

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION "B"

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015)

REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200602680-02
NUMERO INTERNO 2698-2011
AUTORIDADES NACIONALES
ACTORA: FLOR MARGY MALAGÓN ORTÍZ

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de mayo de 2011, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, negó las pretensiones de la demanda incoada por FLOR MARGY MALAGÓN ORTÍZ contra La Nación, Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura.

La demanda

Estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 3348 de 28 de octubre de 2005, proferida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad como Directora de

la Unidad Administrativa de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial¹ de la señora Flor Margy Malagón Ortiz.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de superior categoría; que se reconozcan y paguen todos los sueldos, primas, subsidio familiar, subsidios, quinquenios, sobresueldos, prima técnica y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación hasta cuando se produzca su reintegro; reconocer dichos valores debidamente indexados junto con los intereses moratorios causados; declarar que para todos los efectos legales y prestacionales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; pagar por perjuicios morales el equivalente a cuatro mil gramos oro; que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. y que se condene en costas a la demandada.

Basó su *petitum* en los siguientes **hechos**:

La demandante ingresó al servicio de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá, dependencia del Consejo Superior de la Judicatura el 17 de abril de 1995 y laboró hasta el 31 de octubre de 2005, fecha en que fue declarada insubsistente en su nombramiento de Directora Unidad Administrativa a través de la Resolución 3348.

Manifestó que desde que se posesionó en la Dirección Ejecutiva Seccional, desempeñó entre otras funciones, la de representar a la directora en todas las actividades administrativas de la seccional, coordinar actividades relacionadas con

¹ Folios 67-85

asuntos administrativos y velar por su cumplimiento; elaborar los planes de compras de los bienes tanto devolutivos como de consumo que requirieran los tribunales y despachos de Bogotá y Leticia (Amazonas), al igual que de la misma seccional, entre otros.

Señaló que por sus calidades profesionales le fueron asignadas temporalmente las funciones de la Directora, a través de la Resolución No. 2643 de 21 de diciembre de 2004, cargo que desempeñó hasta el día que fue declarada insubsistente en su nombramiento, con el argumento que la designación de empleados en provisionalidad no produce ni crea fuero de estabilidad alguno.

Arguyó que jamás tuvo un llamado de atención, por el contrario, su labor fue exaltada por varios despachos judiciales, lo que torna el acto demandado en falso e injustificadamente motivado dado que no existió ninguna queja ni actuación disciplinaria que pudiera haber dado lugar a separarla del cargo.

Consideró igualmente que con la decisión no se mejoró el servicio, pues la persona que la reemplazó además de ser nombrada en provisionalidad, esto es, no por concurso, no poseía las calidades de la actora ni cumplía los requisitos para desempeñar el cargo conforme lo dispuso el Acuerdo 345 de 3 de septiembre de 1998 del Consejo Superior de la Judicatura, violándose así el principio de igualdad.

De otra parte, manifestó que el acto demandado era contrario a la Constitución y la ley, ya que además de no ser un cargo de libre nombramiento y remoción, tampoco se surtió el concurso para acceder al mismo; paralelo a lo anterior, existió un claro abuso de poder, ya que antes de la desvinculación circuló un e-mail haciendo afirmaciones injuriosas respecto de ella, sin ningún fundamento jurídico, real ni verdadero.

Indicó que en los últimos cuatro meses del año 2005, el Director Ejecutivo la estuvo presionando, de forma directa e indirecta, para que renunciara al cargo; sin embargo, siempre fue una persona eficiente en su labor, ejerció el cargo con honorabilidad, dignidad, prestigio y prontitud y nunca disminuyó sus esfuerzos para sacar adelante las tareas y compromisos adquiridos en su trabajo.

Aseveró tener una experiencia específica en el área administrativa de más de 10 años, además de conocer muy bien el cargo que desempeñaba, no obstante, fue reemplazada por el señor Julio Alberto Aldana Acosta, persona que no tenía experiencia previa ni había trabajado en la rama judicial.

Las normas violadas

Fundamentó como disposiciones violadas las siguientes:

De la Constitución Nacional, los artículos 1, 13, 25, 29, 53, 113, 125 inciso 2, 209, 300-7-9 y 305-7;

De la Ley 58 de 1982, el artículo 5;

De la Ley 489 de 1998, el artículo 11-2;

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 35, 36, 44, 47, 48, 69, 84 y 85.

Consideró que se habían violado derechos fundamentales como el del trabajo, pues no existía causal legal para desvincularla sino que, por el contrario, era una persona idónea para el ejercicio del cargo. Arguyó que a pesar de haber sido designada en provisionalidad, reunía todas las calidades, requisitos y condiciones para desempeñar el empleo, reiterando

que esto le daba una garantía de estabilidad y permanencia, pues el buen servicio administrativo y su intachable hoja de vida, permitían considerarlo.

Además de lo anterior, argumentó que se le violó el derecho a acceder a la pensión de jubilación ya que contaba con más de 20 años de servicio a la administración y se encontraba próxima a cumplir la edad límite para optar por ella².

Concluyó que el acto demandado no se motivó, solo se limitó a citar jurisprudencia del Consejo de Estado para su retiro, vulnerando de esta forma derechos de rango constitucional y legal, pues era una funcionaria legalmente vinculada a la administración. Creyó que por ser el cargo que ocupaba de carrera administrativa, para declarar su insubsistencia debía la administración motivar fundada y razonadamente su decisión a fin de garantizar al administrado el debido proceso y en particular, el derecho de defensa.

A folio 99, adicionó la demanda con tres cargos específicos: i) ilegalidad del acto; ii) falsa motivación y iii), deviación de poder.

El primero, por cuanto el cargo desempeñado por la demandante no era de libre nombramiento y remoción sino de carrera y, por tanto, su administración no se encontraba enmarcada dentro de los límites de la discrecionalidad.

En efecto, el artículo 132 de la Ley 270 de 1996 establece que la forma de previsión de los cargos de la rama judicial es en propiedad, provisionalidad y en encargo; la provisionalidad se da en caso de vacancia definitiva y hasta

² Sobre este tema, no especificó fechas.

cuando se pueda hacer la designación por el sistema legal; cuando no sea posible la designación por ese método, surge la figura de la provisionalidad lo que no genera inamovilidad pero sí la posibilidad de ceder su titularidad solo a quien superó el respectivo concurso de méritos. Entendido esto así, resulta jurídicamente viable sostener que quien fue nombrado en provisionalidad goza de la denominada estabilidad condicionada que no es otra que una condición suspensiva de la ley delimitada por el agotamiento del proceso de selección el cual, una vez cumplido, procede la provisión definitiva del cargo a quien figura en la lista de elegibles. Por lo tanto, quien ha sido designado en un empleo en forma provisional para llenar una vacante de un cargo de carrera, posee la estabilidad precaria que la jurisprudencia constitucional ha reconocido y que no puede ser desconocida por el nominador como ocurrió en este caso en donde la demandante fue vinculada en provisionalidad en un cargo de carrera, requiriendo para su desvinculación de un acto administrativo motivado como garantía plena del debido proceso y el derecho al trabajo (art. 53 C.P.).

Concluyó que si se tiene en cuenta lo anterior, el acto demandando fue expedido de manera irregular ya que usó la administración una facultad que no correspondía a la situación jurídica planteada, al no motivar el acto de desvinculación y tampoco mantener o mejorar el servicio.

ii) En cuanto a la falsa motivación, consideró que no podían ser de recibo las extensas jurisprudencias citadas en el acto acusado, en cuanto a que por tratarse de un cargo de carrera y haberse efectuado el nombramiento en provisionalidad procedía su retiro ya que, reiteró, debió contener las razones para ello, pues para declararla insubsistente debió seguir los lineamientos definidos en la ley que, entre otros, consistían en mejorar el servicio lo cual

no se dio, pues su hoja de vida demuestra la capacidad de trabajo que tenía y lo eficiente e idónea que llegó a hacer, tanto que durante su gestión *“implantó la tecnología que permitió el establecimiento de lineamientos específicos para el diseño, levantamiento y cuantificación de los estándares de gastos de consumo unitarios, mensuales y anuales de todas y cada una de las Corporaciones y Despachos Judiciales adscritos al Consejo Superior de la Judicatura”* que, entre otros, le mereció el diploma de *“miembro activo del equipo de eficiencia y transparencia”* expedido por el Director del programa Presidencial de lucha contra la corrupción; igualmente participó en el equipo para el mejoramiento de los procesos de suministros de elementos de oficina y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor a nivel central, y en el sistema de gestión outsourcing para el mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor al servicio de las Corporaciones Nacionales y la Dirección Ejecutiva, entre otras actividades³.

iii) Por último consideró que se presentó desviación de poder por cuanto se llevó a una persona que no contaba con la hoja de vida para atender el servicio en la forma en que lo desempeñaba la demandante, además de no cumplir con los requisitos que el cargo exigía, establecidos en el Acuerdo 345 de 3 de septiembre de 1998, como eran 8 años de experiencia, pues el funcionario nombrado, esto es, el señor Julio Aldana no acreditaba 5 años después de obtener el título profesional. Indicó que si se comparan las hojas de vida, se podía ver una clara diferencia entre los estudios y actualizaciones por ella realizados; los diferentes cargos que había ocupado en diversas entidades, todas relacionadas con funciones públicas que la hacían conocedora de la misma; más de 10 años de experiencia específica en cargos administrativos de la rama judicial que demostraban su capacidad

³ Sobre estos sistemas, hizo una larga descripción de sus funciones y participación, y solicitó poner en conocimiento de la demandada para demostrar su autenticidad (fls. 109-129).

para su desempeño como Directora de la Unidad de Administración, de lo que concluye, que su declaratoria de insubsistencia no fue inspirada en razones de buen servicio que es la única que legitima y justifica la presunción de legalidad del acto administrativo, sino en otras distintas de carácter personal o burocrático que muestran la desviación de poder alegada.

De otra parte manifestó, que la insubsistencia de la actora se debió a unos anónimos enviados al Director Ejecutivo, quien no inició el proceso disciplinario correspondiente, sino que solicitó de manera inusitada informes a la actora sobre el cumplimiento de sus labores para posteriormente declararla insubsistente en su nombramiento sin darle la oportunidad que la ley le concede para defenderse de las imputaciones.

La Contestación de la Demanda

La Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial por intermedio de apoderada, se opuso a las pretensiones indicando que conforme con la Ley 270 de 1996, el cargo ocupado por la demandante, esto es, Directora de Unidad Administrativa, era un cargo de carrera, por lo tanto como su designación no se podía hacer en propiedad porque no había concursado para ello, se hizo en provisionalidad pudiendo el Director ejercer el poder discrecional que la ley le otorga para declararla insubsistente en su nombramiento⁴ cuando así lo determinara.

Consideró que el hecho de que la actora hubiese desempeñado sus funciones con idoneidad, responsabilidad y sin que existieran llamadas de atención o sanción

⁴ Folios 155-164

disciplinaria en su hoja de vida, no eran razones jurídicas suficientes para deducir el abuso o la desviación de poder alegado.

Citó jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a que los actos administrativos son de obligatorio cumplimiento mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción contenciosa; argumentó que la desviación de poder debe probarla quien la alega, pues los actos administrativos se entienden proferidos en aras del buen servicio público, y que la protección constitucional al trabajo como derecho y como obligación social en ningún caso equivale a permanencia indefinida o a perpetuidad en un cargo sino que, por el contrario, las regulaciones sobre los medios de acceso a los empleos, las situaciones administrativas durante el ejercicio y las condiciones de retiro de la función pública representan una garantía del cabal cumplimiento de la norma constitucional y de la función protectora del Estado.

Propuso la excepción de falta de poder suficiente para actuar ya que el abogado de la actora demandó la Resolución No. 3348 de 2005 cuando el poder conferido se refería a solicitar la nulidad de la Resolución No. 1738 de 2205.

La adición de la demanda fue contestada por la demandada (fls. 179-197) considerando que no había cumplido con el deber de explicar las normas que citó como violadas ni las razones de ello.

Reiteró que la resolución acusada se fundamentó en la facultad que tiene el nominador de remover sus empleados libremente, dentro de los límites referidos a la función pública, de empleados que no gocen de algún fuero de estabilidad. Es cierto que el cargo de la actora es de carrera pero no había cumplido los requisitos exigidos para acceder a él y por eso fue nombrada en provisionalidad, atendiendo la

libre disposición de su nominador y por ese mismo mecanismo podía ser removida en aras de mejorar el servicio; de ahí que sin necesidad de motivación, el acto administrativo es legal y ajustado a derecho.

Citó varias sentencias de esta Corporación para referirse a la presunción de los actos administrativos, de los cuales afirmó, son de obligatorio cumplimiento y quien pretenda desvirtuarlos debe demostrar que no fueron expedidos en aras del buen servicio; consideró que los cargos de falsa motivación y desviación de poder no fueron demostrados, pues no se allegó al plenario prueba alguna que demostrara los fines torcidos que tuvo el Director para su destitución

De otra parte indicó, que no podían ser de recibo los argumentos de la demandante en cuanto a que por su trayectoria, capacitación, experiencia y conducta, gozaba de una especie de derecho adquirido o fuero especial, ya que conforme con la jurisprudencia, estos factores podían constituir una base eventual para su vinculación en cualquier cargo, mas no para su desvinculación, pues se trataba de una funcionaria no cobijada con fuero de carrera.

Concluyó que tampoco se daba la alegada violación al trabajo puesto que la estabilidad laboral no implica inamovilidad del servicio público.

La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, con sentencia de 26 de mayo de 2011, negó las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos⁵:

Hizo un recuento de las pruebas obrantes en el proceso, de la normatividad aplicable al caso y de la jurisprudencia de esta Corporación para concluir, que el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera lo es en forma discrecional por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento ni motivación para ello.

Sobre los argumentos de la demandante, indicó que conforme a lo probado fue nombrada por la Directora Ejecutiva de Administración Judicial el 15 de marzo de 2001 en provisionalidad, lo que indica que su ingreso al cargo del que fue desvinculada no fue consecuencia de la participación en un proceso de selección que le confiriera estabilidad alguna, por ende no puede derivar en su favor derechos o prerrogativas de carrera.

Indicó que de las normas que regulan el nombramiento y desvinculación de los servidores públicos nombrados en provisionalidad se desprende que estos fueron previstos en la ley para suplir temporalmente las vacantes de los cargos de carrera, en los que, por no haberse agotado el proceso de concurso, no se pueden proveer con nombramiento en propiedad. El Consejo de Estado ha sostenido que la provisionalidad en los cargos de la Rama Judicial es una forma de proveerlos para no interrumpir la prestación del servicio público, modalidad que no ha sido consagrada como generadora de estabilidad para el funcionario que la desempeñe. Por lo tanto, la autoridad nominadora mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable,

⁵ Folios 353-368

puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público sin necesidad de motivación expresa.

Argumentó que la provisionalidad por sí misma no tiene la virtualidad de considerar surtidas las etapas probatorias de un concurso sino que ellas se deben cumplir como lo establece la ley; por lo tanto, podía el nominador remover el empleado nombrado en provisionalidad cuando lo considerara necesario y en caso de no poder nombrar en propiedad podía nombrar nuevamente en provisionalidad sin que por ello se diera expedición irregular del acto.

Consideró que tampoco se vislumbraba la falsa motivación, por cuanto, reiteró, la demandante desempeñaba un cargo de carrera en provisionalidad, calidad que por sí misma no le otorgaba ningún fuero de estabilidad; en cuanto a la desviación de poder alegada, manifestó que cuando un funcionario cumple con la prestación del servicio con las calidades indicadas por la demandante, por ese solo hecho no adquiría el fuero de estabilidad que pretendía, ni tampoco limitaba ni enervaba la facultad discrecional que tenía el nominador de remover libremente sus funcionarios, ya que el deber de toda persona que desempeñe un empleo público es el de cumplir a cabalidad con el cargo para el cual fue nombrado. Concluyó que el cumplimiento de las labores en las condiciones que exige el cargo, no podía convertirse en un indicio de desviación de poder y en un fuero de inamovilidad sino que, para demostrarse, debían existir unos hechos que encadenados llevaran a la certeza que, siendo ajenos a las necesidades del servicio, fueron la causa del retiro.

En todo caso estableció que comparando las hojas de vida entre la actora y la persona que la reemplazó, si bien es cierto no tenía la misma experiencia laboral, no

se demostró que su labor fuera ineficiente o causara un detrimento a la administración que mostrara la desmejora del servicio.

Por último indicó que la potestad disciplinaria alegada por la demandante, en cuanto a que se le debió abrir un proceso disciplinario si la administración no estaba de acuerdo con su gestión, no podía ser de recibo ya que la potestad disciplinaria es diferente de la de libre remoción, no pudiendo la segunda depender del resultado de un proceso disciplinario y más para funcionarios que podían ser removidos libremente.

El recurso de apelación

La actora, por intermedio de apoderada, sustentó el recurso de alzada indicando que posterior al fallo citado por el Tribunal, con más de un lustro, pues era del año 2003 y que fue el sustento del mismo, se han expedido innumerables providencias por el Consejo de Estado que cambian los argumentos esbozados⁶.

Consideró que conforme con la jurisprudencia constitucional, los actos discrecionales que ordenan el retiro deben motivarse y ser notificados⁷. En efecto, tanto la Corte Constitucional, como la doctrina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos adujo han establecido que *“la potestad que tiene el Estado para reorganizar su administración tiene límites en los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos*

⁶ Folios 369-378.

⁷ Sentencias C-108, C-525, C-565 de 1995 y C-564 de 1998

Humanos” en cuanto al debido proceso y acceso a un recurso judicial efectivo.

Argumentó que la sentencia recurrida partió de una premisa falsa y, por ende, la conclusión fue igualmente errónea ya que desconoció abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en cuanto a la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad.

Conforme con el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, los empleos de los órganos y entidades del Estado, son de carrera; no obstante, permite los nombramientos en provisionalidad por vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera con un límite de seis meses mientras se convoca el empleo a concurso; en caso de no hacerlo, autoriza la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando se realice, de tal manera que solo mediante acto motivado el nominador podrá dar por terminado el encargo, la prórroga o el nombramiento provisional.

Sobre el tema, citó la sentencia de 23 de septiembre de 2010, de este mismo Despacho en donde se dijo que *“a la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad (...)”*⁸.

Reiteró que existió falsa motivación por cuanto la administración no dio a conocer los verdaderos motivos para separarla del cargo ni mostró un

⁸ Radicado No. 2500-23-25-000-2005-01341-02

examen de fondo, completo y preciso de los motivos que tuvo; tampoco se infieren los elementos objetivos y razonables que dieron lugar a la decisión, presentándose con ello la nulidad del acto demandado por violación del debido proceso.

Recalcó que es función del Juez percibir la finalidad de la norma, tratar de entender el problema social que la ley busca resolver y evaluar si en el caso concreto la aplicación de la norma se traduce en las consecuencias que se desprenden de su propósito. La Constitución Política reclama unos jueces garantes de las promesas que impone la democracia, fundados en el respeto de la dignidad humana lo que lleva a concluir que les corresponde proteger los derechos subjetivos consagrados en la Carta, del cual el Juez es su vigía.

Manifestó que no se tuvo en cuenta su excelente hoja de vida, la que no fue superada por la persona que la reemplazó y que se vuelve relevante para demostrar que no fue por razones del servicio.

Consideraciones de la Sala

El problema jurídico a resolver

Consiste en definir si la Resolución No. 3348 de 28 de octubre de 2005, proferida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la demandante quien ocupaba el cargo de Directora de la Unidad Administrativa de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, fue expedido irregularmente, toda vez que el cargo al ser de carrera y no haber sido provisto mediante concurso, debió ser motivado; con falsa

motivación, porque no se explicaron las razones que fundaron la insubsistencia; y desviación de poder, dado que no se expidió para mejorar el servicio, sino que fue provocado por unos anónimos que llegaron a la Dirección Ejecutiva y como no presentó su renuncia fue declarada insubsistente; sumado a lo anterior, porque la persona que la reemplazó no cumplía los requisitos para el cargo.

Para resolver el cuestionamiento planteado la Sala revisará las normas aplicables a los provisionales tanto en la carrera general como en la judicial, los antecedentes jurisprudenciales sobre el tema y el caso concreto a partir de los cargos propuestos. Previo al anterior esquema, se concretará el acto demandado y lo probado en el proceso.

El acto demandado.

A folio 4, obra copia de la Resolución No. 3348 de 28 de octubre de 2005, proferida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la demandante del cargo de Directora de la Unidad Administrativa de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a partir del 1 de noviembre de 2005.

Motivó el acto con citas normativas de la Ley 270 de 1996 sobre la clasificación de los empleos y su provisión, y en dos sentencias de esta Corporación y una de la Sala de Descongestión de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con respecto a la discrecionalidad en la desvinculación de los provisionales.

Lo probado en el proceso.

El Jefe de División de Asuntos Laborales certificó que la demandante ingresó a laborar el 17 de abril de 1995 hasta el 31 de octubre de 2005 (fl. 17) ocupando diferentes empleos. Entre el 17 de abril de 1995 y el 15 de marzo de 2001, se desempeñó como profesional universitario grados 11 y 14 con funciones de Jefe de la División Administrativa de la Seccional (fl. 293). El 31 de diciembre de 2001 (resolución No. 2603⁹), fue encargada de las funciones de Directora Ejecutiva de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Bogotá, por el término de las vacaciones de la titular, esto es, del 9 al 30 de enero de 2001¹⁰ (fl. 28, Cdno 4).

Posteriormente, el 15 de marzo de 2001 y mediante la Resolución No. 1821, la Directora Ejecutiva la nombró en provisionalidad *“en el cargo de Directora Unidad Administrativa de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, para proveer vacante definitiva”* (fl. 43); y el 22 de diciembre de 2004 le asignaron las funciones de Directora Ejecutiva de Administración Judicial, entre los días 3 y 7 de enero de 2005, mientras la titular del cargo estaba de permiso (fl. 15).

El 31 de octubre de 2005, por medio de la Resolución No. 3363 el Director Ejecutivo de Administración Judicial, nombró en provisionalidad a Julio Alberto Aldana Castaño en el cargo de la actora (fl. 14).

Se anexaron al proceso cartas de diferentes juzgados, posteriores al retiro de la actora, en las que le agradecían la eficiente y oportuna prestación de sus servicios como Directora encargada (fls. 18-22, 44).

⁹ Folio 33, cuaderno 4

¹⁰ Las funciones del cargo obran a folio 30 del cuaderno 4.

La hoja de vida de la demandante, obra de folios 59 a 62, en la cual consta que se graduó como profesional de “Economista de Empresa” de la Universidad INCCA de Colombia el 7 de junio de 1985 (fl. 66) y es especialista en Gestión Financiera Pública de la Universidad Externado de Colombia (fl. 60). Igualmente se anexaron copias de los Diplomados en contabilidad pública, finanzas públicas, gestión pública y control público, realizados y aprobados por ella en la Universidad Externado de Colombia, de folios 979 a 983, entre otros.

El formato de la hoja de vida del señor Aldana, sin constancias, se ubica del folio 1051 a 1055, en la que se indica que es Economista de la Universidad de Manizales con especializaciones en Gerencia de Finanzas en la Universidad Autónoma de Manizales, Gerencia de Negocios Internacionales de la Universidad Jorge Tadeo Lozano en convenio con la Universidad Católica de Manizales y en Desarrollo Económico Sostenible de la Universidad de Manizales.

Al expediente se anexó copia del Acuerdo No. 345 de 3 de septiembre de 1998 (fl. 23) en el que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura convocó a concurso de méritos los cargos de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, al igual que del Acuerdo No. 250 de 17 de febrero de 1998 (fl. 45) por el cual se actualizó la planta de personal de dicha Sala.

El Director del Consejo Superior, a folio 233, manifestó que el concurso citado en el Acuerdo No. 345 ya se habían conformado los registros de elegibles por cada cargo; que para esa fecha, 19 de diciembre de 2007, se encontraba en trámite la resolución de los recursos de reposición para abrir el proceso a la elaboración de listas de elegibles, si hubiere lugar.

A folio 306, obra certificado de 21 de agosto de 2002, en el que consta que la actora fue miembro activo del equipo de eficiencia y transparencia responsable del mejoramiento de los procesos de suministro de elementos de oficina y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor del CSJ, de conformidad con la Directiva Presidencial 09 de 1999.

Las funciones del cargo de la Directora de Unidad de conformidad con el Acuerdo 378 de 15 de octubre de 1993, obran a folio 26. Se destacan, entre otras la de organizar la atención oportuna de la adquisición y suministro de los bienes y servicios requeridos por las Altas Corporaciones y el Tribunal Nacional, al igual que velar porque se cumplan los procedimientos de administración de los recursos físicos de las anteriores entidades y de la Dirección Ejecutiva; organizar actividades para el desarrollo de los procesos de compras, suministros y servicios técnicos así como para la atención eficaz y oportuna de los servicios de aseo, vigilancia, conservación y reparación de los bienes inmuebles y equipo automotor.

Los anónimos donde se señala que la demandante *“manipula todas las adjudicaciones de los contratos”* junto con el Dr. Jorge Iván Rodríguez, obran de folios 965 a 976.

El cruce de correspondencia entre el Director Ejecutivo y la actora, obra de folios 992 a 1033. En él se evidencia un correo normal para el buen funcionamiento de la entidad.

De folios 294 a 305, obran los testimonios de:

- Celinea Orostegui de Jiménez, quien para la época era la Directora Ejecutiva Nacional de Administración Judicial, declaró que en el año 1995 nombró a la demandante en el cargo de Jefe de División Administrativa de la Seccional Bogotá, por ser la hoja de vida que cumplía con los criterios de selección que se estaban buscando; posteriormente y debido a su buen desempeño, eficiencia y por cumplir a cabalidad los requisitos del cargo, decidió darle la oportunidad de ascender en el mismo, nombrándola como Directora de Unidad de la División Administrativa de la Dirección Ejecutiva Nacional de Administración Judicial; manifestó tener pleno conocimiento de los aportes, iniciativas y capacidad de innovación que tuvo la actora durante todo el tiempo que trabajó con ella, al igual que del eficiente desempeño que contribuyó al mejoramiento del servicio y al cumplimiento de las responsabilidades administrativas a cargo de su Dirección; que entre sus aportes se pueden señalar los métodos de trabajo, aplicativos de gestión, procedimientos, procesos y trámites en general que los hicieron merecedores de una certificación de reconocimiento por la lucha contra la corrupción expedida por la Presidencia de la República; hizo un largo listado de los métodos implementados por la demandante que lograron mejorar el proceso administrativo de la entidad para concluir que su dedicación al trabajo, su responsabilidad en el desempeño y su eficiente proactividad hizo que la Dirección lograra un grado de reconocimiento en gerencia pública aplaudido tanto por el Banco Mundial como por la citada Presidencia de la República.

- Milton Vicente Jaimes Bermúdez, Director de la Unidad de Asistencial Legal de la Administración Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, declaró ser compañero de trabajo de la demandante y haber quedado impresionado con las calidades de organización y compromiso que demostrada en cada una de las actividades que realizaba, pues compartían en reuniones realizadas

en las áreas de asistencia legal, de informática y de presupuesto. Indicó conocer de las cartillas elaboradas por la demandante, con las cuales mejoró los procedimientos de las diferentes áreas y que quedaron como parte de la memoria de la entidad, especialmente las de contratación en donde señaló paso a paso como debía hacerse la suscripción de los contratos de mínima y menor cuantía que eran las de su competencia; manifestó que fue muy activa su participación en las juntas de licitaciones, pues rediseñó los pliegos de contratación los cuales le merecieron algunos reconocimientos; hizo un listado de sus grandes contribuciones en el mejoramiento no solo del DEAJ sino de la rama judicial que trajo grandes beneficios; concluyó que por pertenecer al área jurídica podía asegurar que nunca se presentó una queja contra ella ni se le inició ningún proceso disciplinario.

- Martha Amparo Beltrán, Juez de la República y quien para la época representaba la Comisión Interinstitucional propugnando por el buen funcionamiento de todas las oficinas en general. Manifestó que cuando la actora llegó al cargo que tenía que ver con la parte administrativa, éste mejoró al 100%, ya que era una persona organizada, respetuosa, siempre los atendía y trataba de resolver las peticiones; hizo un listado de las soluciones brindadas por la actora e indicó que la persona que la reemplazó tenía un método de trabajo diferente ya que no los recibía en su oficina sino que debían hacer los requerimientos por escrito.

- Luisa Teresa Navarro Zambrano, trabajó en el Consejo Superior; indicó que cuando la actora llegó a la Unidad Administrativa, hicieron muchas actividades que mejoraron el servicio y generaron ahorro económico y de tiempo en la Dirección Ejecutiva; que fue una persona muy proactiva en el desempeño de sus funciones.

Al expediente se anexaron innumerables copias de las labores realizadas por la demandante durante su tiempo de trabajo así como los informes de gestión de los años 2001 a 2004, de los cuales se destacaran algunos como¹¹: i) en el anexo 2, se incluyó el plan de compras de materiales y suministros para el año 2005 y el presupuesto de insumos requeridos para la prestación del servicio de aseo del nivel central; ii) un oficio dirigido a la Sala Administrativa donde se le indica cual será el procedimiento para realizar las nuevas contrataciones, con el fin de generar un mejor provecho y mejor precio en las adquisiciones; iii) se incluyó un estudio paralelo referente a los costos en la contratación directa de la papelería y útiles de oficina en los años 2002, 2003 y 2004, frente a contratar por medio de una proveeduría integral, donde se concluye que esta última sería una eficiente y ahorrrativa forma de contratar pues se presentó el costo-beneficio que trae; igualmente en el anexo 9 se presentó el mismo estudio pero en la contratación del servicio de mantenimiento correctivo y preventivo de los vehículos, de mayo de 2002; la cartilla de contratación (fls. 238-277) junto con un “diccionario de actividades” para procesos de contratación directa, se adjuntaron en los anexos 11 y 12, al igual que el manual de procedimientos de seguros (fls. 795- 819); en el anexo 26, se allegó el manual de procedimientos dirigido a todos los funcionarios de la entidad con el fin de mejorar el nivel de desempeño individual, y en el anexo 27, la resolución por medio de la cual se adoptaron dichos manuales (fl. 653); el informe de gestión para la legalización de la propiedad de los inmuebles de la rama judicial desde 1993 hasta junio de 2002, se adjuntó de folios 664 a 793; el 14 de diciembre de 2004, se presentó un escrito por la demandante a la Directora Ejecutiva solicitando la adición y prórroga de las pólizas de seguro, informando los beneficios que ello traería a la entidad (fl.834); entre otros.

¹¹ Aclara el Despacho que estos se encuentran firmados por la Directora Ejecutiva pero se entienden realizados por la actora.

Análisis del caso

Normas aplicables en materia de provisionales tanto en la Rama Judicial como en la ejecutiva.

Desde el plebiscito de 1957 la carrera administrativa fue elevada a rango constitucional y ha venido evolucionando con grandes dificultades prácticas pero cada vez más afirmada en el medio laboral. La Constitución Política de 1991 ratificó la importancia de la carrera administrativa y el mérito como principal forma de provisión de empleos del Estado, en el artículo 125, dispuso que en los órganos y entidades del Estado los empleos son de carrera con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el Legislador.

Se reguló por primera vez la provisionalidad, a partir del Decreto 1732 de 1960, que en forma expresa contempló la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados provisionales por un lapso no mayor a 15 días; luego vendría la reforma administrativa de 1968 con el Decreto 2400, en cuyo artículo art. 5^o-¹², previó para la provisión de los empleos – clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera - tres clases de nombramientos: a) Ordinario: para los empleos de libre nombramiento y remoción. b) En período de prueba: para los empleos de carrera, y c) Provisional: con el objeto de *“proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva*

¹² Dictado en ejercicio de facultades extraordinarias para regular la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. El decreto 1950/73 que lo reglamentó precisó su aplicación en lo nacional, con excepción del ramo de la defensa – art. 1^o.

*carrera*¹³". El límite temporal era de cuatro meses¹⁴, y dado que era un nombramiento que no pertenecía a la carrera, dispuso en el artículo 26 *ibídem*, que podía ser declarado insubsistente por la autoridad nominadora, sin motivar la decisión. No obstante señaló que debía dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

La norma en cita fue declarada exequible bajo el entendido que era necesario motivar la decisión aun cuando esta fuera posterior a la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia, para de esta manera evitar decisiones arbitrarias y caprichosas de la administración¹⁵: *"No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda."* (C- 734/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Después de 5 años fue expedido el Decreto Reglamentario 1950 de 1973. En el artículo 107, dispuso que el nombramiento provisional era susceptible de ser

¹³ Art. 28 decreto 1950/73: "Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional. (...)"

¹⁴ La ley 61/87 señaló el término de la provisionalidad en cuatro meses prorrogable por otro tanto – arts. 2º y 4º-.

¹⁵ *La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.*

declarado insubsistente en cualquier momento, sin motivar la providencia de acuerdo a la facultad discrecional del Gobierno para nombrar y remover libremente a sus empleados.

Por su parte la Ley 61 de 1987, en el artículo 4º situó entre las clases de nombramiento, el provisional cuando *“se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio”*.¹⁶

Avanzando en la legislación, la Ley 27 de 1992, en su artículo 10, sobre la provisión de empleos, reguló el nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción, y para los de carrera, el de período de prueba o por ascenso. El inciso segundo dispuso: *“mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales. El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales”*.¹⁷

¹⁶ Art. 87 de la ley 443/98: “**Vigencia.** Esta ley rige a partir de su publicación, deroga las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992, el artículo 31 de la Ley 10 de 1990, y el Decreto-ley 1222 de 1993; modifica y deroga, en lo pertinente, los títulos IV y V del Decreto-ley 2400 de 1968, el Decreto-ley 694 de 1975, la Ley 10 de 1990, los Decretos-leyes 1034 de 1991, el Decreto 2169 de 1992, el artículo 53 de la Ley 105 de 1994 en lo referente a los regímenes de carrera, salarial y prestacional, y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

¹⁷ Ley 61/87: “Artículo 18. de los nombramientos provisionales en caso de comisión. Mientras los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa se encuentren en comisión de estudios o desempeñen en comisión, cargos de libre nombramiento y remoción, los empleos de carrera de que sean titulares, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que dure la comisión, si no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.” Conc. art. 4º ibidem.

Luego vino la Ley 443 de 1998, que en su artículo 8º estableció que *“los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.”*.

Los nombramientos con carácter provisional fueron previstos como subsidiarios al encargo de los empleados de carrera, esto es, solo si no era posible realizar el encargo podía hacerse nombramiento provisional¹⁸. El cargo del cual era titular el empleado encargado podía ser provisto en provisionalidad mientras durara el encargo¹⁹.

El nombramiento provisional se producía entonces, hasta tanto se surtiera el proceso de selección para proveer empleos de carrera que requirieran su provisión temporal²⁰. El artículo 5º del Decreto 1572 de 1998 precisó las excepciones que permitían una duración de los nombramientos provisionales por un término superior a cuatro meses, los cuales estaban sometidos a la formalización del concurso o de la situación administrativa de que se tratara, según el caso.

Con la expedición de la Ley 909 de 2004, la regulación sobre el nombramiento en provisionalidad se hizo más restringido y cambió radicalmente la forma de desvincularlos. Concretamente en el artículo 24, privilegió el encargo sobre los

¹⁸ La sent. C- 942/03, que declaró exequibles las expresiones acusadas de los arts. 8º, 9º y 11 de la ley 443/98 señaló: “...resulta a todas luces elemental que las disposiciones acusadas contemplen que se prefiera encargar temporalmente de un empleo de carrera a un servidor de carrera y no que se provea la vacante temporal en provisionalidad, es decir, por quien no esté en carrera, por la obvia razón de que el de carrera ingresó mediante concurso, lo que lleva consigo, como se examinó al inicio de estas consideraciones, implícitas las garantías de ser favorecido con nombramientos en encargo, como una manera de estimular la estabilidad del servidor en la Administración.” // La reglamentación de la provisionalidad está íntimamente ligada a la del encargo.

¹⁹ V. Sent. 368/99.

²⁰ Estas situaciones se presentaban sin perjuicio del derecho preferencial al encargo.

nombramientos en provisionalidad y los limitó a las vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera por el tiempo que durara la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados²¹ (art. 25); mientras se producía la calificación del período de prueba (art. 31.5) y por otro lado, dispuso una indemnización para las funcionarias nombradas en provisionalidad y a las cuales les fuera suprimido el cargo²².

Por su parte, el Decreto 1227 de 2005 reglamentario de la Ley 909 de 2004, concretó la desvinculación de los provisionales en el artículo 10 así: *“Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”*.

Esta norma fue modificada por el Decreto 3820 de 2005, para establecer la prórroga de la provisionalidad y el encargo hasta la superación de las circunstancias que las originaron previa autorización de la Comisión del Servicio Civil. Este a su vez fue reformado por el Decreto 1937 de 2007 y por el Decreto 4968 de 2007, para ampliar la prórroga y asignarle a la Comisión Nacional del Servicio Civil el deber de resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga y para ello le fijó un procedimiento.

En la Rama Judicial:

La carrera judicial fue excluida del régimen general por voluntad expresa del constituyente, en atención a la autonomía administrativa y funcional de aquellos

²¹ Decreto 1227/05, art. 9°. “De acuerdo con lo establecido en la ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron”.

²² Art. 51 nral 4° de la ley 909 de 2004.

entes a los que se refiere el artículo 113 de la Constitución Política, privilegiando así la independencia en las determinaciones en relación con las funciones que le han sido asignadas. En ese contexto le fue fijada la obligación de administrar la carrera judicial al Consejo Superior de la Judicatura o a las Consejos Seccionales según el caso, conforme al artículo 256 Superior.

La Ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Justicia, reguló en los artículos 130 y 132, la clasificación de los empleados y la forma de provisión de los cargos en la Rama Judicial, así:

Artículo 130. CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS.

“ ...

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrados Auxiliares, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de los Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de Secretario de esas corporaciones; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del despacho del Fiscal General, del Vicefiscal, y de la Secretaría General, y los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia...

Son de carrera los cargos de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; los de Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial...”.

Artículo 132. FORMAS DE PROVISIÓN DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL.

“ ...

1. En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.

2. *En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.*

Cuando el cargo sea de carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo...”.

La norma precedente en tratándose de provisionales contiene un límite temporal de máximo de 6 meses, si aún no se ha provisto el cargo por el sistema de carrera.

Los nombramientos y el retiro de los provisionales en la jurisprudencia.

Hacia el año 2003 la Sala Plena de la Sección Segunda unificó la posición jurisprudencial en tratándose de la insubsistencia de provisionales, toda vez que la Subsección “A” consideraba que los servidores que se encontraban nombrados en provisionalidad debían ser desvinculados mediante acto administrativo motivado y por el contrario la Subsección “B” sostenía que estaban sujetos a la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna. La posición fue consolidada en torno a la última tesis mediante la Sentencia de 13 de marzo, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

La misma decisión fue reiterada por la Sala Plena de la Sección Segunda, luego de un estudio esquemático y cronológico de toda la regulación legal alrededor de la figura de los provisionales, mediante sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), expediente No. Interno 0319-08, Actor: Aura Alicia Pedraza Villamarín C/ Escuela Superior De Administración Pública –Esap.

El 23 de septiembre de 2010, con ponencia de este Despacho, la misma Sala Plena de la Sección Segunda, precisó en el radicado interno: 0883-2008, Actor: María Stella Albornoz Miranda, el alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, respecto del acto de retiro de los provisionales así:

...

*“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**²³, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos 24 de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por

²³ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

²⁴ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

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”.

La Corte Constitucional por su parte desde hace más de una década ha sostenido en innumerables tutelas y en sentencias de unificación²⁵ de esta acción, así como en decisiones de constitucionalidad, que los actos de retiro de todos los servidores públicos con excepción de los de libre nombramiento y remoción deben ser motivados para diferenciar lo arbitrario de lo discrecional y porque *“...el derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Además, ello es una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso – predicable tanto de actuaciones judiciales como administrativas-, del respeto al Estado de derecho, del principio democrático y del principio de publicidad como canales para controlar los eventuales exceso de la Administración, entre otros preceptos constitucionales²⁶.*

De acuerdo a esa línea declaró exequible²⁷ pero condicionado la norma que dispuso que la insubsistencia de algunos servidores del DAS que pertenecen al régimen especial de carrera (los detectives), prevista en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, fuera motivada.

De igual forma resolvió la exequibilidad de los artículos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, mediante Sentencia C-279 de 2007, *“...en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en*

²⁵ SU-250/98; SU-917/10, entre otras.

²⁶ SU-917/10.

²⁷ mediante sentencia C-048/97.

provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas...”

Los antecedentes jurisprudenciales y legales citados evidencian y resaltan en este momento, la necesidad de motivar los actos de retiro cuando se trata de empleados o funcionarios nombrados en provisionalidad por esa mera condición, sin importar si pertenecen a la carrera general o a carreras especiales.

De acuerdo al marco expuesto se resolverá el caso en litigio.

Caso concreto. Cargos puntuales.

Los cargos planteados para demostrar la ilegalidad del acto son: **Desviación de poder**, porque su reemplazo en el empleo, esto es el señor Julio Alberto Aldana Castaño, no cumplía los requisitos de experiencia exigidos para el cargo, lo que demuestra que lo que primó allí fueron intereses personales influenciados por unos anónimos que llegaron al Director Ejecutivo.

Expedición irregular y falsa motivación, direccionados a evidenciar que en tratándose de un nombramiento en provisionalidad en un empleo de carrera el nominador no podía usar una atribución que le es impropia mediante la expedición de un acto discrecional; que este acto tenía que ser motivado expresando la causa de la desvinculación específica y no unas citas legales y jurisprudenciales de carácter general. Además, porque su reemplazo debió recaer en una persona seleccionada por concurso y no en otro funcionario en provisionalidad; que no hubo mejoramiento en el servicio porque la señora Flor Margy Malagón cumplió sus funciones en un alto grado de calidad, idoneidad, eficacia, eficiencia, compromiso y

responsabilidad, optimizó el desempeño y productividad de la entidad posicionando la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como una de las entidades con mayor credibilidad y eficiencia en la gestión pública con herramientas que ella incorporó a la gestión.

Decisión.

Desviación de poder.

Dividido en dos partes: la primera sobre el incumplimiento de requisitos por parte del señor Julio Alberto Aldana, quien también fue nombrado en provisionalidad como Director de Unidad, toda vez que el Acuerdo 345 de 3 de septiembre de 1998, exigía 8 años de experiencia después el grado. Para demostrar lo aseverado, hizo un cuadro comparativo de las hojas de vida. La del Sr. Aldana hace parte del acervo probatorio como anexo 45²⁸ y la de la actora en el anexo 46.

En primer lugar, debe advertirse que el Acuerdo 345 de septiembre 3 de 1998, es un acto administrativo de convocatoria a un concurso de ciertos cargos, entre ellos el de Director de Unidad, para el cual se exigía de experiencia 8 años como profesional en los campos de la administración, económico o financiero, sin embargo, no es esta la regla jurídica dispuesta para tal fin, es el Acuerdo 250 de 1998 artículo 3º, el que señala los requisitos mínimos para el Director de Unidad de Sala Administrativa que son: título profesional y experiencia relacionada, con posterioridad a la obtención del título de 8 años. No se detalla ninguna profesión y se entiende que la experiencia debe ser relacionada con el título.

²⁸ Fls. 1051-

En segundo lugar, observa la Sala que la hoja de vida del sr. Julio Alberto Aldana allegada al expediente, no tiene ningún anexo que permita llegar a la conclusión expuesta por la demandante. En efecto, no hay manera de corroborar lo allí escrito dado que no hay ningún soporte de los requisitos académicos ni laborales. Es decir, no hay diplomas o actas de grado, certificaciones laborales o constancias de finalización de estudios. Tampoco hay claridad en las fechas de inicio de los estudios y menos de finalización de los mismos, lo que hace que la prueba no sea idónea para demostrar el cargo, lo cual conduce a negarlo.

En cuanto a la segunda parte del cargo, esto es, que las razones que tuvo el Director Ejecutivo de la Administración Judicial para declararla insubsistente fueron unos anónimos y que como no pudo lograr que renunciara tomó la decisión que ahora se demanda. La Sala encuentra en el material probatorio, que se allegaron unos anónimos en contra de la actora y del señor Jorge Iván Rodríguez sobre presuntas irregularidades en la contratación, sin embargo, no se demostró el nexo causal entre ellos y la declaratoria de insubsistencia, de manera que las afirmaciones se quedaron en conjeturas y en pruebas aisladas, razón por la cual al no ser probado, el cargo será negado.

Expedición irregular y Falsa motivación.

No hay duda ni se cuestiona que el nombramiento de Flor Margy Malagón Ortiz era en provisionalidad, modalidad de vinculación que es legal como se lee del artículo 132 de la Ley Estatutaria de la Justicia, tampoco la hay respecto de que su reemplazo, el señor Julio Aldana, fue nombrado en la misma calidad.

La controversia gira entonces en torno a si el acto de retiro que es el demandado, debía ser motivado y si la motivación allí dispuesta puede entenderse como tal.

De acuerdo a la referencia legal y jurisprudencial de los acápites antecedentes, a partir de la Ley 909 de 2004, cualquier acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad debe ser motivado; para el caso de la carrera especial de la Fiscalía, tal obligación se hizo exigible por lo menos a partir del 18 de abril de 2007, fecha de la sentencia de exequibilidad condicionada de los artículo 70 y 73 de la Ley 938 de 2004, tal y como lo concretó la Sala con ponencia de este Despacho en sentencia de 12 de abril de 2012²⁹, al indicar:

“Bajo estos supuestos, estima la Sala que a partir del 18 de abril de 2007 fecha en que la Corte Constitucional profirió la sentencia parcialmente transcrita, el retiro del servicio de los empleados provisionales de la Fiscalía General de la Nación, debe darse mediante acto administrativo motivado, por razones del servicio, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida”.

En tratándose de la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación, la Subsección A³⁰, en sede de tutela el 2 de abril de 2013, analizó el alcance que la Sala Plena le dio a lo dispuesto en los artículos 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del Decreto 1227 de 2005, en sentencia de unificación de 23 de septiembre de 2010, de la siguiente manera:

“En otras palabras, no resulta incompatible con la Constitución ni con la ley que se entienda que el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad, aún los de la Procuraduría General de la Nación, deba realizarse mediante providencia que exprese las razones que justifiquen tal determinación. Antes bien, puede decirse

²⁹Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10278-01(1674-09), Actor: Álvaro Saray Rodríguez, Demandado: rama judicial – Fiscalía general de la Nación.

³⁰ Radicación número: 11001-03-15-000-2013-00195-00. Actor: Procuraduría General de la Nación. Demandado: Tribunal Administrativo del Meta.

razonablemente que a la luz del principio fundamental de estabilidad en el empleo que establece la Constitución (artículo 53), la garantía de motivación de los actos administrativos que establece la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, constituye un criterio obligatorio para interpretar debidamente los regímenes especiales de carrera, en cuanto al retiro de empleados en provisionalidad se refiere. Dicha garantía implica que ningún empleado en la situación administrativa descrita pueda ser removido del cargo que desempeña, sin conocer las razones de hecho y de derecho que llevaron a la administración a tomar tal determinación”.

En línea a los antecedentes descritos, no encuentra la Sala ningún argumento legal ni constitucional que la lleve a concluir que la obligación de motivar el acto de retiro de un provisional solo sea exigible respecto de aquellos nominadores que se rigen bajo las reglas previstas en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, y que excluya de esa obligación a los regímenes especiales que no han tenido control de constitucionalidad, por el contrario, la Sala considera que debe existir simetría legal cuando se trata de una misma situación fáctica y jurídica por lo que debe imperar ese criterio legal para todo el sistema de mérito en donde se desvincule a un funcionario que se encuentre en la situación administrativa de provisionalidad.

El concepto del nombramiento en provisionalidad es el mismo en todos los regímenes dado que se hace sobre un cargo que es de carrera, es decir, existe identidad material en todas las regulaciones, por ende, si la motivación del acto de retiro se hizo obligatoria a partir de la citada Ley 909 de 2004, volviendo más favorable el régimen general sobre aquellos especiales, sin duda este se debe aplicar a los regímenes que tienen su propia reglamentación de carrera como lo es entre otros, la rama judicial, para así equilibrar los derechos del servidor público y preservar diversos principios como la igualdad, favorabilidad, debido proceso y el *pro homine*.

A partir de la referida Ley 909 de 2004 entonces, la obligación es de carácter legal tal como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha dejado claro. Esta norma modificó como se vio, lo que antaño la misma ley de carrera administrativa preveía respecto de los nombrados en provisionalidad y que permitía su retiro sin motivación.

En ese orden de ideas, la primera premisa para resolver el caso propuesto es que el acto de retiro debía ser motivado porque la desvinculación de la señora Flor Margy Malagón se hizo después de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, que fue el 23 de septiembre de ese año y el acto de retiro fue expedido el 28 de octubre de 2005. Es necesario puntualizar que se aplica el régimen general como ya se dijo, para resguardar los principios enunciados y mantener la equidad jurídica.

Bajo ese entendido debe revisarse si la motivación del acto controvertido se puede tener como tal.

La Resolución No. 3348 de 28 de octubre de 2005, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la actora como Directora de la Unidad Administrativa de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a partir de noviembre 1º de 2005, contiene en su parte considerativa, la transcripción de los artículos 130 y 132 de la Ley 270 de 1996. A continuación señaló:

“Que a la luz de las normas antes referidas, cuando se trate de proveer un empleo de carrera, y la persona que lo vaya a ocupar no haya sido escogida de una lista de elegibles, por no existir, como ocurre para el caso de los cargos que conforman la plana de personal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, tal designación se efectuará en provisionalidad”.

Seguidamente, citó jurisprudencias de 5 de febrero de 2004, M.P. Tarsicio Cáceres Toro, de 12 de febrero de 2004, M.P. Ana Margarita Olaya y una de un Tribunal de

Descongestión, que apuntan a señalar que la situación del provisional se asemeja a la de un cargo de libre nombramiento y remoción y, por ende, sobre el mismo se puede ejercer la facultad discrecional, para resolver a reglón seguido, la declaratoria de insubsistencia de la actora.

Los considerandos citados de ninguna manera se pueden tener como una motivación para el caso que se examina. La explicación que aquí se reclama debe ser particular y concreta, esto es, señalar las razones fácticas y específicas por las cuales el nominador prescinde de los servicios de la funcionaria, para que de esta manera el juez pueda hacer un control efectivo de legalidad y no como allí se hizo, exponer con *obiter dicta*, de manera impersonal y abstracta una línea jurisprudencial. En resumen, en el *sub lite* no se argumentó nada en particular sobre la insubsistencia de la señora Flor Margy Malagón, por manera que la Sala lo tendrá como no motivado, en consecuencia, al ser expedido con posterioridad a Ley 909 de 2004 sin motivación, se incurre en una causal de nulidad que da lugar a la prosperidad del cargo propuesto, y por ende, se declarará la nulidad de la Resolución No. 3348 de 28 de octubre de 2005.

Sobre el restablecimiento del derecho.

Tal y como lo indica el artículo 132 de la Ley Estatutaria de la Justicia –Ley 270 de 1996- , en caso de vacancia definitiva el nombramiento en provisionalidad se hará hasta cuando se pueda hacer la designación por el sistema de mérito y en ningún caso debe superar los 6 meses.

La señora Flor Margy Malagón ocupó el cargo de Directora de la Unidad Administrativa de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en provisionalidad, desde el 15 de marzo de 2001 hasta el 1 de noviembre de 2005.

En el acervo probatorio se indicó por parte de la entidad demandada que estaba pendiente de realizar la lista de elegibles para el cargo, pero como no se tiene más información al respecto, esto es, si se nombró en el empleo a una persona que superó el concurso, el restablecimiento del derecho de la actora será conforme a las pautas que a continuación se señalan:

1. Si se proveyó el cargo por concurso no habrá lugar al reintegro de Flor Margy Malagón, y el pago de salarios y demás emolumentos dejados de devengarse se reconocerán y liquidarán hasta el momento en que se haya nombrado y posesionado por concurso a la persona que ocuparía el cargo de Director de la Unidad Administrativa de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.
2. Si a la fecha de la sentencia no se ha proveído el cargo mediante concurso de una lista de elegibles, se ordenará el reintegro sin solución de continuidad de la demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro hasta que se produzca su reintegro, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = R_h \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

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

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, el 26 de mayo de 2011, que negó las pretensiones

de la demanda formulada por FLOR MARGY MALAGÓN ORTÍZ contra La Nación, Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura.

En su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE LA NULIDAD de la Resolución No. 3348 de 28 de octubre de 2005, proferida por el Director Ejecutivo de Administración Judicial, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de FLOR MARGY MALAGÓN ORTÍZ como Directora de la Unidad Administrativa de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, **ORDÉNASE** a La Nación, Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, el reintegro de la actora conforme se señaló en la parte motiva de acuerdo a las siguientes pautas según si el cargo ha sido o no provisto por concurso:

-Si se proveyó el cargo por concurso no habrá lugar al reintegro de Flor Margy Malagón, y el pago de salarios y demás emolumentos dejados de devengar se reconocerán y liquidarán hasta el momento en que se haya nombrado y posesionado por concurso a la persona que ocuparía el cargo de Director de la Unidad Administrativa de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

-Si a la fecha de la sentencia no se ha proveído el cargo mediante concurso de una lista de elegibles, se ordenará el reintegro sin solución de continuidad de la demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior

jerarquía, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la fecha del retiro hasta que se produzca su reintegro, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

TERCERO: Las sumas que resulten a favor del actor se actualizarán en su valor, como lo ordena el artículo 178 del C.C.A., de conformidad con la fórmula y términos señalados en la parte considerativa.

CUARTO: Declárase para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios, entre la fecha del retiro y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo o la provisión del cargo por concurso.

QUINTO: A la sentencia se dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: NIÉGANSE, las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Reconócese a la doctora CLARA MARINA ALVARADO SUÁREZ, identificado con cédula de ciudadanía número 20951352 y Tarjeta Profesional No. 30530 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la demandante, en los términos y para los efectos del poder otorgado visible a folio 414.

Se acepta la renuncia del doctor JOSÉ ELVER BARBOSA HERNÁNDEZ, visible a folio 415, como apoderado de la demandante.

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.

GERARDO ARENAS MONSALVE

SANDRA LISETT IBARRA VÉLEZ
RINCÓN (e)
Impedida

ALFONSO VARGAS