta Pública de Empleos de Carrera a la Comisión Nacional de Servicio Civil.

Que a través del **Acuerdo No. 297 del 11 de diciembre de 2012**, la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera de la planta de personal administrativo del INPEC, la cual se llevó a cabo a través de la **Convocatoria No. 250 de 2012**.

A partir de la fecha de publicación del Acuerdo No. 297 de 2012, se iniciaron las etapas de convocatoria, señalando en su artículo 10 que la Oferta Pública de Empleos correspondió a un total de 2137 vacantes, siendo la fecha para la adquisición del PIN del 15 de enero al 25 de enero de 2013, correspondiéndole a la demandante el número 9188412956.

Indicó, que la CNSC expidió el **Acuerdo No. 303 de 13 de marzo de 2013**, por el cual modificó el Acuerdo No. 297 de 11 de diciembre de 2012, convocatoria 250 de 2012, señalando en su parte considerativa "...que mediante oficio No. 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 No. 00571 del 7 de marzo de 2013 ajustó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos del personal administrativo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.**”, que dicho acuerdo en su artículo 2º, modificó el número de vacantes a proveer en el concurso de méritos a dos mil cien (2100) vacantes definitivas, disminuyendo en 37 las inicialmente ofertadas.

Sostuvo, que la publicación del Acuerdo No. 303 de 13 de marzo de 2013, se hizo antes de que el INPEC hubiera divulgado el nuevo manual de funciones contenido en la Resolución N°. 000571 de 7 de marzo de 2013, lo cual se realizó el 1º de abril de 2013, en la página web del INPEC., por lo que no era oponible a terceros.

Que la CNSC convocó a concurso a la señora Peña Ramírez, para el cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, ofertado bajo el número 202729 y en el cuál nunca se presentó como vacante para el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá COMEB, lugar donde trabajaba la demandante.

Que el Teniente Coronel Jhon Murillo Pérez, Director General del INPEC, emitió Oficio No. 8200-DICUV- 1078 del 23 de mayo de 2014, con destino al presidente de la CNSC en el cual solicitó que se verificaran las anomalías descritas en la Convocatoria 250 de 2012 y se tomaran las medidas pertinentes.

Que a través de la **Resolución No. 1850 de 8 de septiembre de 2014**, se adoptó la lista de elegibles para el cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14; mediante la **Resolución No. 002327 de 1 de julio de 2015**, se dió por terminada la provisionalidad de la demandante y se nombró en periodo de prueba al señor Jhon Hedilberto Burgos Botina, en el Cargo de Auxiliar, Código 41258, ubicado en el Municipio de Túquerres, Nariño.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls.244-262). La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda señalando, que el acto administrativo atacado no se encuentra incurso en ninguna de las causales de nulidad previstas en el CPACA., a su vez, señaló que dicha resolución fue expedida en atención a los fundamentos legales y constitucionales propios de la función pública.

Sostuvo, que el reintegro de la demandante no es posible, toda vez que el empleo que ocupaba era en provisionalidad y se encuentra provisto por la persona que por mérito superó las etapas del concurso adelantado a través de la Convocatoria No.

250 de 2012, y en ese sentido no tiene mejor derecho la demandante frente al señor Burgos Botina quien en la actualidad ocupa dicho cargo.

Sostuvo, que a través de la página web del INPEC se dio a conocer el Acuerdo No. 297 de 11 de diciembre de 2012, por medio del cual la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer 2137 vacantes definitivas de los empleos de carrera de la planta de personal administrativo del INPEC, proceso que se identificó como Convocatoria No. 250 de 2012 –INPEC-.

Que para la fecha en que se dio apertura a la convocatoria, esto es el 17 de diciembre de 2012, el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales vigentes era la Resolución No. 952 de 29 de enero de 2010, el cual fue ajustado teniendo en cuenta la escisión de funciones que sufrió el INPEC, con la entrada en vigencia del Decreto 4151 de 2012 y la consecuente creación de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC con el Decreto 4150 de 2011.

Que la planta de empleos fue modificada a través del Decreto 4969 de 2011, suprimiéndose 488 empleos de carrera pertenecientes a la planta global, siendo ajustado el manual de función previo a la inscripción de los aspirantes como en efecto se hizo, el 7 de marzo de 2013, data para la cual no se había dado inicio a las inscripciones y escogencia del empleo.

Adujo, respecto a los cargos en provisionalidad, que se caracterizan por su temporalidad o transitoriedad hasta tanto puedan ser provistos en propiedad con quienes hayan superado el concurso de méritos respectivo, como ocurrió en el presente caso.

Afirmó, que en la Convocatoria No. 250 de 2012, se ofertaron 77 vacantes para el empleo 202729, sin distinción de sitio específico de ubicación, señalándose que era *"Donde se ubique el cargo"*, dado que la planta del INPEC es global y flexible, por lo que una vez en firme la lista de elegibles se nombró en estricto orden en la sede de trabajo donde previamente escogieron y estaban ofertadas las 77 vacantes.

Que el señor Jhon Hedliberto Burgos escogió la única vacante que había en el establecimiento penitenciario de mediana seguridad de Túquerres – Nariño, por lo que necesariamente debía salir un provisional, ya que los otros 76 elegibles también eligieron su sede de trabajo; que al ser 77 vacantes las ofertadas y más de 155 elegibles, era imposible mantener en el cargo a la demandante.

Indicó, que si bien es cierto, la demandante adquirió el PIN y se inscribió en la Convocatoria No. 250 de 2012, no probó que haya continuado con las demás etapas del concurso ni aparece en la lista de elegibles para ese empleo, por lo que era imposible su permanencia en ese empleo.

Así las cosas, concluyó manifestando que la terminación de la vinculación en provisionalidad de la demandante no obedeció a la discrecionalidad, decisión unilateral o a la arbitrariedad de la administración, sino al cumplimiento de un mandato constitucional y legal.

3. FALLO RECURRIDO (fls.353-368 vto). Mediante providencia del 6 de julio de 2017, el Juzgado Diecinueve Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, **accedió a las pretensiones de la demanda**, declarando la nulidad del acto demandado y condenando al INPEC al reintegro de la demandante al cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, desempeñado en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá, o a uno de igual o superior jerarquía; cancelar la totalidad de los salarios y prestaciones sociales **desde la fecha del retiro del servicio, 31 de julio de 2015 y hasta la fecha del reintegro efectivo al cargo, sin que exista solución de continuidad**. Para fundamentar su posición, citó el artículo 25 de la Constitución Colombiana, y las Leyes 909 de 2004 y 443 de 1998.

En lo atinente al caso concreto afirmó que de las pruebas obrantes en el proceso se establece que la actora prestó sus servicios en provisionalidad en el Cargo de Auxiliar, Código 4128, Grado 14, en el INPEC, desde el 22 de febrero de 1993 al 31 de julio de 2015, desempeñándose en el Complejo Penitenciario y Carcelario y que una vez surtido el trámite pertinente, a través de Resolución No. 002337 del 1° de julio de 2015, se dio por terminado el vínculo provisional de la demandante y se nombró en periodo de prueba al señor Jhonn Hedliberto Burgos Botina, en una de las 77 vacantes ofertadas en la mentada convocatoria.

Sostuvo, que si bien es cierto la planta global del INPEC permite optimizar la prestación del servicio, en la medida que los empleos no tienen una localización fija o específica dentro de la estructura de la Entidad, como lo señala el INPEC, también lo es, que en el presente caso la terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante en el Complejo Penitenciario y Carcelario de Bogotá, para en su lugar nombrar en periodo de prueba al señor Burgos Botina, con base en la lista de elegibles de la convocatoria, pero en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Túquerres, Nariño, se torna

irregular, como quiera que el INPEC desconoció los lineamientos establecidos en la convocatoria, entendida como la norma reguladora del concurso.

Afirmó, que el INPEC al momento de comunicar la oferta pública de empleos de carrera a la CNSC, no reportó ninguna vacante para la Ciudad de Bogotá, lo que indica que en la Convocatoria No., 250 de 2012, no se ofertó el cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, respecto de este ente territorial, situación que incluso la propia entidad reconoce, cuando la Subdirectora de Talento Humano informó “ *En lo que refiere a la ubicación de los empleos enunciados, como se observa en el cuadro allegado en tres (3) folios, para el cargo que nos ocupa se ofertan 77 vacantes y no se realiza oferta para alguna sede de la ciudad de Bogotá*”.

Aunado a lo expuesto, manifestó que en el cuadro de “*DISTRIBUCIÓN DE SEDE DE TRABAJO CONVOCATORIA NO. 250 - INPEC ADMINISTRATIVO EMPLEOS CON VACANTES EN DIFERENTES SEDES DE TRABAJO QUE REQUIEREN CELEBRACIÓN DE AUDIENCIA PÚBLICA INFORMACIÓN REMITIDA Y VALIDADA POR EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC*”, se observa que para la Ciudad de Bogotá no existen vacantes ofertadas mientras que para el Municipio de Túquerres Nariño, se aprecia una única vacante la cual fue otorgada de acuerdo a la conformación de la lista de elegibles, por tanto, no existe sustento jurídico válido para la terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante, máxime cuando el cargo que ocupaba no fue ofertado.

Señaló, que si el empleo enunciado como vacante en el concurso, era el ubicado en el Municipio de Túquerres Nariño, las reglas de la lógica y de la experiencia indican que la entidad debió desvincular al funcionario que eventualmente se encontrara ocupándolo en calidad de provisional en dicho ente territorial para dar paso a la persona que adquirió los derechos de carrera tras superar el concurso de méritos, sin embargo, la demandada no demostró que hubiera ofertado como vacante de manera definitiva el cargo que ostentaba la señora Peña Ramírez en la Ciudad de Bogotá, que por tratarse de una planta globalizada y flexible se requería por razones de necesidad del servicio, el traslado del empleo ubicado en Bogotá por la demandante, a la ciudad de Túquerres Nariño para posteriormente ser ofertado en la convocatoria.

Así las cosas, concluyó manifestando que el Acto Administrativo demandado, adolece de vicios que afectan su legalidad debido a que se expidió con infracción de las normas en que debería fundarse y mediante falsa motivación, por lo que procedía su anulación.

III. APELACIÓN

La **parte demandada** (fls.372-380), solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda argumentando, que mediante Acuerdo No. 297 de 11 de diciembre de 2012, se dio apertura a la Convocatoria No. 250 de 2012 , donde se indicaron las reglas del concurso así como el número de cargos ofertados, de la cual se desprende que el INPEC consolidó la Oferta Pública de Empleos – OPEC primero ofertando 68 vacantes y luego con el Acuerdo 303 de 13 de marzo de 2013, las incrementó a 77 vacantes, siendo la finalidad de ese concurso **proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera de planta de personal administrativo del INPEC.**

Que de dicha convocatoria se infiere que todos los empleos de carrera del personal administrativo del INPEC que estaban ocupados hasta ese momento en provisionalidad fueron ofertados, incluido el que ocupaba la demandante desde el año 1996, por lo que, resulta errada la interpretación del Juzgado al afirmar que por el hecho de que el empleo por ella ocupado se encontrara ubicado en la ciudad de Bogotá, necesariamente tenía que ofertarse en esta ciudad en la convocatoria, concepto que no es acorde con la planta global y flexible del INPEC, lo cual admite movilidad de los empleos de acuerdo con las necesidades de la Entidad en todo el territorio nacional.

Indicó, que de la lectura de la OPEC No. 202729, y del Oficio expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, se puede determinar, que fueron 77 vacantes ofertadas, siendo la ubicación de estas en distintas sedes geográficas a nivel nacional y claramente se indicó "*donde se ubique el cargo*", por lo que no ha de entenderse en sentido literal sino bajo el concepto de planta global y flexible, es decir, que los 77 empleos ofertados no tenían que estar necesariamente ubicados donde el provisional prestaba el servicio al momento de adelantarse la convocatoria, sino donde por las necesidades del servicio del INPEC se requería ubicar el empleo.

Arguyó, que en el caso de la demandante se demuestra que el empleo no está adscrito a un ente territorial, como lo afirma el Juzgado, sino que puede ubicarse en el lugar que estime el Instituto, tal como sucedió para el empleo 202729, el cual fue ofertado en distintas zonas geográficas, diferentes a la Ciudad de Bogotá.

Reiteró, que al ser la planta de personal del INPEC global y flexible, y que en COMEB ya habían para la época en que se dio apertura al concurso tres empleos

de enfermero auxiliar de carrera administrativa, no se requerían más servidores para dicho empleo en ese establecimiento de reclusión, lo anterior explica por qué no hubo vacante ofertada para ese empleo en Bogotá.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La entidad demandada presentó sus alegaciones finales, reiterando en esencia lo expuesto en el recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia impugnada y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

La parte actora y el Ministerio Público guardaron silencio, a pesar de haber sido notificados en debida forma (fl. 407 vto).

V. CONSIDERACIONES.

1. Planteamiento del problema jurídico. Consiste en determinar si el acto administrativo demandado mediante el cual el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC - terminó el nombramiento en provisionalidad a la demandante en el Cargo, de Auxiliar Enfermero, Código 202729, Grado 14, que desempeñaba en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá, con ocasión del nombramiento del señor Jhonn Hedliberto Burgos Botina en periodo de prueba en el Municipio de Túquerres Nariño, se encuentra ajustado a derecho, o si por el contrario se debe confirmar la decisión apelada que declaró su nulidad y ordenó el reintegro de la demandante a dicho cargo con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales.

2.- Normas y Precedente Jurisprudencial Aplicable.

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política señalan:

Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

“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 trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”.

De conformidad con lo anterior, en la Administración Pública existen empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de elección popular, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, dentro de los cuales se encuentran los provisionales; dicha norma también consagra que el ingreso y ascenso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de los requisitos y

condiciones que fije la ley, la que además determinará los méritos y calidades de los aspirantes. La Corte Constitucional ha señalado que la **carrera administrativa** "es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público"¹, lo que la convierte en una garantía y un principio constitucional.

En desarrollo de lo anterior, se profirió la **Ley 909 de 2004** "Por la cual se expide normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones" que entró en vigencia el 23 de septiembre del 2004, es decir, que para la época de expedición del acto administrativo acusado se encontraba vigente.

Dicha ley permite nombrar provisionalmente a un empleado en un cargo de carrera vacante sólo temporalmente, por necesidades del servicio y cuando no sea posible encargar a un empleado inscrito en carrera administrativa. Bajo esa regla se ejercerá dicho empleo mientras no pueda proveerse el cargo por el mecanismo ordinario de méritos, establecido para esas categorías de empleos de carrera. El artículo 25 de la citada ley así lo expresó:

"Artículo 25. *Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."*

Ahora bien, sobre el ingreso y el ascenso a los empleos de carrera la Ley 909 de 2004, señaló:

"ARTÍCULO 4o. SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

1. Se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

¹ Corte Constitucional. Sentencia T-112 A de 3 de marzo de 2014. Expediente T-4.081.407. MP. Dr. Alberto Rojas Ríos. Ver también sentencia C-049 de 2006.

(...)

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).

(...)

La norma en cita contempla la existencia de sistemas específicos de carrera, entre los cuales se encuentra el del INPEC, que tiene su origen en el Decreto 1661 de 1965,² que otorgó la dirección del Sistema a la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia.

Luego en virtud de lo previsto en el artículo 20 transitorio de la Constitución Política, el Gobierno Nacional creó el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC- mediante el Decreto 2160 de 1992, como establecimiento público adscrito al Ministerio de Justicia, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

Ahora, el sistema específico de carrera del INPEC se encuentra previsto en el Decreto Ley 407 de 1994³, que señala dos categorías de personal: (i) administrativo, cuya selección se adelanta mediante concurso; y, (ii) del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional, que ingresa a través de curso previa selección.

Dicha norma, en su artículo 12 establece que los empleos de libre nombramiento y remoción se proveen mediante nombramiento ordinario y los de carrera a través de concurso, sin embargo, mientras dicho concurso se desarrolla el INPEC puede efectuar un encargo en un empleo de carrera que se encuentra vacante y de no ser posible esto, podrá hacer un nombramiento provisional.

3. DECISIÓN DEL CASO.

La señora **LUZ MARINA PEÑA RAMÍREZ**, laboró inicialmente en la Penitenciaría Central de Colombia desde el 11 de octubre de 1994 hasta el 6 de febrero de 1996, en el Cargo de Enfermera Auxiliar de la Sección de Sanidad (fl.31).

Posteriormente y de acuerdo con certificado expedido por el Subdirector de Talento Humano del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, se tiene que la demandante, prestó sus servicios a dicha entidad, así:

² "por el cual se organiza la carrera penitenciaria"

³ "Por el cual se establece el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario", (Artículos 78 y 80).

- En el cargo de Enfermera Auxiliar, Código 5345, Grado 11, del **22 de febrero de 1996 al 15 de abril de 1997**, en provisionalidad (fl.151).
- En el cargo de Enfermera Auxiliar, Código 5345, Grado 14, del **16 de abril de 1997 al 19 de septiembre de 2006**, en provisionalidad (fl. 149).
- En el cargo de Enfermera Auxiliar, Código 5345, Grado 14, del **20 de septiembre de 2006 al 28 de enero de 2010**, en provisionalidad (fl. 148).
- En el cargo de Enfermera Auxiliar, Código 4128, Grado 14, del **29 de enero de 2010 al 6 de marzo de 2013**, en provisionalidad (fl.147).
- En el cargo de Enfermera Auxiliar, Código 4128, Grado 14, del **7 de marzo de 2013 al 17 de mayo de 2013**, en calidad de provisional vacante definitiva en el Complejo Carcelario Penitenciario Metropolitano de Bogotá (fl. 146).

Inicialmente la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante **Acuerdo No. 297 de 2012**, convocó a concurso de méritos para proveer varios empleos de la planta de personal del INPEC, incluyendo el de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, para un total de vacantes de 2137 entre ellas 68 del referido empleo (fls.165 -187). En las características básicas de éste empleo se indicó que la dependencia sería **"Donde se ubique el cargo"**. (fls.268 y 268 vto).

Posteriormente , el INPEC expidió la **Resolución No. 00571 de 7 de marzo de 2013**, por medio del cual se ajustó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales, y a través del **Acuerdo 303 de 13 de marzo de 2013**, la Comisión Nacional del Servicio Civil, modificó el **Acuerdo 297 de 2012**, en lo que respecta a las vacantes reportadas a 2100, **de las cuales 77 correspondieron al Cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14**, (fls. 298-299 vto), toda vez que mediante **Oficio No. 12816 de 8 de marzo de 2013**, el Director General del INPEC solicitó a la Comisión modificar la OPEC reportada teniendo en cuenta que mediante **Resolución No. 000571 del 7 de marzo de 2013**, se ajustó el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos del personal administrativo del INPEC, indicando que de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 del acuerdo en cita, en concordancia con el art. 14 del Decreto 1227 de 2007, antes de iniciarse las inscripciones, la convocatoria podría ser modificada o complementada en cualquier aspecto por la CNSC, como en efecto sucedió.

Así las cosas, y como resultado de la **Convocatoria No. 250 de 2012**, la CNSC mediante la **Resolución No. 1850 de 8 de septiembre de 2014**, conformó y adoptó la lista de elegibles para el cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14 (fls. 264 - 266), y mediante Acta de Audiencia Pública virtual por correo electrónico del 11

de mayo de 2015, se consignó que la asignación de sede de trabajo para el señor Jhonn Hedilberto Burgos Botina, fue en el Municipio de Túquerres del Departamento de Nariño (fls.269-270 vto).

No obstante lo anterior, a través de la **Resolución No. 002327 de 1° de julio de 2015** (fls.161-163), el INPEC **dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante en la ciudad de Bogotá y nombró en periodo de prueba al señor Jhonn Hedilberto Burgos Botina**, en el Cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, en el Municipio de Túquerres, Nariño en la cual se indicó lo siguiente:

(...)

Que teniendo en cuenta que el empleo 202729 Enfermero Auxiliar Código 4128, Grado 14, fue ofertado en 63 sedes geográficas diferentes la CNSC procedió a dar aplicación a lo reglamentado en el Acuerdo 297 del 11 de Diciembre de 2012, frente a las Audiencias Públicas para la escogencia de vacantes ubicadas en diferentes sedes de trabajo.

(...)

Que de acuerdo a Acta de Audiencia Publica virtual por correo electrónico No.9 – empleo 202729 de la CNSC del 11 de mayo de 2015 el Señor JHONN HEDILBERTO BURGOS BOTINA, mediante correo electrónico informó que la sede de trabajo de su preferencia es Túquerres – Nariño y considerando que ningún otro elegible con mejor posición seleccionó dicha vacante, se le asegura como sede de trabajo la ciudad de Túquerres en el Departamento de Nariño, razón por la cual el INPEC deberá efectuar el nombramiento en periodo de prueba.

(...)

Que en la actualidad el citado empleo se encuentra provisto por la Señora LUZ MARINA PEÑA RAMÍREZ (...) quien fue nombrada en provisionalidad en el empleo denominado Enfermero Auxiliar Código 5345 Grado 11. Pasando a denominarlo 4128, en el cual fue incorporada la Señora Luz Marina Peña Ramírez, según Resolución No. 000989 del 29 de enero de 2010.

Que en razón a lo anterior se hace necesario dar por terminado el nombramiento en provisionalidad otorgado a la Señora LUZ MARINA PEÑA RAMÍREZ (...)

RESUELVE:

Artículo 1°. Nombrar en periodo de prueba al Señor JHONN HEDILBERTO BURGOS BOTINA (...) en el cargo de Enfermero Auxiliar Código 4128, Grado 14, **ubicado en EPMSC TÚQUERRES de la planta globalizada del INPEC (...). (Negrillas de la Sala).**

De acuerdo con lo anterior, se tiene que la entidad demandada dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante, argumentando que de acuerdo con la Convocatoria No. 250 de 2012 y una vez superadas las etapas correspondientes, el señor Jhonn Hedilberto Burgos Botina, debía ser nombrado en el cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, grado 14, en el Municipio de Túquerres - Nariño.

En el recurso de alzada, indicó la apoderada del INPEC, que la decisión de terminar el nombramiento en provisionalidad de la demandante se tomó con apego a la ley, pues efectivamente mediante la Convocatoria 250 de 2012, la CNSC dispuso ofertar públicamente los empleos de carrera que se encontraban vacantes en dicha entidad, y si bien es cierto, no se ofertó el Empleo de manera literal para ser ocupado en la Ciudad de Bogotá en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano, teniendo en cuenta que la **planta del INPEC es global y flexible** se requería que la demandante al encontrarse nombrada en provisionalidad diera paso a la persona que superó las etapas de la convocatoria, en este caso, el señor Burgos Botina.

En efecto, la Gerente de la Convocatoria No. 250 de 2012, de la CNSC, informó que para el Empleo Enfermero Auxiliar, Grado 14, Código 4128, **no fueron reportadas vacantes, para la ciudad de Bogotá** (fls.296-297). Así lo indicó:

"Por otro lado frente al empleo denominado Enfermero Auxiliar, grado 14, Código 4128 fue ofertado en la Convocatoria No. 250 de 2012 – INPEC ADMINISTRATIVOS bajo el código OPEC No. 202729 y cuya publicación fue la siguiente:

Departamento	Municipio	Vacantes
OTRO	OTRO	77

Respecto al detalle de las vacantes ofertadas, señaló:

DEPARTAMENTO	CIUDAD	202729
AMAZONAS	LETICIA	1
ANTIOQUIA	ANDES	1
ANTIOQUIA	APARTADO	1
ANTIOQUIA	MEDELLIN	3
ANTIOQUIA	PUERTO BERRIO	1
ANTIOQUIA	PUERTO TRIUNFO	1
ANTIOQUIA	YARUMAL	1
ARAUCA	ARAUCA	1
ATLANTICO	BARRANQUILLA	2
BOYACA	COMBITA	2
BOYACA	DUITAMA	1
BOYACA	PUERTO BOYACA	1
BOYACA	RAMIRIQUI	1
BOYACA	SANTA ROSA DE VITERBO	1
BOYACA	SOGAMOSO	1
BOYACA	TUNJA	1
CALDAS	ANSERMA	1
CALDAS	LA DORADA	1
CALDAS	MANIZALES	2
CAQUETA	FLORENCIA	2
CASANARE	PAZ DE ARIPORO	1
CASANARE	YOPAL	1
CAUCA	BOLIVAR	1
CAUCA	POPAYAN	2
CAUCA	QUILICHAO	1
CESAR	VALLDUPAR	2

CORDOBA	TIERRA ALTA	1
CUNDINAMARCA	FUSAGASUGA	1
CUNDINAMARCA	GIRARDOT	1
CUNDINAMARCA	GUADUAS	2
CUNDINAMARCA	ZIPAQUIRA	1
HUILA	LA PLATA	1
HUILA	PITALITO	1
META	ACACIAS	1
META	GRANADA	1
NARIÑO	IPIALES	1
NARIÑO	PASTO	1
NARIÑO	TUMACO	1
NARIÑO	TUQUERRES	1
NORTE DE SANTANDER	CUCUTA	1
NORTE DE SANTANDER	OCAÑA	1
NORTE DE SANTANDER	PAMPLONA	1
PUTUMAYO	MOCOA	1
QUINDIO	ARMENIA	2
RISARALDA	PEREIRA	2
RISARALDA	SANTA ROSA DE CABAL	1
SAN ANDRES	SAN ANDRES	1
SANTANDER	BARRANCABERMEJA	1
SANTANDER	BUCARAMANGA	2
SANTANDER	GIRON	1
SANTANDER	SAN GIL	1
SANTANDER	SOCORRO	1
SANTANDER	VÉLEZ	1
TOLIMA	CHAPARRAL	1
TOLIMA	ESPINAL	1
TOLIMA	HONDA	1
TOLIMA	IBAGUE	2
VALLE	BUENAVENTURA	1
VALLE	BUGA	1
VALLE	CARTAGO	1
VALLE	JAMUNDI	1
VALLE	PALMIRA	1
VALLE	SEVILLA	1
VALLE	TULUA	1

Lo anterior, se corrobora con la documental obrante a folio 305, en la cual se informa que efectivamente para el empleo 202729 no se hizo oferta en la Ciudad de Bogotá, a su vez, a folio 307 del plenario se indica que las sedes de trabajo de la referida convocatoria sería "DONDE SE UBIQUE EL EMPLEO", **siendo claro entonces que para el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá, no se ofertó ningún empleo.**

Aunado a lo expuesto, obra en el expediente respuesta de la Subdirectora de Talento Humano (C) del INPEC al requerimiento efectuado por el juez de primera instancia (fIS.301-302), en donde se confirma lo anteriormente expuesto y en el cual se consignó: " 3. Para efectuar el nombramiento en periodo de prueba del señor BURGOS BOTINA fue necesario liberar el empleo y en consecuencia, terminar el nombramiento en provisional que recaía sobre la señora LUZ MARINA PEÑA RAMÍREZ,

afirma que la decisión se tomó teniendo en cuenta las características que reviste la planta global del INPEC, y que de acuerdo con la Convocatoria 250 de 2012, debía liberarse uno de los cargos que fue ofertado para ser provisto por la persona que cumplió con la atapas correspondientes, para esta Subsección es claro que quedó probado líneas atrás, que el cargo de Enfermero Auxiliar, Grado 14, Código 4128, en la Ciudad de Bogotá, no fue ofertado en la mentada convocatoria, por lo que resulta a todas luces desacertado el hecho de que se retire a un servidor que se encuentra en una ciudad, para proceder al nombramiento de otra persona de quien no se discute que haya aprobado las etapas respectivas de dicho concurso, pero en otra parte del territorio.

Se considera entonces, que en el presente caso se entendió mal el concepto de planta global, lo cual significa que se puede trasladar a un servidor de un cargo a otro, pero que se encuentre creado en el sitio a donde se envía, y no como en este caso, que se retiró del servicio a la demandante que trabajaba en la Ciudad de Bogotá, para nombrar a su reemplazo en la Ciudad de Túquerres – Nariño, lugar donde sí se había ofertado una plaza. En ese sentido debe entenderse la expresión incluida en la convocatoria, cuando se señala que serían designados quienes superaran el concurso de méritos, en la *“Dependencia: Donde se ubique el cargo”*.

Así las cosas, es claro que para que se convoque a concurso, tiene que determinarse cuál es la vacante, lo cual implica saber en dónde está ubicada, en el presente caso, como se dijo en la Convocatoria No. 250 de 2012, la CNSC, indicó como vacantes ofertadas, en el Departamento de Cundinamarca, únicamente los Municipios de Fusagasugá, Girardot, Guaduas y Zipaquirá, sin que se encuentre la plaza de Bogotá. De igual forma, se ofertó para el Departamento de Nariño, entre otros, el Municipio de Túquerres, siendo este último el escogido por el señor Jhonn Hedilberto Burgo Botina, como se desprende del Acta de Audiencia Pública Virtual por correo electrónico No. 9 – Empleo 202729, en la cual se citó para la escogencia del empleo a los integrantes de la lista de elegibles respectiva para que informaran el orden de su preferencia de las sedes de trabajo ofertadas en dicha convocatoria (fl.269).

Así, se tiene entonces, que el empleo que ocupaba la ahora demandante no fue ofertado en la mentada convocatoria, y tampoco obra prueba que permita inferir que se hubiera presentado un traslado del cargo, como lo ha indicado el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A” Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia del siete (07) de abril de dos mil once

(2011) Radicación numero: 25000-2325-000-2002-05450-01(0642-07, en un proceso en el cual se debatía el reconocimiento y pago de unos emolumentos derivados de un traslado de cargo de una funcionaria de la Procuraduría General de la Nación, que en lo aplicable al sub lite, indicó:

“...El traslado entonces, implica la reubicación de los empleos incluidos en la planta globalizada en donde no existe un cambio de funciones pues siguen siendo las mismas, ya que se trata simplemente de la radicación del cargo en otra ciudad o dependencia de la institución. El ejercicio de la función es reglada, por tanto, es formal (...)”

Corolario de lo expuesto, es claro que en el presente caso no obra un acto administrativo, en el cual efectivamente se demuestre que se hubiera realizado el traslado del cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, de la Ciudad de Bogotá, a la Ciudad de Túquerres Nariño, como en efecto lo indicó el juez de primera instancia.

Así las cosas, considera la Sala, que la decisión de terminar el nombramiento en provisionalidad de la demandante en el empleo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, del Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Bogotá COMEB, para nombrar en periodo de prueba al señor Jhonn Hedilberto Burgos Botina en una ciudad distinta, como lo es en Túquerres, Nariño, no se encuentra ajustada a derecho por lo tanto, la decisión adoptada en primera instancia deberá ser confirmada parcialmente.

Se concluye que la decisión adoptada por la Entidad encaminada a terminar el nombramiento provisional de la demandante, se torna ilegal, y por ende deberá ser confirmada la decisión de primera instancia, siendo procedente el reintegro, como lo dispuso el A-quo. No obstante, resulta necesario, hacer un análisis de la documental allegada por el INPEC visible a folios 412 a 417, en la cual consta que mediante Resolución No. 004564 de 30 de noviembre de 2017 y **Acta de Posesión No. 1336 de 1 de diciembre de 2017**, se nombró a la demandante en el cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14 de la planta Global del INPEC en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de **Duitama**, en cumplimiento a un acuerdo celebrado con los sindicatos.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien es cierto, la demandante tiene derecho a la indemnización respectiva, también lo es que, no es viable acceder en los términos solicitados, esto es, desde la fecha del retiro, **31 de julio de 2015** y hasta el reintegro, pues se reitera, que por un lado la demandante fue nombrada en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Duitama, y por otro,

situación que se surtió por medio del Acto Administrativo señalado en el punto anterior, comunicado a la Demandante a través del Oficio 85102-SUTAH-11173 del 09 de julio de 2015 como consta en el Acta de Comunicación del 21 de julio de la misma anualidad (...)"

De igual forma, indicó "...Ahora bien, en lo que refiere al empleo en comento, se pone en conocimiento del Despacho, que a la fecha se encuentran vinculadas tres (03) funcionarias en carrera administrativa en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá D.C."

El H. Consejo de Estado¹⁰, sostuvo sobre las plantas globales y flexibles, lo siguiente:

"7.1. Las plantas globales.

Para alcanzar los fines estatales, algunas entidades disponen de plantas globales y flexibles que les permiten adoptar con la suficiente celeridad las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las funciones a su cargo. En ellas el director goza de un margen de discrecionalidad más amplio al momento de valorar las circunstancias para tomar decisiones, sin que esa potestad pueda confundirse con arbitrariedad, no solo porque siempre debe atender las necesidades del servicio sino, además, porque las especiales circunstancias de la persona y sus condiciones laborales son aspectos a tener en cuenta en decisiones de esta naturaleza⁽⁹⁾

Este despacho⁽⁹⁾ respecto de las plantas globales ha sostenido que la planta de personal podría definirse como el contenido de la maqueta que contempla la estructura de los cargos necesarios para cumplir las funciones que le corresponden a la administración. En principio se describían dos tipos de planta, la rígida, que tenía asignada funciones por áreas, divisiones o direcciones. Esta rigurosidad no les permitía a los funcionarios laborar en las diferentes dependencias, sino solo en aquella en donde había sido ubicado conforme a su especialidad y formación. Esta modalidad volvía estática la administración y dificultaba el cumplimiento de los principios de la función pública.

De otra parte, la planta global en donde "los distintos empleos simplemente se enlistan o determinan de manera globalizada o genérica en su denominación, código y grado, e indicando el respectivo número de cada empleo"⁽¹⁰⁾, organización que le permite a la entidad ubicar a sus funcionarios en diferentes áreas de acuerdo a su perfil profesional, experiencia y conocimientos, es decir, este tipo de planta admite mayor movilidad en el ejercicio funcional y optimización en la prestación del servicio. Por esta razón, las plantas globales tienen mayor discrecionalidad para ordenar las reubicaciones territoriales de sus servidores cuando así lo demande la necesidad del servicio, de manera que, la estabilidad territorial de quienes laboran en instituciones con planta global es menor a la de quienes lo hacen para otro tipo de plantas, permitiéndole a la entidad el ejercicio del ius variandi de una manera más amplia cuando existen motivos de interés general que justifican un tratamiento diverso; sin embargo, debe aclararse como bien lo señaló la Corte Constitucional⁽¹¹⁾ que "La flexibilidad de la planta de personal no se predica de la función asignada al empleo sino del número de funcionarios que pueden cumplirla".

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Rad. 25000-2325-000-2005-07998-02(0803-12), Consejero Ponente, Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, diecisiete de abril de dos mil trece.

Se entiende entonces por "planta global" aquella planta de personal en la cual todos los empleos se agrupan y dependen de la dirección general del organismo o entidad, teniendo el nominador la facultad de distribuir los cargos de acuerdo a las necesidades del servicio y conforme a los planes y programas institucionales. Se caracterizan por ser plantas más elásticas y flexibles permitiendo organizar y distribuir el personal según las necesidades reales, sin limitaciones administrativas y permitiendo la conformación de grupos internos de trabajo⁽¹²⁾.

Quien se vincula a una entidad, que cuenta con una planta de personal global y flexible, tiene pleno conocimiento de que puede disponerse la prestación de su servicio en cualquier lugar del país, y, bajo ese entendido, se sabe que su arraigo en una ciudad determinada no es óbice que impida el ejercicio de la facultad discrecional de traslado conferida por ley al director de la entidad⁽¹³⁾.

(...)⁽¹³⁾.

La H. Corte Constitucional ha indicado que en ese tipo de plantas como lo es la del INPEC¹¹, se tiene una alta probabilidad de que sean adoptadas medidas como la de **traslados territoriales o la distribución de los cargos**, lo cual demanda un amplio margen de discrecionalidad al momento de ordenar traslados de una ciudad a otra.

Así, lo señaló la sentencia T-715 de 1996, que posteriormente se citó en la sentencia T-425 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, de la siguiente manera:

"Con todo, prima facie no se observa una evidente contradicción entre el establecimiento de las plantas globales y la normativa constitucional. La planta de personal global y flexible tiene por fin garantizarle a la administración pública mayor capacidad de manejo de su planta de funcionarios, con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio y de cumplir de manera más eficiente con las funciones que le corresponden. Este es, pues, un punto en el que existe tensión entre el interés general y los deberes del Estado, y los derechos de los trabajadores. Sin embargo, no es claro que el establecimiento de una planta global afecte el núcleo esencial de la estabilidad y los derechos de los trabajadores, ya que éstos siguen gozando de ellos, pero en una forma tal que se armonizan con el interés de elevar la eficiencia de la administración"

De acuerdo con lo anterior, se tiene que efectivamente al ser global y flexible las plantas de personal, garantizan a la administración pública mayor capacidad de manejo de la planta de funcionarios con el objeto de atender las cambiantes necesidades del servicio, adoptando medidas como la de **traslados territoriales o la distribución de los cargos de esa planta**.

No obstante lo anterior, considera la Sala que la terminación del nombramiento en provisionalidad de la demandante, se torna irregular, pues si bien es cierto, se

¹¹ Sobre el particular, ver las sentencias T-016 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-468 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

considera la Sala que en el presente caso es dable aplicar los topes indemnizatorios establecidos por la Corte Constitucional en sentencia SU-556 de 2014¹², sentencia que aunque analizó la desvinculación de un servidor, sin la motivación del acto de retiro, puede aplicarse por analogía, al haber fijado parámetros para el reintegro y monto de indemnización. Al respecto, señaló la Corte en sentencia SU-556 de 2014:

(...) 3.6.13.4. Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

(...)

*3.7.4. Como lo ha reconocido esta Corporación, **los operadores judiciales tienen, prima facie, el deber de aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia.*** (Negrilla original)

La anterior providencia resulta vinculante para todos los operadores jurídicos en el país, dada la obligatoriedad que conlleva tal lineamiento jurisprudencia para aquellos casos que deban fallarse con posterioridad a esta sentencia, sin que tenga relevancia la fecha de ocurrencia de los hechos o la fecha de expedición del acto acusado.

Así las cosas, le corresponde a la Entidad demandada reconocer y pagar la totalidad de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 31 de julio de 2015 (fecha del retiro) **y hasta por el término máximo de veinticuatro (24) meses teniendo en cuenta además, que entre la fecha del retiro y la fecha de nombramiento en provisionalidad que hizo la entidad a la actora el 1º de diciembre de 2017, transcurrieron más del tope máximo señalado por la Corte.**

Así mismo, deberá descontarse las sumas que haya percibido la demandante, por concepto de vinculación a otros cargos públicos o actividades privadas, en atención igualmente a lo señalado por el H. Consejo de Estado en fallo de tutela de 5 de marzo de 2015, con ponencia del Dr. Alberto Yepes Barreiro, que indicó: **“Así, podría decretar la indemnización plena, si se demostró en el proceso**

¹² Corte Constitucional. Sentencia SU-556 de 24 de julio de 2014. MP. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

que aquel no fue vinculado a otros cargos o al ejercicio de función pública o actividades particulares que le hubiesen permitido acceder a ingresos para satisfacer sus necesidades. Si ello ocurrió, dichos valores deben ser tenidos en cuenta al momento de cuantificar la indemnización, para ser descontados". (Negrilla de la Sala).

Ahora bien, las sumas a descontar, y las que resulten a favor de la actora se actualizarán en su valor en los términos del artículo 178 del CCA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es la suma adeudada a la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se pagará separadamente, mes por mes, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de los referidos pagos.

Por lo expuesto, la Sala concluye que la decisión adoptada por el *A quo*, debe ser confirmada parcialmente y modificada, en los términos señalados.

4. Costas procesales. El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone: "*salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil*". A su turno el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., prevé que: "**Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.**"

Ahora bien, conforme al artículo 361 del Código General del Proceso, las costas están integradas por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso, y por las agencias en derecho, de ahí que para determinarlas es necesario acudir a lo establecido en el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura¹³, que fija en procesos

¹³ De conformidad con el numeral 4 del artículo 366 del CGP.

ordinarios que se adelanten ante la jurisdicción contenciosa en segunda instancia "Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.". Así las cosas, la Sala considera prudente tasar las agencias en derecho en el presente caso, en cuantía equivalente al 2% de las pretensiones **reconocidas, a favor de la parte demandante**, teniendo en cuenta la duración del proceso, y su complejidad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub Sección D, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, **que accedió** a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Se **MODIFICA** el numeral 2° del proveído impugnado, el cual quedará así:

Segundo: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se **CONDENA** al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, a reintegrar, en provisionalidad a la demandante LUZ MARINA PEÑA RAMÍREZ, identificada con cédula de ciudadanía número 51.898.357 de Bogotá, al cargo de Enfermero Auxiliar, Código 4128, Grado 14, desempeñado en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá D.C., o a uno de igual o superior jerarquía, y a **título de indemnización**, se ordena a la demandada cancelar la totalidad de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el **31 de julio de 2015 fecha del retiro**, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización exceda de veinticuatro (24) meses de salario.

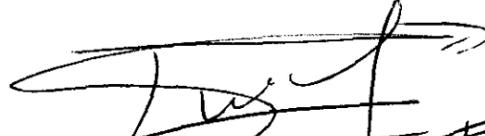
TERCERO: Se condena en costas de esta instancia a la parte vencida. Liquidense en el Juzgado de Primera Instancia, teniendo en cuenta el valor de las agencias en derecho determinado en la parte motiva.

CUARTO: En virtud de lo dispuesto en el artículo 76 del C.G.P. se acepta la renuncia de poder presentada por la Abogada **LADY ANDREA ÁVILA ARIAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 53.106.993 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 184.946 del CSJ, (fls.419-421), quien fungía como apoderada del

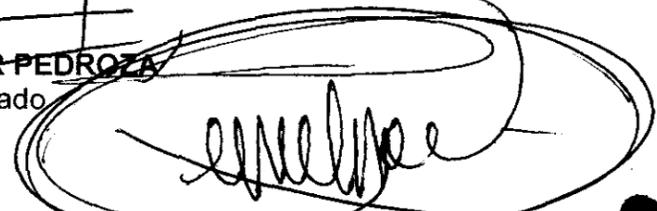
INPEC, toda vez que con la solicitud se allegó la comunicación de dicha dimisión a la esa Entidad (fls.420-421).

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta decisión remítase el expediente al Juzgado de Origen. Cúmplase.

Aprobado según consta en Acta de la fecha.


ISRAEL SOLER PEDROZA
Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA
PATRICIA SALAMANCA GALLO
Magistrada (E)


~~CON ACLARACION DE VOTO~~
CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

ISP/Nmg.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN "D"

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

PROCESO No. 2015-00913

ACTOR: LUZ MARINA PEÑA RAMÍREZ

DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y
CARCELARIO – INPEC.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala, me permito sintetizar las razones por las cuales **aclaro el voto** en la decisión adoptada en providencia del 29 de agosto de 2019, mediante la cual se confirmó parcialmente la sentencia del 6 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, que accedió a las pretensiones de la demanda; así:

I. ACLARACIÓN DE VOTO DE LA DECISIÓN RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA SU-556 DE 2014.

De manera respetuosa presento aclaración de voto respecto a lo considerado en el fallo de la referencia en cuanto confirmó parcialmente la orden dada por el *a-quo*, de reintegrar a la demandante a la entidad, empero, con aplicación de los topes indemnizatorios que serían atendidos por los jueces cuando constaten la ausencia de motivación del acto de retiro del personal en provisionalidad, para efectos de ordenar el eventual reintegro laboral, dispuesto en la **sentencia SU-556 de 2014**, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

1.1. Considero que al ser tal providencia proferida en sede de tutela, la misma solo produce efectos inter partes por regla general¹, razón por la cual, al no contemplar efectos inter comunis expresamente, no es posible hacerla extensiva a la generalidad de asuntos como el caso sub examine, lo anterior conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 5 de febrero de 2015².

En igual sentido, es pertinente resaltar que como consecuencia del sistema normativo de la Ley 1437 de 2011, dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso

¹ **ARTÍCULO 48. ALCANCE DE LAS SENTENCIAS EN EL EJERCICIO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL.** Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces. (Se subraya).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez, cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015). Radicación Número: 11001-03-15-000-2014-01312-01(Ac), Actor: Fidel de Jesús Laverde y Otra, Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B.

³ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo Sección Segunda, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número 25000234200020130154101, Actor: Rosa Ernestina Agudelo Rincón.



PROCESO No. 2013 - 00913

Administrativo tienen carácter obligatorio y predominante las sentencias de unificación emanadas del Consejo de Estado (**artículos 10, 102, 269 y 270** del CPACA), dada la posibilidad de extensión de esta jurisprudencia y la especificidad de las consecuencias en los casos decididos en procesos ordinarios de lo contencioso administrativo, salvo las sentencias de unificación de la Corte Constitucional que interpretan normas constitucionales, lo cual difiere del caso en estudio en el cual se está haciendo interpretaciones especialmente a la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", y al Decreto 1661 de 1965, "Por el cual se organiza la carrera penitenciaria"; lo dicho, según los argumentos y la decisión de la sentencia **C-634 de 2011**, que declaró la exequibilidad del **artículo 10 del CPACA**, en cuanto resuelve:

«Declarar **EXEQUIBLE** el artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 "por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.", por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio *erga omnes* de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad.»

En lo referente al pago percibido por condena judicial que ordena un reintegro, se hace necesario acudir al criterio unificado de ese órgano de cierre, que mediante **sentencia de unificación del 29 de enero del año 2008**, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo concluyó que dicho pago tiene una naturaleza indemnizatoria, calculada con base en el valor de los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir el actor mientras el acto de remoción le estuvo causando el perjuicio consecuente, pero esta indemnización no es propiamente de naturaleza salarial y prestacional.

Así, por tener prevalencia para esta jurisdicción la **sentencia del 29 de enero de 2008 del Consejo de Estado**, máxime si es una decisión de la Sala Plena de esa Corporación, se hace imperativo continuar aplicando el referido criterio unificado³, en el que se explica; "(...) Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio, sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política. (...)".

Precisa el suscrito recordar, que en este sentido **aclaró el voto**⁴ el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, en relación a la **sentencia SU-556 de 2014**, en cuanto enfatiza que se debía continuar la aplicación del derecho viviente del Consejo de Estado en lo relativo a las consecuencias de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de desvinculación, pues dicho criterio ya había sido adoptado por la Corte Constitucional en las sentencias SU-691 de 2011 y SU- 917 de 2010, de ese escrito se extrae lo siguiente:

«2. La sentencia SU-556 de 2014 niega la pretensión de los demandantes alusiva al pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir entre el instante de la desvinculación y el reintegro al cargo. En su lugar, ordena pagar a título indemnizatorio 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.

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo; Sentencia de 29 de enero de 2008; C.P.: Jesús María Lemos Buslamante; Rad: 76001-23-31-000-2000-02046-02(IJ); Actor: Amparo Mosquera Martínez.

⁴ Aclaración de Voto a la Sentencia SU-556 de 2014. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.



PROCESO No. 2013 - 00913

público o privado, dependiente o independiente, hayan recibido los actores, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a 6 meses ni superior a 24 meses de salario.

3. Con esta decisión la Sala Plena varía el remedio constitucional adoptado en las sentencias SU-691 de 2011 y SU- 917 de 2010. Esto es, **sustituye la aplicación del derecho viviente del Consejo de Estado relativo a las consecuencias de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de desvinculación[75], por un instrumento indemnizatorio de mínimos y máximos, similar al empleado por el legislador al sancionar los despidos injustificados de trabajadores privados en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. (...)**» (Se resalta).

1.2. De otra parte, considero que si desde el 2008 el H. Consejo de Estado, unificó su criterio sobre la consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos de desvinculación de los empleados nombrados en provisionalidad, no puede aceptarse la existencia de un cambio desfavorable y regresivo sin contravenir la norma constitucional contenida en el artículo 53 de la Constitución Política, que dispone aplicar la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, como lo es la **sentencia SU-556 de 2014**, no obstante sea la jurisprudencia en principio, fuente auxiliar del derecho, como lo dijo la Corte Constitucional en providencia del 13 de mayo de 2015, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, así:

«JURISPRUDENCIA-Concepto/FUERZA VINCULANTE DEL PRECEDENTE JUDICIAL COMO FUENTE DE DERECHO-Alcance

La jurisprudencia comprende el conjunto de decisiones adoptadas por las autoridades a quienes les ha sido atribuido el ejercicio de la función judicial. A pesar de su calificación como criterio auxiliar, este Tribunal ha concluido "que nuestro sistema normativo ha avanzado significativamente en este campo, al punto de superar las apreciaciones que consideraban de manera categórica a toda la jurisprudencia como criterio auxiliar de interpretación, para reconocer ahora, la fuerza vinculante de ciertas decisiones judiciales." Con fundamento en la interpretación conjunta de los artículos 1, 13, 83 y 230 de la Constitución, la Corte ha dicho que el precedente judicial tiene una posición especial en el sistema de fuentes, en atención a su relevancia para la vigencia de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de las personas. Por ello existe una obligación prima facie de seguirlo y, en el caso de que la autoridad judicial decida apartarse, debe ofrecer una justificación suficiente. Incluso la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela procede contra providencias judiciales cuando éstas violan el precedente aplicable.» (Resaltado fuera de texto).

Asimismo, observa el suscrito que existe una diferencia evidente respecto al concepto en el cual se tiene al trabajador en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, antes citada, con la mencionada SU-446 de 2014, pues, mientras en la primera el empleado público es una víctima por la actuación viciada de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, en la segunda, se le presenta como un oportunista que ante el despido irregular, pretende el pago de salarios por servicios no prestados, tal como lo sostuvo el Magistrado Vargas Silva en su aclaración de voto, el cual, sobre el particular dispuso:

«10. Por último, la sentencia SU-556 de 2014 de algún modo presenta al trabajador provisional desvinculado por un acto sin motivación, como un ser ocioso y oportunista, que ante el despido irregular efectuado por la administración, busca el cubrimiento de sus necesidades básicas a través del pago de salarios por servicios no prestados.



PROCESO No. 2013 - 00913

Por elementales razones de respeto a la dignidad humana y a los derechos de los trabajadores, no puedo compartir esa perspectiva. En mi criterio, es legítimo que el trabajador busque el restablecimiento judicial del vínculo laboral que la administración finalizó con franco desconocimiento del ordenamiento jurídico, así como la aplicación de las consecuencias propias de la nulidad de un acto administrativo de esas características.» (Negrilla propia).

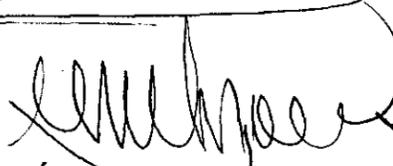
Por lo dicho, en razón al respeto a la dignidad humana y a los derechos de los trabajadores, en especial, el principio de favorabilidad en materia laboral establecido en el artículo 53 de la Carta Magna, ya referido; norma que consagra también el principio de progresividad del derecho, puesto que el último inciso de este canon constitucional, le impide a las fuentes del derecho laboral que menoscaben la dignidad humana y los derechos de los trabajadores. Luego tampoco puede hacerlo una sentencia de unificación al ir contra las normas constitucionales señaladas, como lo hizo la Corte con la sentencia SU-446 de 2014 en la minusvaloración del empleado público sometido a una terminación irregular de su vínculo laboral; por lo tanto, resulta necesario aplicar íntegramente el plurimencionado criterio unificado del Consejo de Estado, dispuesto en la sentencia del 29 de enero de 2008, hasta tanto esta Corporación no unifique su jurisprudencia sobre estos topes en otro sentido.

1.3. Finalmente, se aclara que si bien el suscrito en la sentencia de fecha 4 de abril de 2019, dentro del radicado 2015-00125, donde es demandante José Cayetano Suárez y demandada la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, también acogió el criterio adoptado en la sentencia SU-446 de 2014, ello tuvo fundamento en la posición mayoritaria de la Sala decisoria de la Sección Segunda – Subsección “D” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, empero, se enfatiza en que en definitiva la aplicación de esa providencia es menos favorable para los intereses del afectado por la pérdida ilegal del empleo desempeñado. En la sentencia de la referencia se precisó:

«No obstante, la Sala mayoritariamente salvo el ponente de la presente sentencia, acoge los argumentos de la Sentencia SU-556 del 2014 de la Corte Constitucional, citada en precedencia, que solamente coincide con la del Consejo de Estado del 29 de enero del 2008, en cuanto ordena el reintegro mas no en el monto de la indemnización del daño causado por la pérdida ilegal del empleo que venia desempeñando el actor.

En este orden, la indemnización que se decreta en este proveído, se tasará teniendo en cuenta lo dispuesto por la Sentencia SU-556 del 2014, esto es, descontando del monto a reconocer, las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor durante su desvinculación, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, pese a que este monto indemnizatorio es parcial, y como si no fuera poco, menos favorable para los intereses del demandante.»

De los Honorables Magistrados, cordialmente,


CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado

