

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Auto Interlocutorio #124

IDENTIFICACIÓN DEL EXPEDIENTE

Acción: ACCIÓN DE NULIDAD.

Demandante: WILLIAM QUINTERO VILLAREAL.

Demandado: DEPARTAMENTO DE CORDOBA Y OTROS.

Radicado: 23.001.23.33.000.2013.00098-00

Montería, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Se procede a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de una de las partes demandadas contra la Sentencia del 5 de Agosto de 2016, proferida por este Honorable Tribunal, previa las siguientes

CONSIDERACIONES

El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia se interpondrá y sustentará ante el a quo. Una vez sustentado el recurso, se enviará al superior para su admisión. Si el recurso no es sustentado oportunamente, se declarará desierto por el inferior

El artículo 291 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, prescribe:

- *Adición de la sentencia: Contra el auto que niegue la adición no procede recurso alguno.*

Al respecto el Doctor Hernán Fabio López, señala `` Conviene hacer notar que hay una importante diferencia entre la forma de la adición y la de la aclaración. La aclaración se hace mediante un auto complementario, en tanto que la adición se hace mediante una sentencia complementaria; esto es acertado pues en la aclaración no se decide nada nuevo, sino que simplemente se pone fin a la duda que el indebido empleo de términos puede generar, mientras que en la adición, por la esencia misma de la institución, existe un pronunciamiento sobre puntos no decididos; por tanto, la providencia debe ser de la misma índole jurídica de la que se adiciona y es susceptible de los recursos que procedían contra la providencia adicionada.

El auto que niega la adición admite recurso de reposición, aspecto inadecuado pues hubiera sido más saludable para la celeridad del proceso haber mantenido, tal como ocurrió antes de las reformas del decreto 2282 de 1982, sin recurso alguno esta decisión. Empero, ante el silencio sobre el punto que muestra el artículo 311, no queda duda acerca de la viabilidad de este recurso¹.

Ahora bien, si se acepta adicionar la Sentencia, se hace por Sentencia Complementaria la cual es Susceptible del recurso de apelación. Pero si no se acepta se realiza por auto. Entonces, si la parte Demandada pretendía interponer un recurso de apelación a la Sentencia, debió hacerlo en los términos pertinentes, o sea, hasta el 22 de agosto de 2016, ya que no se accedió a la adición el día 31 de agosto de 2016.

Por lo anterior, no cumple con los requisitos para la concesión del recurso de apelación, por lo que se declarará inadmisibile, conforme al inciso primero del artículo 77 del C.P.A.C.A.

DISPONE:

PRIMERO: No conceder el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de parte demandada contra la sentencia de 5 de agosto de 2016, por lo dicho en la parte motiva de este proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CORDOBA
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Auto de Sustanciación # 545

IDENTIFICACIÓN DEL EXPEDIENTE

Proceso: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: CRUZ ANTONIO YANEZ ARRIETA
Demandada: NACIÓN - RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE
ADMINISTRACIÓN JUDICIAL
Radicado: 23.001.23.33.000.2016-00452

Montería, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Vista la nota secretarial, y revisado el expediente, se hace necesario declararse impedidos de conocer del presente asunto, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

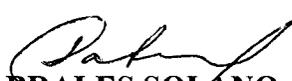
Atendiendo al escrito de demanda (fls 1 a 14) al derecho de petición radicado ante la Dirección Seccional de Administración Judicial, presentado por el doctor Cruz Antonio Yánez Arrieta, se tiene que de los mismos surge la reclamación para que se reconozca y ordene el pago del 30% de su salario, que le fue tomado para cancelar la prima especial de servicios, así como se proceda a la reliquidación y pago de sus prestaciones sociales, incluyendo como factor salarial la mencionada prima regulada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992.

En atención a lo anterior, se tiene que los Magistrados que conformamos este Tribunal, tenemos derecho a percibir la prima especial de servicios debidamente liquidada, por lo que nos asiste un interés directo en los resultados del proceso, razón por la cual es necesario declararnos impedidos para conocer del asunto, en virtud de la causal 1ª del artículo 141 del Código General del Proceso.

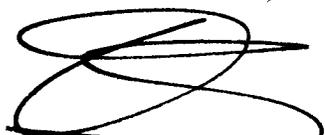
En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 numeral quinto (5º) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, envíese la presente demanda al Honorable Consejo de Estado para que decida sobre el impedimento.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Los Magistrados,


DIVA CABRALES SOLANO


LUIS EDUARDO MESA NIEVES


PEDRO OLIVELLA SOLANO


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



Libertad y Orden
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CÓRDOBA
Sala Cuarta de Decisión

Montería, veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Apelación - Sentencia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación N° 23-001-33-33-003-2012-00358-01
Demandante: Juan de Dios Cepeda Díaz
Demandado: Municipio de Montería

Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mesa Nieves

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida el día 28 de agosto de 2014, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

a) Hechos

Se expresa en el libelo que el actor se vinculó laboralmente con el Municipio de Montería, mediante Decreto N° 0202 de fecha 20 de junio de 2003, nombramiento en provisionalidad en el cargo administrativo código 3010 grado 10, para cumplir las funciones de médico de tiempo completo, cargo que fue homologado al de Profesional Universitario Código 219 Grado 06; el cual, fue ofertado en el concurso de méritos en la Convocatoria 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, por el Municipio de Montería, y que exigía como requisito el título de Médico o la certificación de haber terminado académicamente; que con posterioridad a dicha publicación, el Municipio de Montería modificó su manual de funciones y requisitos, entre ellos los del cargo ocupado por el demandante donde eliminó el requisito del título profesional de Médico General; y en consecuencia, la CNSC aplicó los nuevos requisitos, sin tener competencia para pronunciarse sobre los mismos porque es facultad de la entidad nominadora.

Con el cambio del manual de funciones la entidad demandada ilegalmente suprimió de facto el cargo que ocupaba el actor, ya que eliminó el perfil de Médico General e interfirió ilegalmente en el concurso de méritos, pues incumplió su compromiso o buena fe cambiando las reglas de "juego"; lo que conllevó a que la señora Marlen Moncayo Ortiz, sin cumplir con el requerimiento inicial de por lo menos haber terminado académicamente la carrera de Medicina, fuera nombrada en el cargo que ocupaba el demandante en virtud de la lista de elegibles contenida en la Resolución

No. 1512 del 20 de abril de 2012 de la CNSC, lo que también sirvió de fundamento para dar por terminado el nombramiento del demandante.

Agregó que la designada se encuentra ocupando el cargo sin ser médico, y sin tener la formación en áreas asistenciales, siendo su formación profesional la de contadora pública.

b) Declaraciones y condenas:

Con la demanda se pretende la nulidad del Decreto N° 00301 del 12 de junio de 2012 por medio del cual el Municipio de Montería retiró del servicio al demandante, que se desempeñaba en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 06.

A título de restablecimiento, solicita que se condene al Municipio de Montería a reconocer y pagar a la parte actora todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde el día de su desvinculación hasta que se produzca el reintegro efectivo, incluyendo el valor de los aumentos que se decreten con posterioridad, los cuales deberán ser actualizados; solicita que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; la condena en costas y agencias en derecho; y, que se dé cumplimiento a la sentencia conforme el artículo 192 del CPACA.

c) Disposiciones quebrantadas y concepto de la violación.

El acto acusado transgrede los siguientes preceptos:

1°. Constitucionales: Artículos 2, 6, 13, 25, 53, 83, 123, 125.

2°. Legales: artículos 17, a); 19, literal b; artículo 28, literal h; y 28, 41, 46 de la ley 909 de 2004.

Primeramente señala que la administración convocada tenía el deber constitucional de honrar sus propios compromisos, actuar de buena fe, esto es, con lealtad frente a las reglas de juego ya definidas en el concurso de méritos, iniciado mediante convocatoria 001 de 2005 de la CNSC. Y seguidamente afirma, que los "servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad", por lo que les está vedado actuaciones como las que se resumen en los hechos de la demanda, esto es, utilizar el poder de la administración para perjudicar el buen servicio público, al suprimir mediante vías de hecho el cargo de Profesional Universitario con perfil de Médico General y, de contera, beneficiar a un tercero que no podía legalmente ser vinculado al cargo, por no cumplir con los requisitos.

Aduce que el demandante tenía el derecho a que se llevara a cabo el concurso conforme a las reglas de juego inicialmente establecidas, de suerte que si alguien distinto a él calificara en la lista de elegibles, tendría que ser legalmente retirado del cargo, empero, igualmente, si la convocatoria fuese declarada desierta estaba en su derecho -como ahora se reclama- a seguir ocupando el cargo, hasta que fuese provisto en legal forma, asunto que ahora se echa de menos.

Apelación de Sentencia
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación N° 23-001-33-33-003-2012-00358-01
Demandante: Juan de Dios Cepeda Díaz
Demandado: Municipio de Montería
Tribunal Administrativo de Córdoba

La administración quebrantó en forma manifiesta el artículo 28 de la ley 909/04, específicamente el literal h, que señala que unos de los principios que orientan el ingreso a los empleos públicos de carrera es la "Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo", situación que de ninguna manera se cumplió, por cuanto el perfil del cargo ocupado por mi mandante desde su ingreso al servicio corresponde al de Trabajador Social, siendo necesario para el cumplimiento de sus funciones el título de Médico General o, al menos, la certificación de haber cursado y aprobado las materias correspondientes a la precitada carrera profesional.

Todo lo contrario al cumplimiento de dicho principio, la accionada aprovechó su facultad limitada de modificar el Manual de Funciones y Requisitos para ilegalmente desconocer el perfil del cargo y la existencia misma del empleo, al extremo que terminó suprimiéndolo, pero mediante vías de hecho, llevándose de calle el artículo 46 de la ley 909 de 2004.

La accionada incurre en falsa motivación cuando afirma que el motivo del retiro del cargo de mi mandante lo fue el cumplimiento de la Resolución No. 1512 del 20 de abril de 2012 de la CNSC, que conformó la lista de elegibles "para proveer empleos de carrera en el Municipio de Montería", cuando es claro que desconoció el perfil de Médico General que tenía y aún tiene dicho empleo, los requisitos exigidos inicialmente en la convocatoria 001 de 2005.

Hay desviación de poder, por el perjuicio causado al servicio con el cambio de un profesional que venía cumpliendo funciones de Médico General de los estudiantes en un colegio del Municipio de Montería que imparte formación industrial, y el interés personal de la administración en beneficio personal a favor de un tercero -el nombrado en período de prueba-, quien no le puede aportar nada a los estudiantes en relación con su seguridad, salud e integridad física, frente a los peligros potenciales que entraña dicha instrucción especial, dado su perfil profesional de contador público.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Montería, por medio de la sentencia de fecha 28 de agosto de 2014, accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad parcial del acto acusado, y condenó al Municipio de Montería a reintegrar al señor Juan de Dios Cepeda Díaz en el cargo de Profesional Universitario Código 2019 grado 06, de esa entidad o a otro cargo de igual o superior jerarquía existente dentro de la planta de personal, asimismo a pagar a favor del demandante los salarios y demás prestaciones sociales que esa entidad reconoce y paga a sus empleados desde la fecha de retiro definitivo del demandante y hasta la fecha en que sea efectivamente reincorporado.

Identifica el problema jurídico como el atinente a determinar si el Decreto N° 0301 de 12 de junio de 2012, mediante el cual el Alcalde del Municipal de Montería, declaró insubsistente el nombramiento del señor Juan de Dios Cepeda Díaz en el cargo de profesional universitario código 219, Grado 06, fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, falsa motivación y desviación del poder.

Para tal efecto, estudió si el motivo de la declaratoria de la vacancia del empleo que ocupa el actor fue el cumplimiento de la resolución N° 1512 de 20 de abril de 2012 de la CNSC, conformó la lista de elegibles. Así mismo, en razón de resolver el cargo de nulidad de infracción de normas de orden superior, analizó, si el ente territorial, al modificar el perfil del cargo que desempeñaba el accionante, quebrantó los artículos 28 y 46 de la Ley 909 de 2004, esto, relacionado con los principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, y a las facultades tanto constitucionales y legales que tiene el alcalde para modificar o suprimir los cargos dentro de la administración. Finalmente, estudió la relación que guarda con la desviación de poder, y determinar si existió un interés personal por parte de la administración en favor a un tercero, esto es, que la declaratoria de la vacancia del empleo que desempeñaba el actor fueron ajenas a la buena administración de la cosa pública.

Para sustentar la decisión, respecto a la falsa motivación del acto administrativo, hace referencia, que el H. Consejo de Estado al estudiar esta causal de nulidad, ha expresado que está se concreta cuando la decisión adoptada en un acto administrativo no guarda correspondencia con las razones y consideraciones adoptadas en el mismo como fundamento de aquel y/o cuando tales razones no son reales y serias o esconden o maquillan intenciones de la administración en su expedición, en razón a lo dictado por la jurisprudencia, no basta que el acto administrativo exponga los motivos que determinan su motivación, si no por el contrario que esos razonamientos deben ser serios, reales, sólidos y determinantes, al punto que la decisión sea tomada como medio para la satisfacción del interés público o general.

En relación con el caso concreto, expone que se evidencia del contenido del acto acusado que la motivación contenida en el mismo, no está acorde con lo exigido en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004.

Según el acervo probatorio, evidenció el a quo que la razón por la que debió salir el actor no fue la Resolución N° 1512 de abril 20 de 2012, en la cual la CNSC conformó la lista de elegibles, sino que el mismo debió ser motivado en consideración a supresión de que fuera objeto su cargo por parte de la administración con la expedición de la Resolución 0208 de enero de 22 de 2010, que cambió tanto el perfil profesional para ocupar dicho cargo, como las funciones asignadas al mismo.

Apelación de Sentencia
 Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicación N° 23-001-33-33-003-2012-00358-01
 Demandante: Juan de Dios Cepeda Díaz
 Demandado: Municipio de Montería
 Tribunal Administrativo de Córdoba

Así mismo, se observó que el municipio de Montería con la expedición del Decreto N° 0715 de 20 de diciembre de 2004¹, incorporó 167 personas a su planta de cargos como funcionarios administrativos, dentro de las cuales se encuentra el actor, sin continuidad y en provisionalidad como venían en sus cargos. No obstante, el Ministerio de Educación Nacional a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 30 de junio de 2005 y la Resolución N° 2171 del 17 de mayo de 2006, señaló que al ente territorial que debía hacer efectiva la homologación mediante el respectivo acto, para la incorporación de los funcionarios detallando el cargo al que ha sido homologado, la posesión de estos sin solución de continuidad y el rango salarial actualizado a la fecha de ejecución del estudio. En razón a ello, con la expedición del Decreto N° 0682 de 22 de octubre de 2008², la Alcaldía de Montería procedió a hacer la homologación y la nivelación salarial de los cargos administrativos de la Secretaría de Educación Municipal financiados con recursos del Sistema General de Participación y con lo que se consolida la planta de cargos homologadas por el municipio de Montería.

Seguidamente, la administración municipal expidió el Decreto N° 0684 de 24 de octubre de 2008³, por medio del cual incorpora el personal administrativo de la Secretaría de Educación Municipal financiados con recursos del SGPP a la planta global del nivel central del municipio de Montería y le asigna la denominación, código, grado y salario mensual, determinados en la planta de cargos homologados en el Decreto N° 0682, y donde también señalan que en el trascurso del estudio del proceso de homologación adquirieron el derecho 32 funcionarios, los cuales fueron nombrados en provisionalidad, así también, advirtiendo que no fueron incorporados en esta decisión los que habían sido declarados insubsistentes y retirados del servicio, entre los cuales se encontraba el actor, pues mediante Resolución N° 206 de 18 de abril de 2008, había sido declarado insubsistente del cargo de médico código 3010, grado 10, cargo que fue homologado al de Profesional Universitario Código 219. No obstante, mediante Decreto N° 0724 de 2009 de 2009, la alcaldía municipal dio en cumplimiento a la orden dada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Penal en providencia de fecha 28 de agosto de 2009 y revocó el mencionado decreto, devolviendo el cargo al demandante.

Posteriormente, la Alcaldía de Montería expidió el Decreto N° 0826 de fecha 19 de octubre de 2009 en el que se adopta el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Secretaría de Educación del municipio de Montería, donde en página 11 del mencionado manual se registra el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 06, cuya dependencia se encuentra en la Institución Educativa Inem Lorenzo María Lleras, sin embargo, en dicho manual de funciones a pesar de haber sido modificado por el Decreto N° 0268 de enero 20 de 2010, continúan los 10 cargos denominados como Profesional Universitario Código 219 Grado 06, pero ninguno conserva las funciones asignadas al cargo que ocupara el accionante, ni se exigen las mismas competencias para el cabal desarrollo de las mismas.

¹ Folio 221 del primer cuaderno del expediente.
² Folio 194-197 del primer cuaderno del expediente
³ Folio 198-208 del primer cuaderno del expediente

En ese sentido, trajeron a colación el Decreto N° 785 del 17 de marzo de 2005, por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, para concluir que empleo no solo lo constituye su denominación, sino que se encuentra inescindiblemente atado a su función y a las competencias para desarrollarlo, pues, el hecho de modificar sustancialmente estos al punto de equipararlo con cualquier cargo de la administración, se estaría realmente ante una supresión del empleo.

Así las cosas consideró que el cargo del señor Juan Cepeda Díaz, fue suprimido con la expedición del Decreto N° 0268 de 22 de enero de 2010, aunque el acto administrativo que concretó la decisión de separarlo definitivamente del empleo fue la Resolución N° 0301 de 12 de junio 2012, la cual contiene razones o fundamentos que derivan contrarios a la situación particular del actor, pues este, se pudo probar dentro del trámite del proceso que siguió ocupando el cargo hasta su separación definitiva con las mismas condiciones y funciones asignadas en el antiguo manual. En razón a lo expuesto, concluyó que la Resolución N° 0301 de 12 junio de 2012 adolece del vicio de "falta de motivación", por lo que se declaró su nulidad y se ordenó el reintegro del actor al cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 06 que venía ejerciendo en el municipio de Montería.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada, mediante memorial visible a folios 266 a 270 manifiesta que su inconformidad con la sentencia recurrida y reprocha que se haya estimado que el Decreto N° 0301 de 12 junio de 2012 adolece de "falsa motivación", y como consecuencia a ello haya ordenado el reintegro del demandante al cargo que ocupaba o a otro igual o superior jerarquía.

Señala que el a quo erró al conceder las pretensiones del actor, pues el accionante no tiene derecho a ser reintegrado al cargo que desempeñó, pues, no sé encontraba en carrera administrativa y por lo tanto no goza de fuero de estabilidad laboral. Y que en razón al caso, el acto administrativo no tiene ningún vicio de ilegalidad, toda vez que fue motivado conforme los parámetros constitucionales, legales y jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Así mismo, expone que dentro del proceso está probado que el demandante se vinculó al municipio de Montería el día 20 de junio de 2003, para ocupar un cargo provisional, el cual mediante el Decreto N° 0301 de 12 junio de 2012, fue declarado insubsistente del mismo, en el cual se evidencia que fue motivado acorde con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, fundamentado en se estableció en el acto acusado, que la CNSC mediante convocatoria 01 de 2005, convocó a concurso publico de méritos para la selección de plazas administrativas del servicio educativo estatal del municipio de Montería, y que cumplida todas las etapas de este proceso de selección, expidió la Resolución

Apelación de Sentencia
 Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicación N° 23-001-33-33-003-2012-00358-01
 Demandante: Juan de Dios Cepeda Díaz
 Demandado: Municipio de Montería
 Tribunal Administrativo de Córdoba

N° 1512 de 12 abril de 2012, en la cual, conformó la lista de elegibles para proveer en carrera administrativa el cargo que ocupaba el demandante. En relación, se tiene que el ente territorial, lo que hizo fue dar cumplimiento a las normas, puesto que procedió a nombrar de listas de elegibles a la señora Marlen Moncayo Ortiz, quien figuraba en el segundo lugar en la lista emitida por la CNSC, lo cual constituyó motivación para decretar la insubsistencia del demandante en el cargo que ocupaba. No obstante, el demandante no está incluido en la lista de elegibles, en cuanto a que no hay evidencia que haya participado en el concurso de méritos, aun cuando tuvo la posibilidad de concursar.

Solicita al ad – quem, revocar la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que el a quo transgredió artículo 125 de la constitución política, así también, el artículo 23 y 41 de la Ley 909 de 2004, donde el primero expone las clases de nombramientos y el segundo las causales de retiro del servicio; así mismo los artículos 8, 9 y 10 del Decreto N° 1227 de 2005 que reglamento la Ley 909 de 2004.

Concluye, diciendo que conforme a la normatividad vigente, el artículo 13 de la Constitución Política, los artículos 3 y 41 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto N° 1227 de 2005, el acto de retiro de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa debe ser motivado. De otro lado, manifiesta que la Corte Constitucional en Sentencia T-132 de 2008 señala “que para que el acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuales son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”, lo cual ocurrió en el caso concreto.

IV. TRAMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión del recurso. Por auto de 20 de octubre de 2014 fue admitido el recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia dictada el día 28 de agosto de 2014, por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería y se ordenó su notificación personal al Agente del Ministerio Público y por estado a las partes (fl. 13 cuaderno 2)

4.2. Alegatos de conclusión. El 11 de diciembre de 2014, se ordenó correr traslado común de 10 días a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y por 10 días más al Procurador Judicial Delegado ante este Tribunal para que emitiera su concepto (fl. 15 cuaderno 2).

4.2.1. Parte demandada. La parte demandada alega reiterando en forma amplia todos los argumentos planteados en el recurso de apelación. Y pide la revocatoria de la sentencia de primera instancia (fl. 17 - 20 C.2)

4.2.2. Parte demandante. A folio 21- 26 del C.2, expresa que se debe mantener en firme la sentencia de primera instancia, pues la apelación no

controvierte las razones que sirvieron de fundamento al A quo para dictar la sentencia.

Cita providencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de fecha 26 de mayo de 2010⁴.

Insiste en que la entidad accionada no controvierte las razones en que fue sustentada la sentencia de primera instancia, ni en concreto la falta de motivación que el A-quo encontró acreditada, al constatar que el cargo que ocupaba el actor, había sido suprimido, en virtud del Decreto N° 0268 de 2010, en atención a que en éste nuevo manual de funciones y requisitos, “continúan 10 cargos denominados Profesional Universitario Código 2019 Grado 06, pero ninguno conserva las funciones asignadas al cargo que ocupaba el demandante, ni exigen las mismas competencias para el cabal desarrollo de la misma”, por lo que concluye el A-quo que al momento de quedar en firme la lista de elegibles, el cargo que ocupaba el actor no existía, por lo tanto no es cierto que fue objeto del concurso público de empleos, en atención a que ninguno de los cargos tenía perfil médico.

Por lo anterior, argumenta que la apelación se limita a mencionar aspectos generales que no son objeto del presente debate jurídico, por lo que en rigor no existe una real sustentación del recurso; como es la afirmación de que la provisionalidad no confiere un fuero de estabilidad, y que el empleado provisional puede ser retirado legalmente del servicio como resultado de un concurso público de méritos, por lo que debe ser la sentencia de primera instancia confirmada.

De otro lado, a folio 27-48 del C.2, allega precedente judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia 12 de mayo de 2014, con radicado N° 3001-23-31-000-2010-706-01(1769-13).

El Ministerio Público guardó silencio.

Tramitado en legal forma el proceso y no observando la Corporación causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, ha llegado la oportunidad de resolver la alzada y a ello se procede previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- **Competencia.**- El Tribunal es competente en tanto se trata de un recurso de apelación de una sentencia de primera instancia proferida por un Juez Administrativo, y conforme el artículo 153 es función de esta Corporación resolver la alzada.

2.- Corresponde a la Sala determinar si se encuentra ajustada a derecho la decisión del municipio de Montería al declarar insubsistente el nombramiento provisional del

⁴ Radicado N° 25000-23-26-000-1995-01405-01(18950)

Apelación de Sentencia
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación N° 23-001-33-33-003-2012-00358-01
Demandante: Juan de Dios Cepeda Díaz
Demandado: Municipio de Montería
Tribunal Administrativo de Córdoba

señor Juan de Dios Cepeda Díaz, quien se desempeñaba como Profesional Universitario Código 219 Grado 06 del mencionado Municipio.

Para lo anterior, es preciso determinar la legalidad del Decreto N° 0302 de 12 de junio de 2012, expedido por el Alcalde del municipio de Montería.

El fallador de primera instancia concedió las súplicas de la demanda, y consideró infundada la excepción propuesta por el municipio de Montería referida a la imposibilidad material del reintegro del demandante. Así mismo, argumentó que el acto acusado adolece del vicio de falsa motivación, por lo que declaró su nulidad y ordeno el reintegro del actor al cargo de Profesional Universitario Código 219 grado 06.

Por su parte, el apoderado recurrente solicita que sea revocada la sentencia apelada, por cuanto (i) no se configura falsa motivación del acto demandado que retiró del cargo al actor cuyo perfil profesional obedecía al de Médico General y en su lugar nombró a la señora Marlen Moncayo Ortiz quien tiene competencias laborales como Contadora Pública; (ii) el ente territorial, en su función lo que hizo fue dar cumplimiento a las normas, ya que procedió a nombrar de la lista de elegibles a la señora Marlen Moncayo Ortiz, quien figuraba en segundo lugar conforme la resolución expedida por la CNSC; (iii) el demandante no está incluido en la lista de elegibles, pues, no hay evidencia de que haya participado en el concurso de méritos.

En los términos del recurso de apelación interpuesto, deberá esta Corporación establecer si la motivación expresada en el acto que declaró insubsistente al señor Juan de Dios Cepeda Díaz del cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad se encuentra ajustada a derecho, o si por el contrario, se encuentra viciado de nulidad, por falsa motivación.

Ahora bien, la Sala abordará el tema sometido a consideración, refiriéndose en primer lugar a las disposiciones normativas aplicables al caso, y a la reciente Jurisprudencia esbozada por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno al tema.

Sobre el particular, el artículo 125 de la Constitución Política dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Asimismo establece que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

De otro lado, 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*", dispone la clasificación de los empleos públicos, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 5o. *CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS*. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.
2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:
 - a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:
(...)”

A su vez, el artículo 23 ibídem, establece las clases de nombramientos para el ingreso a los empleos públicos, disponiendo que los nombramientos serán (a) ordinarios, (b) en periodo de prueba, o (c) en ascenso. Así, los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, y los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito.

Y en cuanto a las causales del retiro del servicio, el artículo 41, ejusdem, preceptúa:

“*CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO*. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
 - b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
 - c) **<Literal declarado INEXEQUIBLE> Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; (Literal declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 17 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.**
 - d) Por renuncia regularmente aceptada;
 - e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
 - f) Por invalidez absoluta;
 - g) Por edad de retiro forzoso;
 - h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
 - i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
 - j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
 - k) Por orden o decisión judicial;
 - l) Por supresión del empleo;
 - m) Por muerte;
 - n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.
- PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Posteriormente, con la expedición del Decreto 1227 de 2005 se reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004, y en cuanto a la terminación de los nombramientos en provisionalidad, en el artículo 10 se dispuso que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podría darlos por terminados.

De las normas en cita se advierte que el retiro del servicio debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas, posición asentada en la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, que en la actualidad comparten el criterio de que las personas que detentan un cargo en provisionalidad solo pueden ser separadas del mismo a través de un acto administrativo debidamente motivado. Lo anterior, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política que consagra el debido proceso; con ello la necesidad de conocer las razones que dan lugar a la adopción de la decisión administrativa.

A propósito de lo antedicho, en Sentencia SU 917 de 16 de noviembre de 2010⁵, la Corte Constitucional analizó los fundamentos constitucionales en torno al deber de motivación de los actos administrativos y su alcance específico respecto de los casos de retiro de servidores públicos vinculados en provisionalidad, en los siguientes términos:

“En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas⁶.

(...)

La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones⁷ y se ha mantenido inalterada en los más recientes

⁵ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

⁶ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2001 y T-752 de 2003, entre muchas otras.

fallos sobre el particular⁸, aun cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional⁹.

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor.

De igual forma, en la Sentencia T-251 de 2009 esta Corporación sostuvo:

“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, **obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta.** Es decir, la administración **tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado**”.

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el **nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.**”

A su vez, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), Radicado N° 25000-23-25000-2005-01341-02(0883-08) C.P. Gerardo Arenas Monsalve, expresó:

“La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en **provisionalidad** empleos¹⁰ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, **obedece a razones de índole constitucional** que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados

⁸ Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009.

⁹ Es así como en algunas ocasiones la Corte ha sostenido 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” (Sentencia T-800 de 1998, reiterada, por ejemplo, en las sentencias T-884 de 2001, T-392 de 2005, T-257 de 2006, T-104 de 2009 y T-108 de 2009). En otros eventos ha considerado que “un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria” (Sentencias T-1241 de 2001, C-901 de 2008 y T-251 de 2009). También ha señalado que “aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre” (Sentencias T-1316 de 2005, T-1011 de 2003, C-279 de 2007, T-007 de 2008, T-023 de 2009).

¹⁰ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, **en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado”**

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial se tiene que es claro que el acto que declara insubsistente un nombramiento de un cargo de carrera ocupado en provisionalidad debe ser motivado, y la decisión debe ser justificada, de tal manera que el administrado conozca con claridad las razones que llevaron a la administración a tomar la decisión de insubsistencia.

Ahora bien, en el caso en estudio se acreditó que el demandante fue nombrado en provisionalidad a través del Decreto N° 0202 de fecha 20 de junio de 2003, por Alcaldía de Montería en el cargo de Médico General, código 3010 grado 10, en el Colegio el INEM Lorenzo María Lleras del Municipio de Montería “hasta cuando se convoque a concurso”, que el cargo se encontraba adscrito a la planta financiada con recursos del Sistema General de Participaciones –Sector Educativo-. (fl 13 del Cdo 1), que tomó posesión del mismo el 18 de julio de 2003, según el acta de posesión visible a folio 14.

Que mediante Decreto No. 0715 de 20 de diciembre de 2004 se incorporó a la planta global del Municipio de Montería el cargo ocupado por el actor¹¹.

Que mediante Decreto N° 0301 de 12 de junio de 2012 (fl 11-12) proferida por el Alcalde del Municipio de Montería, se declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo que venía ocupando en provisionalidad, tomando como argumento principal el nombramiento de una persona conforme la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 1512 de 2012 (fl 24-26).

Ahora bien, como se dijo en párrafos anteriores, es deber de la Sala en esta oportunidad determinar si en efecto el acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Profesional Universitario Código 219 grado 06, está viciado de falsa motivación, o por el contrario, las razones aducidas en el mismo para retirar del servicio al actor se encuentran ajustadas a derecho.

Pues bien, recuérdese que el Parágrafo 2º del artículo 41¹² de la Ley 909 de 2004, prescribe, **que el retiro de los empleos de carrera debe efectuarse por acto motivado** y la remoción de los empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y por acto no motivado.

De igual forma, el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la mencionada Ley, en su artículo 10, reza que “*Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de*

¹¹ Folio 221-222 C.1

¹² Ley 909 de 2004 artículo 41 (...) PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados”, por lo que esta disposición establece 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 justifiquen¹³.

De conformidad con las normas mencionadas y de las pruebas allegadas al expediente, se concluye que el cargo ocupado por el demandante corresponde a la regla general del régimen de carrera, cuyos cargos deben ser proveídos a través de un proceso de selección, al no haber sido clasificados como de libre nombramiento y remoción. Además, dentro del expediente no obra prueba alguna de que el accionante hubiera ingresado, previo concurso de méritos, o que haya sido inscrita en el régimen de carrera en el cargo del cual su nombramiento fue declarado insubsistente, ya que los documentos obrantes en el plenario evidencian su nombramiento en provisionalidad, tal y como la misma demandante afirma.

Así las cosas, se advierte que en el caso concreto el acto administrativo demandado señala como razón principal para declarar insubsistente el nombramiento provisional del actor en el cargo de carrera, la necesidad de nombrar en periodo de prueba dentro de la planta global de cargos de la Secretaría de Educación del Municipio de Montería, a la señora Marlen Moncayo Ortiz quien ocupó el segundo lugar dentro de la lista de elegibles para proveer el empleo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 06.

Por lo anterior, se procede a analizar si las razones aducidas por la entidad demandada para el retiro de la demandante son reales y constatables, tal como lo exige la normativa y la jurisprudencia previamente citada. En este momento es dable traer los apartes principales del acto que declaró insubsistente el nombramiento del actor:

El Decreto N° 0301 de 12 de junio de 2012, dice a la letra:

Alcaldía de Montería
Despacho del Alcalde

DECRETO N° 0301 de 2012

“Por medio del cual se da por terminado un Nombramiento Provisional y se
Nombra un periodo de prueba”

EL ALCALDE DE MONTERÍA

En ejercicio de su facultades legales, en especial las conferidas en la Ley 909 de
2004, los Decretos 1950 de 1973, 2400 de 1968, 1227 de 2005 y

CONSIDERANDO

Que mediante Convocatoria 001 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil, convocó a concurso publico de méritos para la selección de plazas administrativas

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), Radicado N° 25000-23-25000-2005-01341-02(0883-08) C.P. Gerardo Arenas Monsalve.

Apelación de Sentencia
Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación N° 23-001-33-33-003-2012-00358-01
Demandante: Juan de Dios Cepeda Díaz
Demandado: Municipio de Montería
Tribunal Administrativo de Córdoba

del servicio educativo estatal en el Municipio de Montería, de conformidad con la competencia otorgada por el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, así como la conferida en la Ley 909 de 2004.

Que cumplidas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución N° 1512 de abril 20 de 2012, por medio de la cual se conforma la lista de elegibles para proveer empleos de carrera en el Municipio de Montería, convocados a través de la Convocatoria 001 de 2005, según lo dispuesto en el acuerdo N° 25 del 18 de julio de 2008.

Que el artículo 1° de la citada Resolución conforma la lista de elegibles para proveer el empleo señalado con el N° 30436 ofertado en el grupo 2, denominación Profesional Universitario Código 219, Grado 06, en la que figura en el segundo lugar la señora Marlen Moncayo Ortiz, identificada con la cédula de ciudadanía N° 66.980.485, por cuanto previamente ya fue nombrada la persona que ocupó el primer lugar.

Que en la actualidad el citado empleo se encuentra provisto según consta en el acta de posesión de fecha 18 de julio de 2003, por el funcionario administrativo Juan de Dios Cepeda Díaz, identificado con la cédula de ciudadanía N° 6.886.049 nombrado en provisionalidad a través del Decreto 0202 de junio 20 de 2013 y después de homologados los cargos los cargos en la Secretaría de Educación del Municipio de Montería como Profesional Universitario Código 219, Grado 06, desempeñándose actualmente en la Institución Educativa Inem Lorenzo María Lleras, perteneciente a este municipio.

Que la Sentencia N° 1119 de 2005 de la Corte Constitucional consagra: Los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. En las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto – Ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del denominador.

Que la secretaría de Educación Municipal, a fin de dar cumplimiento a la Resolución en comento, procederá a dar por terminado el nombramiento provisional recaído en el señor Juan de Dios Cepeda Díaz, identificado con la cédula de ciudadanía N° 6.886.049, en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 06, dentro de la planta globalizada de la Secretaría de Educación Municipal.

Que en razón a lo antes expuesto,

DECRETA

ARTICULO PRIMERO: Dar por terminado el Nombramiento Provisional del señor Juan de Dios Cepeda Díaz, identificado con la cédula de ciudadanía N° 6.886.049, que le fue realizado mediante Decreto N° 0202 de junio 20 de 2003, denominado actualmente después de homologados los cargos: Profesional Universitario, Código 219, Grado 06, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente estado.

ARTICULO SEGUNDO: DECLARAR VACANTE el cargo denominado Profesional Universitario, Código 219, Grado 06, que venía ocupando en la planta globalizada de cargos administrativos de la Secretaría de Educación Municipal, del señor Juan de Dios Cepeda Díaz, identificado con la cedula de ciudadanía N° 6.886.049, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

ARTICULO TERCERO: Nombrar en periodo de prueba dentro de la planta global de cargos de la Secretaría de Educación Municipal a la señora Marlen Moncayo Ortiz, identificada con la cédula de ciudadanía N° 66.980.485, para desempeñar el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 06, en la Institución Educativa Inem Lorenzo María Lleras, de acuerdo con las consideraciones expuestas...

En el caso bajo estudio, como ya se dijo, la administración al decidir declarar insubsistente el cargo que venía ocupando el actor, centra su argumento en torno a la provisión del cargo por concurso de méritos, en lo pertinente advierte la Sala lo siguiente:

- i. La Alcaldía de Montería a través del Decreto N° 0202 de fecha 20 de junio de 2003, nombró en provisionalidad al señor Juan de Dios Cepeda Díaz, en el cargo de Médico General, Código 3010, Grado 10. Dicho nombramiento fue incorporado a la planta del Municipio de Montería mediante el Decreto No. 0715 de 20 de diciembre de 2004.
- ii. El Alcalde de Montería por medio del Decreto 0268 del 22 de febrero de 2010 modificó el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los Empleos de la Planta de Personal administrativo de la Secretaría de Educación del Municipio de Montería ubicados en las instituciones educativas, financiados con recursos del sistema general de participaciones. Como modificación dispuso el cambio de perfil y denominación del cargo desempeñado en esa fecha por el señor Cepeda Díaz, identificándolo como Profesional Universitario, Código 219, Grado 06, cuyo propósito principal es el de *“diseñar y coordinar los procesos presupuestales, fiscales y contables de las instituciones educativas para la ejecución del plan financiero anual y proporcionar la información requerida para la aplicación de la normativa vigente en cuanto al manejo de los recursos”*
- iii. La Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la Convocatoria 001 de 2005 convocó a concurso abierto de méritos para proveer los empleos del Sistema General de Carrera Administrativa que se encontraban en condición de provisionalidad, encargo o vacancia definitiva y que fueron reportados por las entidades, entre ellas los municipios.
- iv. El Municipio de Montería reportó el cargo ocupado en provisionalidad por la demandante conforme su denominación inicial, la cual debió ser adecuada a la nueva denominación adoptada según el Decreto 0268 de 2010.

Apelación de Sentencia
 Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicación N° 23-001-33-33-003-2012-00358-01
 Demandante: Juan de Dios Cepeda Díaz
 Demandado: Municipio de Montería
Tribunal Administrativo de Córdoba

- v. Por medio de la Resolución No. 1512 de 20 de abril de 2012 se conformó lista de elegibles para proveer las vacantes (6) del empleo señalado con el No. 30436, ofertada en el Grupo II de la Convocatoria No. 001 de 2005:

Entidad		MUNICIPIO DE MONTERÍA -CÓRDOBA		
Cargo		PROFESIONAL UNIVERSITARIO -219-06		
Convocatoria No.		001		
Fecha Convocatoria		05/12/2005 12:00:00 a.m.		
Número OPEC		30436		
Posición	Puntaje	Tipo Doc	Doc. Identidad	Nombre
1	55.04100000	C	50915784	ADRIANA CRISTIN PEREIRA LEÓN
2	54.24400000	C	66980485	MARLEN MONCAYO ORTIZ
3	52.22200000	C	15051245	CARLOS ALBERTO TUIRAN RICARDO
4	46.42700000	C	78705035	SAMITH ANTONIO MÉNDEZ VEGA

- vi. Tal como se puso de presente, en el acto demandado, la autoridad territorial expone en la parte considerativa que hay lugar a nombrar a la señora Marlen Moncayo Ortiz en el cargo ya descrito toda vez que ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles y las personas que le preceden ya fueron nombradas.

En ese contexto, encuentra la Sala ajustada a derecho la motivación expuesta en el Decreto No. 0301 de 2012, como quiera que acogió lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley 909 de 2004 (reglamentada por los Decretos 1227 y 4500 de 2005), en lo atinente a la condición de temporalidad del empleo provisional hasta tanto se logre proveer el cargo de acuerdo a los requerimientos legales, esto es mediante concurso de méritos, tal como ocurrió en el sub judice. Sobre el particular, la H. Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación 556 de 24 de julio de 2014, destacó:

“(…) 3.6.3.8. Bajo esas condiciones, **quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveerlo por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto.** De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. **Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso** y que si su desvinculación se produce con anterioridad, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación.”

En consecuencia, al no existir elemento alguno que permitiera constatar a la Sala, siquiera sumariamente, una razón objetiva por parte del actor para controvertir el

nombramiento de la señora Marlen Moncayo Ortiz, quien ganó legítimamente el derecho a ser nombrada en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 06, por haber participado y aprobado el concurso de méritos; así entonces, se tiene que las pretensiones de la demanda, deben ser denegadas.

Por último, en cuanto al argumento referente a la ilegalidad en el cambio de la identificación y perfil del empleo que ocupaba el demandante inicialmente como Médico General Código 3010, Grado 10 y que posteriormente paso a denominarse Profesional Universitario, código 219, Grado 06, encuentra la Sala que el mismo, obedeció a un acto administrativo de la Alcaldía de Montería, contenido en el Decreto No. 0268 de 2010, que modificó la planta de personal, cuya legalidad no ha sido desvirtuada.

Así mismo, se observa que el señor Juan de Dios Cepeda Díaz ocupó ese cargo de carrera conforme la nueva denominación y funciones, bajo la figura de la homologación, desde el 22 de febrero de 2010¹⁴ hasta el 12 de junio de 2012 (fecha de su retiro), sin que hubiera manifestado inconformidad alguna al respecto, no siendo entonces éste el escenario para revisar la anulabilidad del Decreto N° 0268 de 2010.

No obstante, resulta claro que el señor Cepeda Díaz, teniendo la oportunidad de participar en el concurso de mérito, no se encuentra en el acervo probatorio, que éste haya tenido la intención de participar o de haber participado en dicho concurso, pese a ello, y a que el cargo el cual ocupaba el actor fue ofertado en la convocatoria N° 001 de 2005 por la CNSC y ganado legítimamente por la señora Marlen Moncayo Ortiz, el ente territorial en cumplimiento del proceso procedió a nombrar a la antes mencionada en el puesto que ocupa el actor, en razón, la demandada propuso como excepción la imposibilidad material del reintegro de este, pues, ya ese cargo está ocupado por la persona que participó y ganó el concurso, y a su vez ésta no cuenta con la posibilidad de integrarlo en otro cargo, puesto que no cuenta con cargos vacantes en la planta, por todo lo expuesto, suficientes son las razones para que la Sala proceda a revocar la sentencia apelada, por medio de la cual se declaró la nulidad del acto demandado y se accedió a las pretensiones de la demanda, y en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, sobre el precedente del H. Consejo de Estado, allegado al plenario por la parte demandante, destaca la Sala que no es aplicable al caso concreto, toda vez que los supuestos fácticos que se revisan en uno y otro caso son distintos, especialmente, porque en el caso analizado por el órgano de cierre se acreditó la falsa motivación del acto demandado, al considerar que: *“si bien se estaba haciendo uso de una lista de elegibles, dicha lista no se conformó con el objeto de proveer el empleo que ella desempeñaba, sino los 52 empleos que se ofertaron en la convocatoria, dentro de los que no estaba el ocupado por la demandante y por lo tanto, no se podía hacer uso de la lista, cuando ya se había agotado el objeto que dio lugar a su conformación”*. A contrario sensu, en el presente caso, se encontró probado que el empleo que venía ocupando el demandante si fue ofertado, y la lista

¹⁴ fecha en que entró en vigencia el Decreto Municipal 0268 de 2010.

Apelación de Sentencia
 Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Radicación N° 23-001-33-33-003-2012-00358-01
 Demandante: Juan de Dios Cepeda Díaz
 Demandado: Municipio de Montería
 Tribunal Administrativo de Córdoba

de elegibles contenida en la Resolución No. 1512 de 20 de abril de 2012 corresponde a dicho cargo.

3. Condena en costas

De conformidad con el 188 de CPACA, y del 365 del C.G.P., habrá lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte vencida en el proceso, en este caso la parte demandante, en consecuencia, se ordenará por Secretaría que se realice la liquidación de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Córdoba, administrando justicia por autoridad de la Ley y en nombre de la República de Colombia,

F A L L A

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Montería, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia. Y en su lugar, **DENIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DECLÁRASE probada de la excepción denominada "*imposibilidad material de del reintegro*" formulada por la parte demandada.

TERCERO: CONDENASE en costas a la parte demandante en esta instancia, las cuales serán tasadas por el juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C.G.P.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue estudiada, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


LUIS EDUARDO MESA NIEVES


PEDRO OLIVELLA SOLANO


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA