



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO MIXTO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE MONTERÍA

Montería, septiembre (30) de septiembre del año dos mil veinte (2020)

SENTENCIA

Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Expediente N°: 23 001 33 31 005 2013 00018.
Demandante(s): Luis Armando Moreno Tapia
Demandado(s): Municipio de Tierralta
Vinculado: Diana del Rocío Tardecilla Torres

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por el señor Luis Amado Moreno Tapia, a través de apoderado, contra el Municipio De Tierralta.

I. ANTECEDENTES.

1. **Pretensiones.** En la demanda se elevaron las siguientes declaraciones y condenas:
 - 1.1. Que se declare la nulidad absoluta del Decreto N° 035 de enero 10 de 2012, suscrito por el Alcalde Municipal de Tierralta, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de señor Luis Amado Moreno Tapia del cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, de ese municipio.
 - 1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando u a otro de igual o mayor jerarquía dentro de la planta de personal del Municipio de Tierralta; así mismo, se condene al ente territorial accionado a pagar al demandante todas las sumas correspondientes a salarios, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por recreación, cesantías, intereses sobre las cesantías y las cotizaciones con destino al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, desde la fecha que se materializó la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reincorporado a su cargo, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia.
 - 1.3. Que se disponga que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados por el demandante.
 - 1.4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada; de igual forma se dé cumplimiento a la sentencia conforme a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.
2. **Hechos:** Se relata en la demanda que mediante Decreto N° 002 de enero 5 de 2009, el señor Luis Amado Moreno Tapia fue nombrado para ejercer el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, del municipio de Tierralta, cargo del cual tomó posesión el día catorce (14) del mismo mes y año.

Posteriormente, manifiesta que mediante Decreto N° 035 de enero 10 de 2012, el Alcalde Municipal de Tierralta declaró insubsistente el nombramiento del demandante como Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, del municipio de Tierralta.

Finalmente indica, que durante el tiempo que el actor ejerció el cargo le fueron pagados los siguientes emolumentos: prima de servicio, prima de navidad, prima vacacional, cesantías e intereses sobre la cesantías, sin embargo, le omitieron pagar dos (2) prestaciones adicionales que debe percibir todo empleado público de la rama ejecutiva, que son la bonificación por recreación y la bonificación por servicios prestados.

- 3. Fundamentos de Derecho:** La parte demandante estima como violadas las siguientes disposiciones: artículos 125 y 150 de la Constitución Política; artículo 5° de la ley 909 de 2004. Como concepto de la violación, indica que el argumento utilizado en el acto administrativo acusado, es decir, que el cargo de Líder de Programa Nivel Profesional Código 206 grado 01, es de libre nombramiento y remoción, se opone a la regla contemplada en el artículo 5 de la ley 909 de 2004, la cual regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, en la cual el Legislador depositó de manera detallada y precisa todas y cada una de las excepciones aplicables, así como el artículo 125 constitucional, relacionada con el principio de mérito y la carrera administrativa de los empleos públicos.

De igual forma expresó que el Legislador estableció para los empleos públicos los niveles administrativos nacionales y territoriales que son considerados de libre nombramiento y remoción, así mismo les señaló unos lineamientos o requisitos, los cuales para el cargo de Líder de Programa Nivel Profesional Código 206 grado 0, no aplicarían. Por lo que concluye que los argumentos del acto acusado contienen una falsa motivación.

Así mismo, indicó que tampoco es cierto el argumento referido al mejoramiento del servicio, toda vez que señala que el demandante ejerció su cargo de manera adecuada, cumpliendo con todas las funciones y obligaciones legales que le competían, además, de no obrar queja, reclamo o denuncia alguna relacionada con el desempeño de sus funciones, así como tampoco memorando o llamados de atención en su hoja de vida por el servicio prestado.

Finalmente, adujo que el régimen de prestaciones sociales de la rama ejecutiva del poder público está contemplado, entre otros en los Decretos 1042 y 1045 de 1978 y dentro de la que se encuentra contemplada la bonificación por servicios prestados, así como en el artículo 3 del Decreto 451 de 1984 se encuentra regulada la bonificación por recreación, por lo que alega que le asiste el derecho de reconocimiento y pago de las bonificaciones antes mencionadas, las cuales no fueron percibidas por el demandante mientras estuvo vinculado, y que la falta de reconocimiento de una de las prestaciones sociales afecta la base de liquidación de las prestaciones efectivamente pagadas.

II. TRÁMITE PROCESAL

- 1. Admisión de la demanda:** La demanda objeto del presente proceso correspondió por reparto al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Montería¹ y fue admitida mediante auto de fecha ocho (8) de agosto de 2012². Pero debido a la implementación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo PSAA13-9932 de junio 14 de dos mil trece (2013), dicho despacho remitió el proceso de la referencia a este Juzgado.

Por lo anterior, esta judicatura mediante auto de fecha doce (12) de julio de dos mil trece (2013)³, avocó el conocimiento y ordenó continuar con el trámite del proceso a partir de la etapa procesal en que venía. Posteriormente, se surtieron las etapas correspondientes y se dictó sentencia en el proceso de la referencia. Sin embargo, El Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante providencia de fecha 21 de noviembre de 2014⁴, advirtió una causal de nulidad saneable, en atención a que no fue vinculada al presente proceso a la señora Diana Roció Tordecilla Correa, razón por la cual procedió a ponerla en conocimiento, o a quien la hubiese remplazado, haciéndole saber que si dentro de los tres días siguientes a la notificación no alegaba la nulidad, esta quedaría saneada.

En ese sentido, la señora Tordecilla Correa, a través de apoderado presentó escrito solicitando la nulidad de todo lo actuado desde la notificación del auto admisorio⁵, razón por la cual, el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante providencia de fecha veinticuatro (24) de marzo de 2015⁶, declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio.

Así las cosas, mediante providencia de fecha diecinueve (19) de mayo de 2015⁷, se dictó auto de obedécese y cúmplase de la aludida providencia, y el doce (12) de junio de 2015⁸, se admitió el presente proceso contra el Municipio de Tierralta, y se ordenó la vinculación de la señora Diana Roció Tordecilla Correa.

¹ Fl. 106

² Fls. 95-96

³ Fl. 198

⁴ Fls. 15 y 16 del cuaderno de segunda instancia

⁵ Fls. 20 a 22 del cuaderno de segunda instancia

⁶ Fl. 26 cuaderno de segunda instancia

⁷ Fl. 250

⁸ Fl. 252

2. Contestación.

2.1. Municipio de Tierralta⁹: Señaló que los hechos 1, 2, 3, 7, 8, 9 y 10 son ciertos, que los hechos 5 y 6 no le constan, y el hecho 4 no es cierto. Respecto de las pretensiones, señaló que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad y fue expedido por el Alcalde del Municipio de Tierrita, en ejercicio de sus atribuciones legales, como es la de nombrar y remover a los empleados de sus dependencias, que se encuentra motivado, por lo que se cumplen con los requisitos exigidos para la declaratoria de insubsistencia del cargo que ocupaba el demandante.

2.2. Diana Roció Tordecilla Correa: No contestó la demanda.

3. Pruebas: Mediante auto de fecha dieciocho (18) de abril de 2018¹⁰, se abrió a pruebas en el presente proceso, por lo que se tuvieron como aportadas las pruebas allegadas con la demanda, y se decretaron las pruebas documentales y testimoniales solicitadas por la parte demandante. Posteriormente, llevó a cabo la audiencia de testimonio el día siete (7) de febrero de 2019¹¹.

4. Alegatos de Conclusión: Mediante auto de fecha el catorce (14) de febrero de 2019¹² proferido por esta Unidad Judicial, se precluyó el periodo probatorio y se corrió traslado común a las partes y Agente del Ministerio Público, por el termino de diez (10) días para que presenten sus alegatos de conclusión y rinda concepto, respectivamente.

5.1. Parte demandante: No se pronunció en esta etapa procesal

5.2. Parte demandada

5.2.1 Municipio de Tierralta: No se pronunció en esta etapa procesal.

5.2.2 Diana Roció Tordecilla Correa: No se pronunció en esta etapa procesal.

5.2.3. Ministerio Público: El señor Agente del Ministerio Público que actúa ante este Juzgado no se pronunció en esta etapa procesal.

6. Decisión: Tramitado el proceso sin que se observe causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir previas las siguientes;

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Problema Jurídico.

El problema jurídico que se debe resolver en esta sentencia se resume en la siguiente pregunta:

¿Determinar si en el proceso bajo estudio, el demandante señor Luis Armando Moreno Tapia, tiene derecho a ser reintegrado en el cargo que venía desempeñando en la entidad accionada u otro de igual o similar jerarquía, y en consecuencia el pago de sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar desde el retiro del servicio, o si por el contrario el acto administrativo fue expedido conforme al ordenamiento jurídico?

Para resolver el anterior planteamiento el Despacho estudiará los siguientes aspectos: a). Generalidades sobre el acceso a la función pública; b). Del deber de motivación de los actos de insubsistencia; c). Del vicio de infracción del acto administrativo relativo a la falsa motivación; y d). Estudio del caso concreto.

a) Generalidades sobre el acceso a la función pública.

El artículo 125 de la Constitución Política regula el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, estableciendo las modalidades de vinculación con el Estado. Por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado se proveen por medio del sistema de carrera, al cual se accede mediante concurso público de méritos. Igualmente, la Carta Política establece que en los casos en que la Constitución o la ley expresamente lo determinen, habrá cargos excluidos del régimen de carrera, entre los cuales se encuentran los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, y los demás que determine la ley.

Con base en lo anterior, excepcionalmente, los cargos de carrera podrán ser ocupados en provisionalidad. Dicha figura busca responder a las necesidades de personal de la

⁹ Fl. 273 a 274

¹⁰ Fl. 281

¹¹ Fl. 361

¹² Fl. 363

administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia. Sin embargo, dicha situación temporal no cambia la calidad o naturaleza del cargo que se ocupa, pues la circunstancia de hecho no tiene la disposición para cambiar una determinación legal.

Así las cosas, entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia. Dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, “Los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública¹³.”

Es importante aclarar que, respecto a la estabilidad relativa de los funcionarios nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, indica que, “[e]s reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”

b). Del deber de motivación de los actos de insubsistencia.

En providencia SU-556 DE 2014, la Corte Constitucional manifestó que como principio general y manifestación del Estado Social de Derecho, “*el principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, de manera que se eviten arbitrariedades y se permita su control efectivo*”. Dentro de ese propósito, se ha establecido que la Administración debe dar cuenta de las razones que justifican sus decisiones, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley. Pues señaló “*La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción*”.

Dicha postura que también fue asumida en sentencia SU-053 de 2015¹⁴, en la que se reiteró que los actos de retiro de los funcionarios que ejercen un cargo de carrera en provisionalidad deben ser motivados, con el fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa. Concretamente, señaló: “*De conformidad con los hechos, la Sala reitera lo tantas veces sostenido por la Corte Constitucional, en el sentido de que los actos de retiro de los funcionarios que ejercen un cargo de carrera en provisionalidad **deben ser motivados**, toda vez que dicha motivación posibilita el ejercicio del **derecho a la defensa**, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. De esa manera, desconocer tal deber conlleva una vulneración **del derecho fundamental al debido proceso**, y a la garantía de los principios de legalidad y publicidad instituidos en la Carta Política*

En ese orden de ideas la motivación de las decisiones administrativas está orientada a cumplir una serie de finalidades relacionadas con: i). El convencimiento de las partes y la eliminación de la arbitrariedad; ii). Es un reflejo del sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico; y iii). Se convierte en una de las formas de manifestación del principio de publicidad del artículo 209 superior, al permitir el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 2018. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU – 053 de 2015, Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.

*“En primer lugar, (...) la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. en la parte que consagra: “La función administrativa está al servicio de los intereses generales” y del artículo 123 en la parte que indica: “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar”.*¹⁵

Ahora, el Consejo de Estado, a raíz de la Ley 443 de 1998, consideró que no era necesario motivar los actos de insubsistencia de funcionarios que ocupaban en provisionalidad los cargos de carrera, dado que el acto de retiro era un ejercicio legítimo de la facultad discrecional del nominador. No obstante, a partir de la expedición de la sentencia del 23 de septiembre de 2010, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente con radicado interno: 0883-2008, varió su jurisprudencia en el sentido de exigir la motivación del acto administrativo que declare insubsistente a un servidor público que hubiese sido nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, conforme a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005. En esa medida, Indicó:

“(...) 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, 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).

*Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998 (...).”*¹⁶

Postura que fue reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 22 de marzo de 2018¹⁷, en la cual sostuvo que *“los actos administrativos de insubsistencia deben motivarse siempre que se ocupe un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, contrario a lo dispuesto frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, cuya designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador, todo esto como garantía del ejercicio pleno del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y en aras de evitar posibles arbitrariedades y excesos por parte del ente nominador”.*

En concordancia con los precedentes jurisprudenciales antes aludidos, al declarar insubsistente a uno de dichos funcionarios, deben darse a conocer las razones específicas que lleven a su desvinculación, las cuales han de responder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo, de manera que no se incurra en una violación del derecho a la estabilidad laboral del servidor público en provisionalidad y, en consecuencia, de su derecho al debido proceso.

c. Del vicio de infracción del acto administrativo relativo a la falsa motivación.

El inciso 2º del artículo 137 del C.P.A.C.A., que regula el medio de control de nulidad, establece que: *“(...) Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (...),* y por su parte el artículo 138 *ejusdem*, el cual establece el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dispone en la parte final del inciso 1º que *“(...) La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior (...).”*

¹⁵ Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU-556 de 2014, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁶ Sentencia del 23 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 22 de marzo de 2018, exp. nº 3660-2014, C.P. César Palomino Cortés.

En lo que respecta a la causal de nulidad de falsa motivación, el Consejo de Estado ha reiterado que *“En términos de la doctrina, la causal de “falsa motivación” puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión, pero el funcionario la expide sin que esos motivos se presenten, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos, como también en que los motivos invocados no han existido realmente, desde el punto de vista material o jurídico, caso en el cual se habla de inexistencia de los motivos invocados, de motivos erróneos o de error de hecho o de derecho en los motivos.”*¹⁸ De lo expuesto se concluye por parte del aludido tribunal que, mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo para la expedición del acto, la falsa motivación parte del supuesto de que el acto administrativo sí se motivó, pero de manera falsa, engañosa o, simplemente, con fundamento en hechos no probados. Ahora, específicamente en los actos administrativos de calificación de servicios se deben tener en cuenta los criterios legales y reglamentarios que están expresamente previstos para tal fin, como son el de calidad, eficiencia, organización del trabajo y publicaciones, lo cual puede dar dos resultados, uno positivo y otro negativo, el primero permitiría seguir en el cargo al empleado calificado, ya que superó el monto mínimo de calificación, y el segundo, la insubsistencia de éste, debido a que no superó los estándares mínimos establecidos para la permanencia en el cargo¹⁹.

En relación a lo expuesto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado también que la motivación consiste en la exposición de los motivos del acto administrativo de los hechos que la administración tiene en cuenta para dictarlo. En ese orden de ideas, resalta el citado cuerpo colegiado que para que tenga ocurrencia la causal de falsa motivación se requiere que: *“(…) i) se presente inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública, ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas, iii) el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) los motivos que sirven de fundamento al acto no justifican la decisión”*²⁰.

En virtud de lo anterior, esta causal se configura cuando para fundamentar y proferir el acto administrativo se exteriorizan razones engañosas, simuladas, y, por tanto, contrarias a la realidad. En ese sentido, la motivación de un acto administrativo implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, desde el punto de vista legal de convicción de los hechos, de calificación jurídica y apreciación razonable²¹.

c). Caso concreto.

En el *sub judice* se pretende que se declare la nulidad del Decreto No. 035 de 10 de enero de 2012, expedido por el representante legal del municipio de Tierralta a través del cual se declaró insubsistente al demandante en el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, y como restablecimiento del derecho se ordene su reintegro a un cargo igual, semejante o de superior categoría y remuneración al que desempeñaba en el momento en que fue retirado del servicio, y el consecuente pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, subsidios, bonificaciones, auxilio de cesantía, intereses de cesantías, dotaciones que se causen entre la fecha en que fue ilegalmente retirado del servicio hasta aquella en que fuere efectivamente reintegrado.

Es así que para decidir de fondo en el presente asunto, se procederá a resolver el problema jurídico planteado previamente.

PROBLEMA JURIDICO: *¿Determinar si en el proceso bajo estudio, el demandante señor Luis Armando Moreno Tapia, tiene derecho a ser reintegrado en el cargo que venía desempeñando en la entidad accionada u otro de igual o similar jerarquía, y en consecuencia el pago de sueldos y prestaciones sociales dejados de devengar desde el retiro del servicio, o si por el contrario el acto administrativo fue expedido conforme al ordenamiento jurídico?*

TESIS DEL DESPACHO: Encuentra esta Agencia Judicial que, de acuerdo a las pruebas obrantes en el expediente, la parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, al demostrar que hubo falsa motivación en el acto acusado y por ende es procedente la declaratoria de nulidad del mismo.

SUSTENTO: La tesis sostenida por el Despacho se sustenta en las razones que se explican a continuación:

¹⁸ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Milton Chaves García. Bogotá, D.C., Trece (13) De Agosto De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 08001-23-33-000-2012-00420-01(21358)

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C. P. Gerardo Arenas Monsalve, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015)

²⁰ Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López. Bogotá, D.C., Diecisiete (17) De Julio De Dos Mil Veinte (2020). Radicación Número: 76001-23-33-006-2014-01429-00

²¹ RIVADENEIRA BERMUDEZ, Rosember, Manual de Derecho Procesal Administrativo, 4ta. Edición, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Pg. 171

i). Hechos probados. Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

- a. Copia del Decreto No. 002 de fecha 05 de enero de 2009²², mediante el cual se nombró al señor Luis Amado Moreno Tapia en el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, del municipio de Tierralta.
- b. Copia del acta de posesión²³, de fecha 14 de enero de 2009, del señor Luis Amado Moreno Tapia en el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, del municipio de Tierralta, en provisionalidad.
- c. Certificación laboral y salarial suscrita por la Jefe de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Tierralta de fecha 13 de junio de 2018²⁴.
- d. Copia del Decreto No. 035 de 10 de enero de 2012²⁵, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del señor Luis Amado Moreno Tapia en el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, del municipio de Tierralta y se nombró en provisionalidad a la Señora Diana Roció Tordecilla Correa.
- e. Acto que crea el cargo de Profesional Universitario Administrador del Sice y portal único de contratación en el Municipio de Tierralta²⁶, e indica la misión, funciones, requisitos académicos, habilidades o competencias, y tiempo de labor del mismo.
- f. Copia del oficio fechado de 10 de enero de 2012²⁷, mediante el cual se comunicó al señor Luis Amado Moreno Tapia, que se declaró insubsistente el cargo que venía ejerciendo y que para su remplazo fue designada la Señora Diana Roció Tordecilla Correa, con fecha de recibido 13 de enero de 2012.
- g. Hoja de vida laboral del señor Luis Amado Moreno Tapia²⁸
- h. Hoja de vida laboral de la señora Diana Roció Tordecilla²⁹.
- i. Certificación de fecha 24 de julio de 2018³⁰, expedida por la Gerente de la Comisión Nacional del Servicio Civil donde consta que la Alcaldía de Tierralta del Departamento de Córdoba reportó mediante el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad –SIMO, tres (3) empleos denominados Líder de Programa, Grado 1, Código 206.
- j. Audiencia de Testimonio, llevada a cabo el día 7 de febrero de 2019 en donde el señor Hader Diaz Arcia manifestó lo siguiente:

“Preguntado: Durante el tiempo en que Luis Amado se desempeñó en el municipio de Tierralta en el cargo diga si tiene conocimiento si recibió llamados de atención o si fue objeto de quejas ciudadanas por la mala prestación del servicio. Contestó: Yo fui Secretario de Obras Públicas del municipio de Tierralta del 3 de enero de 2008 al 10 de octubre de 2010, donde fui su jefe inmediato, él se desempeñaba como líder del programa nivel profesional, como su jefe no tuve quejas, ni se le paso memorando, desempeñaba sus funciones tal como decía el manual de funciones de ese cargo. Ninguna comunidad interpuso queja u observaciones malas referentes a las funciones que él ejercía.”

ii). Análisis del Despacho. De conformidad con el material probatorio antes referido, en el proceso aparece acreditado que mediante Decreto No. 002 de enero 5 de 2009, el demandante fue nombrado en el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, del cual tomó posesión en provisionalidad el día 14 de enero de 2009.

Posteriormente, a través del Decreto No 035 de enero 10 de 2012, expedido por el representante legal del municipio de Tierralta fue declarado insubsistente del cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, acto acusado en el petitum, el cual se motivó de la siguiente forma:

(...)

- Que debido al cambio de Administración Municipal para el periodo 2012 - 2015, el Ejecutivo Municipal requiere nombrar su gabinete y equipo de trabajo que lo acompañarán durante el ejercicio de sus funciones para el cual fue elegido.
- Que el cargo de LIDER DE PROGRAMA, fue nombrado en provisionalidad y tiene funciones específicas según el manual de funciones de la Alcaldía Municipal para manejar la página WEB y SICE del Municipio de Tierralta, a través del decreto 002 de fecha 4 de febrero de 2008, un profesional en Ingeniera de Sistemas. Se verifica que este es de **libre nombramiento y remoción**.

²² Fl. 68-69

²³ Fl. 71

²⁴ Fl. 285

²⁵ Fl. 72

²⁶ Fl. 73-74

²⁷ Fl. 73

²⁸ Fls. Fl-28-73, 304-322

²⁹ Fl. 76-90, 286-303

³⁰ Fl. 327

- Que por ser este cargo **de libre nombramiento y remoción, y al no ser de carrera administrativa como lo regula la Ley 909 de 2004**, ni existir proceso de convocatoria ni proceso de selección a la fecha de expedición del presente decreto, se dará aplicación al artículo 41 de la precitada ley y sus decretos reglamentarios y demás normas aplicables y concordantes como forma de motivación de la actual decisión administrativa.
- Que dentro del mismo manual de funciones que rige la vinculación del personal de la administración municipal, se aprecia que se requiere de título de Ingeniero de Sistemas, cuya experiencia según el referido manual requiere mínimo de un año.
- Que el Alcalde, amparado en el artículo 315, numeral 2 del Literal D de la Constitución Nacional, nombrará en propiedad al funcionario que cumpla los requisitos legales para ocupar dicho cargo.
- Que revisada la hoja de vida presentada por la Ingeniera de Sistema DIANA ROCIO TORDECILLA CORREA, esta reúne los requisitos legales exigidos para ocupar el cargo en mención con las calidades y capacidad requeridas según el manual de funciones, exigidas para el desempeño del cargo.
- Que en mérito de lo antes expuesto...” (Negrillas del Despacho)

Observada la motivación del acto demandado por parte de la administración, es evidente que esta estuvo estructurada bajo el supuesto que el señor Luis Amado Moreno Tapia se desempeñaba en un cargo de libre nombramiento y remoción, por tal motivo era procedente la declaratoria de insubsistencia del nombramiento respectivo.

Ahora bien el Despacho debe advertir que el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, el cual era desempeñado por el accionante al momento de su desvinculación, se clasifica como un empleo de carrera, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política, pues el mismo no se encuentra enlistado en la denominación “**libre nombramiento y remoción**”, a que se refiere el numeral 2º del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, ni encuadra en los criterios estipulados en dicha norma; porque no se trata de un empleo cuyo ejercicio implique la adopción de políticas o directrices, ni la administración y el manejo directo de bienes o valores del Estado, tampoco pertenece a organismos de seguridad del Estado con funciones dirigidas a la protección y seguridad personal de servidores públicos, además dicho cargo no contempla funciones de asesoría en mesas directivas de las Asambleas y Concejos, ni tampoco es un empleo cuyo ejercicio impliquen especial confianza y tenga asignadas funciones de asesoría institucional.

De igual forma, sobre la naturaleza de que el cargo en precedencia sea de carrera se corrobora con la certificación de fecha 24 de julio de 2018, expedida por la Gerente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en donde consta que la Alcaldía de Tierralta del Departamento de Córdoba reportó mediante el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad –SIMO, tres (3) empleos denominados Líder de Programa, Grado 1, Código 206.

Definido que la naturaleza del cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, Grado 01, del Municipio de Tierralta, es un *empleo de carrera administrativa*, resta determinar si la motivación contenida en el acto de desvinculación es falsa, pues el acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse, so pena de configurar el vicio de falsa motivación que afecta su validez y que confluye en la nulidad del mismo.

Llegado a este punto, bajo los supuestos normativos y jurisprudenciales del Consejo de Estado previamente estudiados en el marco normativo y jurisprudencial de esta providencia, la competencia para la desvinculación del empleado de carrera es reglada, como quiera que debe motivarse el acto de retiro, por tanto corresponde al nominador explicar las razones de retiro del nombrado en provisionalidad. En ese sentido, revisada la motivación expuesta en el acto acusado, es claro que la misma no corresponde a la realidad no sólo porque inapropiadamente alteró la naturaleza del cargo desempeñado por el demandante, al sostener que pertenece a los de *libre nombramiento y remoción*, sino porque no se funda en ninguna de las causales establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Ahora, se tiene que ninguno de los eventos descritos por el legislador en la norma previamente citada hace referencia a la posibilidad de retirar al empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa, para que la “*nueva administración*” proceda a la designación de un gabinete o equipo de trabajo que lo acompañe durante su periodo de gobierno. Por el contrario, el inciso final del artículo 125 de la Constitución Política de Colombia en forma expresa contempla que “en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o **remoción**”.

Así mismo, se observa que dentro de la parte considerativa del acto administrativo cuestionado, amén de indicarse que el fundamento de la insubsistencia que se declara es que el cargo desempeñado por el demandante se consideró de libre nombramiento y remoción, en el numeral primero de ese mismo acto administrativo cuando se provee el reemplazo del actor se hace en provisionalidad indicando que por cumplir con mejores calidades técnicas la persona designada que el demandante. Lo anterior permite determinar aún más el errado proceder del ente accionado, pues, de una parte se motiva que el cargo aludido es de libre nombramiento y remoción y por otra parte se provee el mismo en provisionalidad, lo cual da cuenta que se tiene la convicción de que el cargo es de carrera administrativa y que se retiró en indebida forma una persona que lo desempeñaba.

Ahora, realizado un estudio de la hoja de vida del demandante, se puede observar que posee los requisitos para desempeñar el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, en el municipio de Tierralta, cuenta con grado de Ingeniero de Sistemas de Información³¹, igualmente con especialización en Gerencia de Proyectos³² adicional a ello participó en varios diplomados, seminarios y cursos en áreas relacionadas con su labor³³, además, del hecho, que conforme el testimonio del señor Hader Diaz Arcia, quien era el jefe inmediato del demandante, este siempre cumplió con sus funciones y nunca hubo quejas respecto del trabajo del mismo, lo que desde luego permite inferir la idoneidad para el buen desempeño en sus funciones y establecer la trayectoria laboral del actor dentro de la entidad, su capacidad y pericia para desempeñar el empleo. Del cotejo de esta hoja de vida con la de la persona que lo reemplazó se avizora que no cuenta con los mismos estudios académicos del demandante. Situación que permite determinar con claridad que la insubsistencia declarada en la persona del actor no fue igualmente para mejorar el servicio como se indica en el acto acusado.

Por lo que se permite concluir, que el Decreto N° 035 de enero 10 de 2012, suscrito por el Alcalde Municipal de Tierralta, contiene una falsa motivación en tanto el motivo expresado para declarar insubsistente el nombramiento del demandante no corresponde a la realidad³⁴, además infringe el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, al fundamentarse en un supuesto ajeno a los contemplados en la misma.

Así las cosas, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará el reintegro al servicio del accionante en un cargo de igual o superior categoría, se dispondrá el pago de todos los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de recibir correspondientes al cargo que venía ocupando junto con sus incrementos laborales causados entre el 14 de enero de 2012 - día siguiente al de la comunicación del retiro del servicio- y hasta la fecha de su reintegro, sin que exceda del - 14 de enero de 2014- como fecha máxima del cumplimiento de los veinticuatro meses siguientes a la fecha de retiro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.-. Lo anterior, de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia SU-556 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, y se declarará que para todos los efectos legales y prestacionales, no ha existido solución de continuidad.

En ese orden de ideas previa a las sumas que deben ser actualizadas, este Despacho respecto a la petición de reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados y de la bonificación por recreación, no accederá a las mismas, por cuanto no fueron reconocidas durante la relación laboral. Pues, el artículo 135 del C.C.A. señala que para que en la demanda se declare la nulidad de un acto administrativo y se le restablezca el derecho al actor, debe agotarse previamente la vía gubernativa. En cumplimiento de esa disposición le correspondía a la parte actora reclamar en la vía gubernativa las pretensiones que pretende hacer valer ante esta instancia judicial. Así lo manda el privilegio de la decisión previa conforme al cual, por regla general, la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado una decisión sobre la pretensión que se propone someter al juez. En el *sub judice*, el actor debió acreditar que las bonificaciones pretendidas fueron reclamadas en vía gubernativa, y demandar en caso de inconformidad la decisión de la administración. De conformidad con el expuesto se tiene que el actor no cumplió con el agotamiento de la vía gubernativa en relación con las bonificaciones antes enunciados, lo anterior conduce a que el Despacho se abstenga de pronunciarse sobre el particular.

³¹ Fl. 302

³² Fl. 34

³³ Fl. 38, 42-64

³⁴ Pertener el cargo a los de libre nombramiento y remoción

Así las cosas las sumas a pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente formula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

CONCLUSIÓN: La parte demandante logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, al demostrar que hubo falsa motivación en el acto acusado y por ende es procedente la declaratoria de nulidad y correspondiente restablecimiento del derecho.

Renuncia a poder. Observa el Despacho que a folios 341 a 347 del expediente obra memorial de fecha 13 de enero de 2020 en donde el apoderado de la parte demandada Municipio de Tierralta, abogado Jaime Arturo Hernández González, manifiesta que renuncia al poder que le fue conferido, anexando comunicación en tal sentido a la parte demandada. Al respecto, señala el artículo 69 del CPC, que la renuncia no pone término al poder ni a la sustitución, sino cinco días después de notificarse por estado el auto que la admita, y se haga saber al poderdante o sustituidor por telegrama dirigido a la dirección denunciada para recibir notificaciones personales. Así las cosas, como quiera que la renuncia presentada por el apoderado de la parte demandada cumple con los requisitos señalados en la norma, se tendrá por surtida la misma.

COSTAS: Atendiendo los factores previstos en el artículo 171 del C.C.A., reformado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, no hay lugar a condenar en costas a la parte demandante, por cuando de la conducta asumida por ésta en el desarrollo del proceso, no se observó que fuera dilatoria.

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

FALLA

PRIMERO: Declárese la nulidad del Decreto N° 035 de enero 10 de 2012, suscrito por el Alcalde Municipal de Tierralta, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Luis Amado Moreno Tapia, en el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado 01, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordenase el reintegro del actor, señor Luis Amado Moreno Tapia en el cargo de Líder de Programa, Nivel Profesional, Código 206, grado, 01 del Municipio de Tierralta, o a otro de igual o superior jerarquía y remuneración en dicho municipio.

TERCERO: Condenase al Municipio de Tierralta a pagar al accionante todos los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir entre el 14 de enero de 2012 - día siguiente al de la comunicación del retiro del servicio- y hasta la fecha de su reintegro, sin que exceda del - 14 de enero de 2014, como fecha máxima del cumplimiento de los veinticuatro meses siguientes a la fecha de retiro, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, lo anterior de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia. Las sumas a pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente formula:

$$R = RH \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta

providencia, por el índice inicial vigente a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

CUARTO: Declárase para todos los efectos que no existió solución de continuidad durante el lapso comprendido entre el retiro y el reintegro del señor Luis Amado Moreno Tapia.

QUINTO: La entidad condenada dará aplicación para el cumplimiento de esta sentencia, a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

SEXTO: Si la presente providencia no fuere apelada, désele cumplimiento al artículo 184 del C.C.A.

SEPTIMO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Téngase por surtida la renuncia al poder presentada por el apoderado de la parte demandada municipio de Tierralta, abogado Jaime Arturo Hernández González obrante a folios 341 a 347 del expediente, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: No hay condena en costas.

DECIMO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ ELENA PETRO ESPITIA
Juez