



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS

Bogotá D.C., quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Radicado : 25000-23-25-000-2009-00437-01
Nº Interno : 2049-2012
Demandante : Kelly Johana Flórez Hernández
Demandado : Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -Incoder
Medio de control : Nulidad y restablecimiento del derecho- Decreto 01 de 1984
Tema : Terminación nombramiento en provisionalidad

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 10 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Pretensiones

La señora Kelly Johana Flórez Hernández, mediante apoderado, acudió a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, para solicitar la nulidad del acto administrativo contenido en **la Resolución 3173 del 13 de noviembre de 2007**, proferida por el Gerente General del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural –Incoder, que resolvió dar por terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de profesional universitario, código 2044, grado 10.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se ordene su reintegro sin solución de continuidad al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior jerarquía, y el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados.

Igualmente, requirió la indexación de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la terminación del nombramiento hasta la fecha del reintegro efectivo;



que la sentencia se cumpla en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Como **hechos** en que fundamenta las pretensiones se narró que:

La señora Kelly Johana Flórez Hernández fue vinculada al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, en adelante INCODER, mediante la Resolución 1546 del 7 de junio de 2007, que la nombró en provisionalidad en el cargo de profesional universitario, código 2044, grado 10 de la Oficina Asesora de Planeación, cuyo titular en carrera era el señor Carlos Augusto Borda, quien se encontraba en encargo en otro empleo.

El Presidente de la República, en el Decreto 1517 de 2003, estableció la planta de personal del INCODER y, posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 1152 del 2007, declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-175 de 2009.

En atención a la citada Ley 1152 de 2007 el Gobierno Nacional adoptó la nueva planta de personal del INCODER *“afectando el cargo de profesional universitario, código y grado 2044-10, que venía desempeñando mi poderdante desde su nombramiento mediante la Resolución No. 1546 del 7 de junio de 2007, hasta el 13 de noviembre de 2007 (...) es decir, se predica en este caso particular, una causa efectiva o de relación directa con los perjuicios ocasionados a mi poderdante”*. En consecuencia, el Gerente General del INCODER, en la Resolución 3173 del 13 de noviembre de 2007, terminó el nombramiento en provisionalidad de la demandante, para garantizar los derechos de carrera administrativa del señor Carlos Augusto Borda, como titular del cargo.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se citan como normas vulneradas las siguientes:

De la Constitución Política, los artículos 1, 2, 6, 122, 123 y 209.

Del Decreto 770 de 2005, el artículo 2 (inciso 1).

De la Ley 909 de 2004, el artículo 19.

En el concepto de violación la parte accionante expuso los siguientes argumentos:

Sostuvo que la Resolución 3173 del 13 de noviembre de 2007 que terminó el



nombramiento en provisionalidad de la actora está viciada por falsa motivación, puesto que su cargo no era el único de profesional universitario con código y grado 2044-10, resaltando que el motivo real de la terminación del encargo del señor Carlos Augusto Borda, surgió de la expedición de la Ley 1152 de 2007, como lo reconoció el Gerente del INCODER en la Resolución 3705 del 27 de diciembre de 2007, donde afirmó que:

"La administración del INCODER informó a sus servidores a través de circular del proceso de reestructuración de la Entidad y la consecuencia frente a las diferentes situaciones administrativas de personal. La afectación, como oportunamente se informó, surge de la expedición de la Ley 1152 de 2007, que impone cambios en las funciones a cargo del Instituto, lo cual conlleva modificaciones en las plantas de personal y una disminución gradual de las funciones actuales en la medida que se aproxima la expedición de los decretos que concretan la nueva estructura y funciones de la entidad".

Afirmó que con la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1152 de 2007 se revivieron las funciones del INCODER, siendo imperativo volver al número de personas o servidores públicos que existían antes de la expedición de la citada ley, y agregó que operó el fenómeno de la *inconstitucionalidad por consecuencia* sobre los decretos y resoluciones que reestructuraron la planta de personal. Motivo por el cual, en criterio de la actora, debe dejarse sin efectos el acto administrativo demandado en este proceso.

En cuanto a la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, manifestó que dicho término debe empezar a contarse desde la sentencia que declaró la inexequibilidad de la Ley 1152 de 2007, *"habida cuenta que dicha declaratoria es la causa de la cual se desprende la suerte de la pretensión de reintegro de la actora"*.

Sobre los efectos de la sentencia C-175 de 2009 que declaró la inexequibilidad de la Ley 1152 de 2007, adujo que, según el Procurador General de la Nación operó el fenómeno de la inconstitucionalidad por consecuencia frente a los decretos que reorganizaron la planta de personal del INCODER. En este orden de ideas, explicó que el INCODER debe reintegrar a la actora, porque desaparecieron los fundamentos de hecho y de derecho de su retiro del servicio.



2. Contestación de la demanda

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural se opuso a las pretensiones de la demanda¹.

En primera medida, precisó que operó la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que el acto acusado fue notificado el 14 de noviembre de 2007, de modo que el término para demandar venció el 14 de marzo de 2008.

Por otra parte, sostuvo que los Decretos 4903 y 4902 de 2007 (que aprobaron la modificación de la estructura y planta del INCODER) fueron expedidos con fundamento en los artículos 189 (numeral 16) de la Constitución Política y 54 y 115 de la Ley 489 de 1998 que otorgan facultades expresas al Presidente para suprimir cargos y aprobar las modificaciones de la planta de personal de las entidades públicas. Por lo tanto, advirtió que la reestructuración del INCODER se basó en la referida Ley 489 de 1998 y no en la Ley 1152 del 2007, declarada inexecutable por la Corte Constitucional. En este orden de ideas, aclaró que no operó la figura de la inconstitucionalidad por consecuencia, que alega la parte actora.

En el mismo sentido, manifestó que el Departamento Administrativo de la Función Pública conceptuó que la fuente normativa de los decretos de planta y estructura del INCODER son las facultades constitucionales y legales ordinarias del Gobierno Nacional que le permiten establecer y modificar de forma permanente los aspectos organizacionales de las distintas entidades que integran la Rama Ejecutiva en el orden nacional. Por ello, no se afectó la eficacia del acto demandado, como resultado de la sentencia C-175 de 2009, que declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007.

Aunado a lo anterior, expresó que la Corte Constitucional en la sentencia C-175 de 2009 advirtió que dicha decisión tiene los efectos ordinarios previstos en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, es decir, hacia el futuro, salvaguardando todas las situaciones jurídicas consolidadas durante su vigencia.

¹ Folios 109-125



Manifestó que, en el caso concreto, la actora fue nombrada en provisionalidad por seis meses, porque el señor Carlos Augusto Borda, quien ostentaba los derechos de carrera, estaba en la situación administrativa de encargo temporal en el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 16, que se encontraba vacante.

Indicó que la administración terminó previamente los encargos para poder modificar la planta de personal, de modo que todos los servidores de carrera regresaran a sus cargos, para así poder determinar qué cargos estaban vacantes definitivamente.

Señaló que la Resolución 3173 de 13 de noviembre de 2007, que terminó el nombramiento en provisionalidad de la actora, se fundó en la finalización del encargo del servidor público Carlos Augusto Borda Rodríguez, en el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 16, lo cual conllevó a que reasumiera el cargo del cual era titular.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda².

Explicó que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no caducó porque fue presentada con ocasión de la sentencia C-175 de 2009 que declaró la inexecutable de la Ley 1152 de 2007, norma que en criterio de la demandante originó la terminación de su nombramiento en provisionalidad. Por este motivo, el término de caducidad se empezó a contar desde la referida providencia.

En cuanto al fondo del asunto, adujo que la actora fue nombrada provisionalmente como profesional universitario, código 2044, grado 10, para reemplazar al señor Carlos Augusto Borda, titular del empleo, quien estaba encargado en otro cargo.

Sostuvo que para dar cumplimiento a la Ley 1152 de 2007, que reformó el INCODER, el Gobierno Nacional expidió los Decretos 4902 y 4903 de 2007, que modificaron la estructura y planta de personal de la citada entidad; por consiguiente, se dio por terminado el encargo del señor Carlos Augusto Borda, quien al reasumir el cargo en que tenía derechos de carrera causó que se terminara el nombramiento en provisionalidad de la actora, como lo dispuso la Resolución 3173 de 2007.

² Folios 158-168



Precisó que la Corte Constitucional declaró inexecutable la precitada Ley 1152 de 2007, en la sentencia C-175 de 2009, por ello, se plantea en la demanda la inconstitucionalidad por consecuencia de la Resolución 3173 de 2007, como acto administrativo expedido con ocasión de dicha ley. Al respecto el Tribunal consideró que *“en el presente caso la ratio decidendi de la Ley 1152 de 2007 no fue el motivo de la terminación de la provisionalidad de la demandante, sino que este consistió en el que el titular del cargo que desempeñaba, quien ostentaba derechos de carrera en el mismo, lo asumiría nuevamente; lo cual es una causa legal para la terminación de la relación laboral provisional”*.

En este sentido afirmó que la decisión de terminar el nombramiento en provisionalidad de la actora no está viciada porque *“no está desarrollada ni en la Ley 1152 de 2007, ni en los decretos que con ocasión de la misma Ley fueron expedidos (Decretos 4902 y 4903 de 2007)”*. Resaltó así que no existe una relación de causa a efecto entre la norma declarada inexecutable y la resolución demandada, comoquiera que la facultad del nominador para terminar el nombramiento no tiene su fuente en la Ley 1152 de 2007, sino en el Decreto 2400 de 1968, la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, preceptos invocados en el acto demandado.

4. Recurso de apelación

Parte actora

La demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia³.

Afirmó que el Tribunal pasó por alto que la causa del retiro del servicio de la actora fue la expedición de la Ley 1152 de 2007, cuyo propósito era reestructurar el INCODER.

Sostuvo que, como resultado de la reestructuración del INCODER, se suprimió el cargo que venía desempeñando en encargo el señor Carlos Augusto Borda, lo cual causó que la entidad accionada tuviera que prescindir de la demandante que estaba nombrada en provisionalidad, con el objeto de garantizar los derechos de carrera del titular del cargo.

³ Folios 168-170



Aseveró que de no haberse expedido la Ley 1152 de 2007 la planta de personal del INCODER no se habría reducido.

Por otra parte, indicó que para el momento en que la actora fue desvinculada del cargo de profesional universitario, código 2044, grado 10, existían al menos otros 40 cargos de la misma denominación en la planta de personal, en los cuales pudo ser reubicada la accionante o en su defecto, el señor Carlos Augusto Borda.

Advirtió que, si bien, el acto administrativo que terminó el nombramiento en provisionalidad de la demandante no se motivó expresamente en la Ley 1152 de 2007, este hecho realmente acredita el vicio de falsa motivación, pues el verdadero motivo que originó el retiro del servicio fue la reestructuración del INCODER y la política de reducción de personal.

5. Alegatos de conclusión

5.1 La parte actora reiteró lo expuesto en el recurso de apelación⁴.

5.2 La parte demandada señaló que la desvinculación de la actora obedeció a la facultad discrecional de la entidad. Así, indicó que por razones ligadas a la eficiencia y eficacia del servicio fue necesario retirar del servicio a los empleados nombrados en provisionalidad, mediante una resolución motivada, requisito que cumplió el acto demandado al exponerse los hechos y fundamentos de derecho que dieron lugar a la decisión⁵.

6. El Ministerio Público

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se confirme la sentencia que negó las pretensiones de la demanda⁶.

Anotó que la Ley 1152 de 2007, que reformó el INCODER, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-175 de 2009, por no haberse sometido al trámite de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, por este motivo al tratarse de asuntos diferentes, no se configura

⁴ Folios 192-195

⁵ Folios 187-191

⁶ Folios 197-202



una relación de causa y efecto entre la referida ley y los preceptos en que se basó el acto administrativo que terminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante.

Sobre el particular, resaltó que la resolución demandada fue expedida con fundamento en las facultades legales del nominador y en la necesidad de garantizar los derechos de carrera del señor Carlos Augusto Borda, quien debía regresar al cargo del cual era titular. Por lo tanto, concluyó que el acto de retiro fue motivado y que el funcionario de carrera tenía mejor derecho que la accionante, pues era el titular del cargo y debía reasumirlo al terminar su encargo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El presente asunto que se rige por el Decreto 01 de 1984 es competencia de esta Corporación de conformidad con lo establecido en el artículo 129 *ídem*, según el cual el Consejo de Estado conoce en segunda instancia de las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos.

2. Cuestión previa

Corresponde a la Sala pronunciarse frente al impedimento de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez con fundamento en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que realizó una actuación en el proceso de la referencia, cuando se desempeñaba como Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dado que firmó el auto de la Sección Segunda, Subsección A, que rechazó la demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

Al respecto se evidencia que efectivamente la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez hizo parte de la Sala que expidió el auto del 3 de diciembre de 2009, visible a folios 86 y 87 del expediente⁷; en consecuencia, en atención a lo dispuesto en el numeral 2 del

⁷ Folios 100 a 103



artículo 160A del Código Contencioso Administrativo, se aceptará el impedimento manifestado y se le declarará separada del conocimiento del presente asunto.

3. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, la Sala analizará si procede revocar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto se estudiará si el acto administrativo que terminó el nombramiento en provisionalidad de la accionante está viciado por falsa motivación, al haber sido declarada inexecutable la Ley 1152 de 2007, que reformaba el INCODER, norma que en criterio de la actora fue la causa de su retiro del servicio.

Con el propósito de desatar el problema jurídico se analizarán los siguientes aspectos: 3.1 Marco normativo y jurisprudencial; 3.2 Hechos relevantes probados y 3.3. Caso concreto.

3.1 Marco normativo y jurisprudencial

De la inexecutable del Estatuto de Desarrollo Rural

Ley 1152 de 2007 *"Por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones"* dentro de sus objetivos tenía reformar *"el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, como entidad responsable de la promoción, supervisión y control de los programas de desarrollo productivo en el medio rural, estableciendo para ello mecanismos que garanticen la coordinación, la concurrencia y la subsidiaridad entre las distintas instituciones, el sector privado y las entidades territoriales"* (num. 4 art. 3).

Por su parte, el Presidente de la República expidió los Decretos 4902 y 4903 de 2007 que aprobaron la modificación de la estructura del INCODER, en virtud de lo dispuesto en los artículos 24 de la Ley 1152 de 2007 y 54 (literales m y n) de la Ley 489 de 1998, respectivamente, que señalan:

Ley 1152 de 2007:

"ARTÍCULO 24. <Ley declarada INEXECUTABLE> El Gobierno reglamentará la estructura interna del Incoder, sus órganos directivos, composición y funciones, dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley. Lo



anterior teniendo en cuenta el nuevo enfoque de política del sector, según el cual son funciones del nivel Nacional la coordinación de las actividades del Sistema Nacional de Desarrollo Rural establecido en esta ley, la administración y asignación de los recursos para el adecuado cumplimiento de las funciones misionales, calificación y evaluación del impacto de los proyectos presentados a las respectivas convocatorias. Las demás funciones serán ejecutadas de manera desconcentrada o descentralizada”.

(...)

Ley 489 de 1998

“ARTÍCULO 54.- Principios y reglas generales con sujeción a las cuales el Gobierno Nacional puede modificar la estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás organismos administrativos del orden **nacional**. Con el objeto de modificar, esto es, variar, transformar o renovar la organización o estructura de los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, las disposiciones aplicables se dictarán por el Presidente de la República conforme a las previsiones del numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y con sujeción a siguientes principios y reglas generales:

(...)

m. Deberán suprimirse o fusionarse los empleos que no sean necesarios y distribuirse o suprimirse las funciones específicas que ellos desarrollaban. En tal caso, se procederá conforme a las normas laborales administrativas;

n. Deberá adoptarse una nueva planta de personal”.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia C-175 de 2009, declaró inexecutable la Ley 1152 de 2007 porque se pretermitió el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, como lo explicó en los siguientes términos:

“38. La Ley 1152 de 2007 configura una regulación integral y sistemática sobre el desarrollo rural y el uso y aprovechamiento de la propiedad agraria, régimen jurídico que debió someterse al trámite de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, en razón de la especial connotación que el territorio tiene para estos pueblos, al igual que por la existencia de disposiciones particulares y concretas en el EDR que los afectan directamente.

39. Sin embargo, de conformidad con los argumentos de índole fáctica recopilados en esta sentencia, la Corte pudo comprobar que las actividades desarrolladas por el Gobierno Nacional no cumplieron con las condiciones constitucionales de la consulta. En especial, los procesos de acercamiento fueron realizados de forma inoportuna, cuando el trámite legislativo ya se encontraba en curso, circunstancia incompatible con la vigencia del principio de buena fe en los procesos de consulta previa. Adicionalmente, no se comprobó que fuera adelantado un procedimiento preconsultivo con las comunidades tradicionales, tendiente a definir las reglas de deliberación del proceso de consulta previa. De este modo, resulta desacertado sostener que dichos acercamientos extemporáneos suplen el requisito de consulta previa, puesto que fueron ejecutados luego de haberse iniciado el trámite legislativo



y en escenarios propios de éste. En ese sentido, responden a formas de participación democrática de carácter general, los cuales difieren de las modalidades concretas de incidencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes a las que se refiere el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, las cuales corresponde a un procedimiento sustantivo de índole constitucional, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la consulta previa, del cual son titulares las comunidades indígenas y afrodescendientes.

40. Debido a la pretermisión del requisito de consulta previa, la norma acusada deviene inexecutable en su integridad. Ello debido a que, en razón de constituir, por expreso mandato del Legislador, un régimen general y sistemático en materia de uso y aprovechamiento de los territorios rurales, (i) no resulta viable diferenciar entre las normas que afectan directamente a las comunidades y aquellas que no tienen ese efecto, amén de la posibilidad que en casos concretos cualquier disposición del EDR contraiga esa afectación; y (ii) la exclusión, en virtud de su inexecutable, de las normas que hagan referencia nominal a los pueblos indígenas y tribales, generaría un régimen discriminatorio en contra de los mismos, puesto que contribuiría a un déficit de protección jurídica, contrario a los derechos que la Constitución reconoce a dichas minorías étnicas⁸.

Adicionalmente, la Corte Constitucional sostuvo que la declaratoria de inexecutable de la Ley 1152 de 2007 surtía efectos hacia el futuro, de conformidad con lo previsto en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

De la inconstitucionalidad por consecuencia

Sobre esta figura la Corte Constitucional en la sentencia C-239 de 2009 explicó *“que significa que la declaración de inexecutable del Decreto que declaró el estado de excepción produce, como efecto obligado, la inexecutable de los Decretos Legislativos que lo desarrollan”*⁹.

Posteriormente, en la sentencia C-506 de 2014 la Corte Constitucional¹⁰ abordó el estudio de un decreto ley, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 15 de la Ley 1640 de 2013, que previamente había sido declarada inexecutable, caso en el cual, declaró el decreto ley igualmente inexecutable, al presentarse la figura de inconstitucionalidad por consecuencia, en la medida que la ley que dio sustento jurídico al decreto estudiado estaba retirada del ordenamiento jurídico. En efecto, la Corte explicó que

“(…) la inconstitucionalidad por consecuencia de los decretos legislativos consiste en el “decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la norma que permitía al Jefe de Estado asumir y ejercer las atribuciones

⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁹ M.P. Mauricio González Cuervo

¹⁰ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



extraordinarias previstas en la Constitución”¹¹. Ha agregado, que en este supuesto, “la Corte Constitucional no puede entrar en el análisis de forma y fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente que las normas que consagran consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse a la Constitución”¹².

3.2. Pruebas relevantes aportadas al proceso

- Copia de la hoja de vida de la señora Kelly Johana Flórez Hernández, que contiene sus antecedentes fiscales, disciplinarios, entre otros¹³.
- Copia de la Resolución 1546 del 7 de junio de 2007, del Gerente General del INCODER, que nombró a la accionante por el término de 6 meses con carácter provisional en el cargo de profesional universitario, código 2044, grado 10 de la planta global de personal. En cuyo considerando se expuso que, acorde con el artículo 25 de la Ley 909 de 2005, los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal, pueden ser provistos en forma provisional, por ello, se resolvió nombrar a la actora en el cargo del señor Carlos Augusto Borda, al encontrarse temporalmente vacante¹⁴.
- Copia del acto demandado, Resolución 3173 del 13 de noviembre de 2007 del INCODER, que terminó el nombramiento en provisionalidad de la actora en el cargo de profesional universitario, código 2044, grado 10, toda vez que al señor Carlos Augusto Borda se le terminó el encargo y se le debían garantizar sus derechos de carrera administrativa.
- Copia de la Resolución 3705 del 27 de diciembre de 2007 del INCODER que resolvió el recurso de reposición contra la resolución que terminó el encargo para algunos empleados, entre ellos, el señor Carlos Augusto Borda, decidiendo confirmar la decisión, con fundamento en que:

“El Gerente del Incoder se permite informar a los funcionarios del Instituto que dentro de la ley 1152 de 2007 se inicia hoy el proceso de restructuración administrativa que apunta a convertir la entidad en una institución más ágil y

¹¹ Sentencia C-967 de 1999, MP. Fabio Morón Díaz. En la cual se declaró la inconstitucionalidad por consecuencia del Decreto No. 1122 de 1999. y se resolvió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-923 de 1999, MP. Álvaro Tafur Galvis.

¹² *Ibidem*

¹³ Cuaderno anexo

¹⁴ Folio 52



funcional, descargada de algunas funciones que pasarán a ser responsabilidad de otros entes gubernamentales.

Este proceso se llevará a cabo de acuerdo con las estipulaciones de la Ley 1152, con estricto cumplimiento de las normas laborales vigentes y el reconocimiento pleno de los derechos y garantías que la Constitución y la ley otorga a cada uno de los funcionarios del Instituto. El adelantamiento de este proceso permitirá al INCODER enfocarse en sus tareas misionales y alcanzar sus objetivos en beneficio de los pequeños productores de las zonas del país quienes constituyen el grueso de la población beneficiaria de los proyectos productivos y de infraestructura para el agro que adelanta la institución.

Este cambio, según la Ley 1152, implica menos tareas para el Instituto y en consecuencia una disminución en su carga laboral”.

3.3 Caso concreto

En el asunto bajo estudio, la actora solicita la nulidad del acto administrativo que terminó su nombramiento en provisionalidad por el término de seis meses en el cargo de profesional universitario, código 2044, grado 10 de la planta global del INCODER, con fundamento en la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1152 de 2007, que a su juicio constituye el fundamento de su retiro del servicio.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, porque, en síntesis, la Ley 1152 de 2007 no causó la terminación del nombramiento en provisionalidad de la actora, sino que el acto acusado se fundó en que el titular del cargo de carrera asumió nuevamente el empleo que ella ocupaba.

Inconforme con esta decisión, la accionante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia insistiendo en que el verdadero motivo de su retiro sí fue la Ley 1152 de 2007, que dispuso la reestructuración del INCODER, y que al ser declarada inexecutable por la Corte Constitucional da lugar a la inconstitucionalidad por consecuencia de la Resolución demandada en este proceso.

En respuesta a lo alegado por la recurrente, la Sala advierte que la Corte Constitucional ha definido la figura de la inconstitucionalidad por consecuencia, respecto a los decretos ley expedidos por el Presidente de la República con fundamento en una ley que le otorgó facultades extraordinarias, que posteriormente es declarada inexecutable.



Situación que difiere del caso bajo estudio, puesto que la Resolución 3173 del 13 de noviembre de 2007, que terminó el nombramiento en provisionalidad de la demandante, si bien fue dictada en el marco del proceso de reestructuración del INCODER, éste no constituye la causa directa del retiro del servicio, pues la actora no ostentaba derechos de carrera, sino que su nombramiento se dio para suplir una vacancia temporal del titular del cargo, Carlos Augusto Borda, que estaba en la situación administrativa de encargo en otro empleo.

En efecto, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 dispone que los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados en otro empleo mientras se surte el proceso de selección para proveerlos. En consonancia con esta norma, el artículo 25 *idem* preceptúa que cuando el titular del empleo de carrera está en una situación administrativa que implica separación temporal del cargo, éste podrá ser provisto en forma provisional *“solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”*.

En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad de la accionante estaba supeditado a la temporalidad del encargo del titular de los derechos de carrera administrativa. Por ello, una vez finalizó el encargo y el titular del cargo tuvo que reasumir el empleo que ejercía la actora, como consecuencia lógica debía terminarse su nombramiento en provisionalidad. Se resalta en este sentido que según el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 (que reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004), el nominador a través de resolución motivada podía dar por terminado tanto el encargo como el nombramiento provisional, antes de cumplirse su término de duración.

Así, en el asunto bajo estudio se cumplió con el requisito de motivación, cuando el Gerente General del INCODER indicó en el acto acusado que para garantizar los derechos de carrera administrativa del señor Carlos Augusto Borda se debía dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la accionante.

De llegar a concluirse que la actora puede permanecer en el cargo del citado señor Carlos Augusto Borda se pasaría por alto que ella no tiene derechos de carrera y que fue nombrada en un cargo vacante temporalmente, desconociéndose entonces el propósito de los nombramientos provisionales y el sistema del ingreso por mérito



a los cargos públicos, consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política, que dispone:

“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. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido”.

En este orden de ideas, se resalta que la Resolución 3173 del 13 de noviembre de 2007 fue proferida por el Gerente del INCODER, en virtud de lo previsto en el Decreto 2400 de 1968, la Ley 909 de 2004 –régimen general de la carrera administrativa- y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, de modo que no se está ante la figura de la inconstitucionalidad por consecuencia que, en parecer de la parte actora, se origina por la declaratoria de inexecutable de la Ley 1152 de 2007.

Por otra parte, se precisa que la referida Ley 1152 de 2007 fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en la sentencia C-175 de 2009, ya que no se agotó el trámite de consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes, aspectos que no están relacionados materialmente con la situación administrativa de la actora, quien se insiste, ocupaba un cargo en el que no tenía derechos de carrera administrativa.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional determinó expresamente que los efectos de la decisión fueron hacia el futuro, de donde se colige que dicha providencia no retrotrae la situación jurídica consolidada de la demandante derivada de la terminación de su nombramiento en provisionalidad, ordenado en la Resolución 3173 del 13 de noviembre de 2007.

Así las cosas, pese a que, como resultado de la reorganización del INCODER, el titular de los derechos de carrera tuvo que retornar a su cargo, causando la terminación del nombramiento en provisionalidad de la actora, y aunque la norma



general que dispuso la modificación de la planta fue declarada inconstitucional, para la Sala este hecho *per se* no denota a su vez la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto acusado; pues como ya se dijo, en atención a las normas generales de la carrera administrativa el nominador estaba facultado para terminar el nombramiento provisional de la actora, mediante una resolución que se fundó en la garantía de los derechos del señor Carlos Augusto Borda.

Como corolario de estos argumentos, la Sala comparte lo decidido por el Tribunal, al constatarse que la causa directa del acto demandado no eran la Ley 1152 de 2007 ni los Decretos 4902 y 4903 de ese mismo año, sino las facultades del nominador contenidas en la Ley 909 de 2004, régimen general de la carrera administrativa.

III. DECISIÓN

En atención a las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO.- ACEPTAR el impedimento manifestado por la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia. En consecuencia, se le separa del conocimiento de este asunto.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia del 10 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- RECONOCER personería a la abogada Ana Marcela Caroliña García Carrillo para representar a la entidad demandada, de conformidad con el poder visible a folio 230.

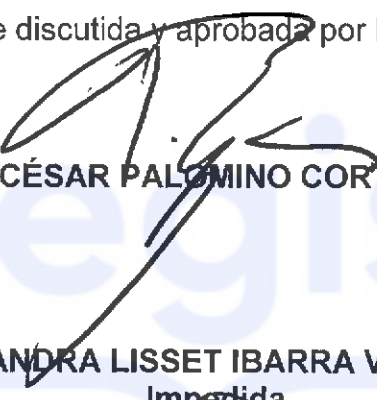
CUARTO.- Sin lugar a condena en costas en las dos instancias.



No. Interno: 2049-2012
Demandante: Kelly Johana Flórez Hernández
Demandado: Incoder

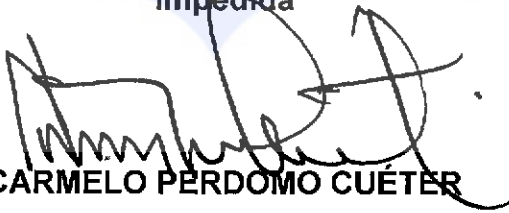
Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.



CÉSAR PALOMINO CORTÉS

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Impedida



CARMELO PERDOMO CUÉTER