



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, seis (6) de abril de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
RADICADO: 70-001-33-33-009-2013-00081-01
DEMANDANTE: DAMARIS ESTHER MERLANO MEDRANO.
DEMANDADO: NACIÓN- RAMA JUDICIAL-DIRECCIÓN
EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.
MAG. PONENTE: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada contra la sentencia proferida el 27 de junio de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda de manera parcial.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

La señora **DAMARIS ESTHER MERLANO MEDRANO** por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formuló demanda, solicitando la **declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1317 del 03 de diciembre de 2012**, por medio de la cual fue declarada insubsistente en el cargo de Asistente Administrativo Grado 06 de la Seccional de Administración Judicial de Sucre.

A título de restablecimiento del derecho, persigue que se ordene a la entidad demandada su reintegro a un cargo de igual o superior categoría, se realice el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir y de los perjuicios morales causados, se condene a la entidad demandada a dar

¹ Folios 1-49

cumplimiento al fallo dentro del término previsto por la ley y se condene en costas a la parte demandada.

Como **fundamentos fácticos**, en la demanda afirmó que:

Por Resolución No. 500 del 1 de octubre de 2010 la señora DAMARIS MERLANO fue nombrada en el cargo de Asistente Administrativo, Grado 06 de la Seccional de Administración Judicial de Sucre, tomando posesión el mismo día.

Nunca recibió llamados de atención, cumpliendo con las funciones asignadas a su cargo.

La actora se vio sometida a una persecución laboral a través de asignaciones de funciones a desempeñar, a través de las Resoluciones 551 del 28 de febrero de 2012 y la Resolución No, 6487 del 13 de marzo de 2012, asimismo, fue objeto de persecución sindical, como quiera que se encontraba vinculada al sindicato de la Rama Judicial y precisamente para la época en que fue desvinculada, participó en una jornada de cese de actividades de los empleados de la Rama Judicial con el objetivo de lograr la nivelación salarial de la Ley 4 de 1992.

Como consecuencia de la persecución laboral y sindical, por medio de la Resolución No. 1317 del 3 de diciembre de 2012 fue declarada insubsistente del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, acto administrativo que no expone las razones del retiro, siendo un sujeto del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada por ser mujer en estado de embarazo y en maternidad.

Mediante Oficio DESAJS-12-1741 del 3 de diciembre de 2012, la señora DAMARIS MERLANO fue notificada del Resolución No. 1317 del 3 de diciembre de 2012.

La verdadera razón del retiro fue la persecución laboral y sindical en contra de la actora, desvinculación que le trajo afecciones en su vida afectiva, económica, social y de salud, deteriorándose su relación familiar y social.

Como **normas violadas**, señaló los artículos 1, 2, 5, 13, 25, 39, 42, 43, 44, 46, 48, 50, 53, 55, 85, 95, 121, 122, 123, 125, 127 y 209 de la Constitución Política.

En el **concepto de violación**, se estimó que se incurrió en infracción y violación de la Ley, por lo que, la Resolución No. 1317 de fecha 03 de diciembre de 2012, debe ser declarada nula y por ende retirada del ordenamiento jurídico, debido a que no tiene ningún tipo de motivación fáctica, ni jurídica.

Sostuvo que por ser la carrera judicial de carácter especial, tiene disposiciones que le son aplicables a ella de manera preferencial a las de la Ley 909 de 2004, no obstante, se tiene que ante vacíos normativos en la Ley 270 de 1996 se debe hacer remisión expresa a la Ley de Carrera Administrativa General (Ley 909 de 2004), aunado a lo anterior la carrera judicial tiene un órgano autónomo e independiente, encargado de su administración y dirección como lo es, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura según el art. 85 ley 270 de 1996.

Conforme al principio del derecho que cuando las normas son claras no hay lugar a interpretación, la norma referida de la Ley 270 de 1996, prevé solo como de libre nombramiento y remoción los cargos descritos en el inciso 4 del artículo 130 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, indicando que el de la actora no es de dicha naturaleza.

Asimismo, indicó que se incurrió en desviación de poder, puesto que con la expedición del acto demandado no se persiguió el mejoramiento del servicio de la administración de justicia, sino que respondió a caprichos de la Administración y la persona designada en su remplazo no era la más indicada para cumplir con el cargo y la señora DAMARIS MERLANO, nunca recibió llamados de atención, agregando que se vulneró la protección laboral reforzada de la actora por su estado de maternidad y el derecho a la libre asociación sindical y prohibición de la no persecución sindical

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA²

La RAMA JUDICIAL contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones de la demanda, alegando que a la actora se le hicieron varios llamados de atención por escrito en razón del incumplimiento de sus funciones, como consta en los oficios del 2 de febrero de 2012, 22 de mayo de 2012, 16 de abril de 2012, 8 de mayo de 2012, correos electrónicos internos donde se le

² Folios 97-104.

hacen llamados de atención y solicitudes respecto de sus funciones y en el oficio del 18 de octubre de 2012.

Expresó que no era cierta la existencia de persecución laboral, que afectara el normal desarrollo de su estado de embarazo, manifestando que las funciones asignadas eran del resorte de su cargo, siendo ello, una afirmación subjetiva y sin prueba del apoderado de la actora, como tampoco era cierto la persecución sindical alegada, puesto que la expedición de la Resolución No. 1317 de diciembre 3 de 2012, obedeció al reiterado incumplimiento de las funciones del cargo por parte de la demandante.

Expuso que la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sucre, mediante acto administrativo contenido en la Resolución No. 025 del 17 de enero de 2012, procedió a motivar la declaratoria de insubsistencia realizada a la señora DAMARIS MERLANO MEDRANO, para lo cual, ciñéndose a la Ley 1437 de 2011, surtió el trámite de notificación de la Resolución No. 025 de 2013, así: i) el 18 de enero de 2013, se expidió la citación para notificación personal, llevándosele el mismo a la dirección registrada en la hoja de vida de la actora, y según constancia escrita por parte del notificador de la DSAJ Sincelejo, la mencionada señora ya no habita en ese inmueble; ii) la DSAJ Sincelejo, expidió el aviso para que se surtiera la citación para notificación personal; iii) la DSAJ Sincelejo procedió a hacer la notificación por aviso a la señora MERLANO, quedando así surtida la notificación de la Resolución.

Frente al acto de declaratoria de insubsistencia, sostuvo que obedeció al incumplimiento reiterado de sus funciones y dicho acto, fue motivado posteriormente, por la Resolución No. 025 de 17 de enero de 2013 y que no obedeció a una subjetividad y mucho menos fue ilegal, pues la misma tuvo fundamento en los distintos llamados de atención e incumplimiento constante de funciones con ocasión del ejercicio del cargo que desempeñaba

Finalmente, resaltó que no fueron demandados todos los actos administrativos que conllevaron a la declaratoria de insubsistencia, pues debió acusarse también la Resolución No. 025 de 17 de enero de 2013, por medio de la cual se motivó la declaratoria de insubsistencia de la actora.

Por último, propuso las excepciones de inepta demanda, falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y caducidad de la acción.

1.3. ACTUACION PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

Audiencia inicial: Se realizó el 24 de octubre de 2013, diligencia en la cual el A quo resolvió las excepciones previas formuladas por la parte demandada, siendo negadas, decisión contra la cual la Rama Judicial formuló recurso de apelación, el cual fue resuelto por el Despacho del Magistrado Moisés Rodríguez Pérez, en auto del 22 de noviembre de 2013, quien confirma la decisión del A quo, en lo relativo a declarar no probada la excepción de inepta demanda³, señalando que el acto contenido en la Resolución No. 025 de 2013 y que alega la entidad accionada debió ser igualmente objeto de demanda, no le fue notificado a la parte demandada, cercenándole la posibilidad a la demandante de conocer la existencia de un acto administrativo emitido en su nombre, razón por la cual debe entenderse que no tenía por qué demandar la actora el acto aludido por cuanto era de su total desconocimiento, presentándose indebida notificación del mismo, pues este nunca fue notificado, siendo que el demandante solo pudo conocer dicho acto cuando se dio contestación a la demanda, luego que se le corriera traslado respectivo para contestar las excepciones.

Resuelto lo anterior por el Tribunal, el Juzgado de Primera instancia, continúa con la audiencia inicial el 5 de marzo de 2014, la cual culmina con la fijación de fecha para audiencia de pruebas el 7 de mayo de 2014. Llegada dicha fecha⁴, se evacua las pruebas testimoniales decretadas en la audiencia inicial y al finalizar, dando aplicación al artículo 181 incisa final, se ordena correr traslado por escrito a las partes y concepto del Ministerio Público, dictando sentencia por fuera de audiencia, la cual fue notificada conforme el artículo 203 de la Ley 1437 de 2011 y contra la cual, ambas partes formularon recurso de apelación.

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵.

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, declaró la nulidad de la Resolución No. 1317 del 3 de diciembre de 2012, por medio de la cual se declaró insubsistente a la actora. Consecuencia de lo anterior, ordenó su reintegro al cargo y el pago del equivalente a los salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir desde la desvinculación hasta el

³ Ver cuaderno de recurso de apelación excepciones.

⁴ Folio 278-280.

⁵ Folios 309-321.

momento de la sentencia, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni exceda de veinticuatro (24) meses de salario.

Para el efecto, el Juzgado de Primera Instancia, señaló que no puede presumirse que la desvinculación obedeció a la maternidad, pues el retiro se dio tiempo después de haber fenecido la protección por la que estuvo cobijada durante la licencia de maternidad y el periodo de lactancia; así mismo, no se evidenciaba prueba de que existió desviación del poder y persecución por parte de alguno de los funcionarios que ocuparon el cargo de Director Seccional de Administración Judicial, por tanto este cargo no está llamado a prosperar.

En relación con la asignación de excesivas funciones por parte de la Dirección Seccional de Administración Judicial, dijo que al expediente se allegó copia del Acuerdo No. PSA 09-6203 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través del cual se determina la estructura operativa de las Direcciones Seccionales de Administración Judicial, las funciones de la Dirección seccional, del Director Seccional y de cada una de las áreas, así como también estableció los requisitos mínimos para el desempeño de los cargos.

El artículo 9º del acuerdo citado, dispuso que los cargos de técnicos, asistentes y auxiliares apoyan la función de las áreas, grupos y oficinas adscritas a la Dirección Seccional de Administración Judicial que así lo requieran, según la distribución que realice el Director Ejecutivo Seccional, conforme con las necesidades de cada dependencia, incluyendo en el listado el cargo de Asistente Administrativo Grado 06, por lo anterior, se entiende que el Director Seccional se encontraba habilitado para realizar la asignación de funciones, de acuerdo con las necesidades del servicio, sin que ello pueda considerarse como persecución laboral.

De otra parte, en cuanto a los llamados de atención a que se refiere la parte demandada, se escucharon declaraciones de terceros, entre ellas las de quienes ocupaban cargos de Jefe de Oficina Judicial y Jefe de la Oficina Administrativa Financiera para la época de los hechos, coincidiendo ambos, en que la actora no cumplía con las funciones propias de su cargo, agregando que del análisis de pruebas documentales y testimoniales acopiadas, se concluye que las razones el cargo de desviación de poder tampoco está

llamado a ser acogido; así como tampoco la existencia de la persecución laboral alegada por la actora.

Por último, el A quo, expresó que la Resolución No. 1317 de 3 de diciembre de 2012 se encontraba viciada de nulidad, por cuanto no fue motivada en debida forma, esto es, no se hicieron consideraciones específicas en torno a las razones por las cuales la labor desempeñada por la actora afectaba la prestación del servicio, haciendo necesario adoptar la decisión de separarla del cargo para lograr el mejoramiento del mismo, porque la potestad de declarar insubsistente es reglada y por tanto debía obedecer a criterios objetivos, proporcionales y razonables, debiendo tener un mínimo de motivación justificable, a fin de respetar las normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración. Ello, por cuanto al tratarse de un cargo de carrera provisto en provisionalidad, correspondía a la administración declarar la insubsistencia mediante acto motivado.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN

En oportunidad, ambas partes formularon recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, así:

Parte demandante⁶⁶:

La parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que el H. Tribunal Administrativo de Sucre confirme la declaratoria de nulidad del acto acusado y el correspondiente restablecimiento del derecho, no obstante formula su reparo solicitando se concedan los perjuicios morales que fueron solicitados en la demanda.

Para el efecto, afirmó que el H. Consejo de Estado ha establecido la posibilidad de reclamar el pago de perjuicios morales en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, considerando que están dados los presupuestos legales para la prosperidad de las pretensiones formuladas por la demandante, en cuanto a los perjuicios morales, toda vez que a través de testimonios se probó la existencia del daño sufrido por la señora Damaris Merlano y su núcleo familiar.

⁶⁶ Folios 326 a 336.

De otra parte, expresó desacuerdo en lo relativo a pagar solamente a la actora a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta el momento de la sentencia, sin que la suma a pagar por la indemnización sea inferior a seis (6) meses, ni exceda veinticuatro (24) meses de salario, considerando que la indemnización se extender desde el momento de su desvinculación hasta la fecha de su reintegro y no limitada a los 24 meses como se expuso en la sentencia.

-Parte demandada⁷:

La parte demandada presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, mostrando desacuerdo con la totalidad de la decisión adoptada, considerando que a la accionante no le asiste el derecho de solicitar la declaratoria de nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 1317 del 03 de diciembre del 2012, por la cual se declaró insubsistente del cargo que ostentaba, ello en razón a que la entidad accionada expidió la Resolución No. 025 del 17 de enero de 2013, por la cual se motivó la declaratoria de insubsistencia de la hoy demandante, siendo notificada por conducta concluyente, lo que desvirtúa lo expresado por el Juez de primera instancia en el contenido de manifestar que: *"(...) es evidente que la resolución No. 1317 del 03 de diciembre de 2012 se encuentra viciada de nulidad, por cuanto no fue motivada en debida forma, esto es, no hizo consideraciones específicas en torno a las razones por las cuales la labor desempeñada por la actora afectaba la prestación del servicio, haciendo necesario adoptar la decisión de separarla del cargo para lograr el mejoramiento del mismo"*.

Expresó en su recurso que, la Dirección de Administración Judicial Seccional Sucre, siendo respetuosa de la jurisprudencia que versa acerca de la declaratoria de insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad, procede a motivar el Acto Administrativo de tal declaratoria, notificándose a la señora Damaris Merlano mediante conducta concluyente, es decir, le asistía la obligación de demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto de conformidad con lo consagrado en la ley 1437 de 2011.

⁷ Folios 337-342.

Dijo en consecuencia que el Juez de primera instancia yerra al momento de proferir la sentencia que declara la nulidad de la Resolución No. 1317 de 03 de diciembre de 2012 por carecer la misma de motivación, siendo que la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sucre expidió la Resolución No. 025 de 2013, la cual motiva la decisión de declarar insubsistente a la señora Damaris Merlano Medrano, lo que conlleva a una inepta demanda al no acusarse la legalidad de la resolución No. 025 de 2013, la cual fue notificada a la demandante por medio de conducta concluyente.

De igual forma, se considera que ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad de que trata el artículo 138 de la ley 1437 de 2011, en razón a que la actora contaba con el término de cuatro (4) meses desde el momento en que operó la notificación por conducta concluyente del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 025 de 2013, por la cual se motivó la declaratoria de insubsistencia de la hoy demandante.

1.5. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁸.

Admitido el recurso por el Tribunal, en firme dicho auto se ordenó correr traslado para alegar. Posteriormente se reconoce el impedimento de la Dra. Silvia Rosa Escudero Barboza y se ordenó la integración de la Sala de Decisión con la Dra. Tulia Isabel Jarava Cárdenas.

En la etapa de alegaciones, solo se pronunció la parte demandante, reiterando los argumentos mencionados en el recurso de apelación, señalando que se encuentran plenamente demostrados los perjuicios morales sufridos por la señora Damaris Merlano Medrano junto a su núcleo familiar producto del retiro ilegal sufrido.

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA. El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y

⁸ 1-49 cuaderno de segunda instancia

Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.1. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Conforme la fijación del litigio realizada en primera instancia, el acto demandado, lo constituye, la **Resolución No. 1317 del 03 de diciembre de 2012**, por medio de la cual fue declarada insubsistente la señora DAMARIS ESTHER MERLANO MEDRANO del cargo de Asistente Administrativo Grado 06 de la Seccional de Administración Judicial de Sucre.

2.2. CUESTION PREVIA. CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL ALEGADA POR LA DEMANDADA. No configuración.

Previo a desatar la Litis en esta instancia, el Tribunal estima pertinente dejar en evidencia que en el presente asunto, conforme el acto objeto de enjuiciamiento judicial no se configuró la caducidad del medio de control, veamos:

La jurisprudencia ha señalado que, *"el presupuesto procesal de caducidad es entendido como aquel "fenómeno cuya ocurrencia depende del cumplimiento del término perentorio establecido para ejercer las acciones ante la jurisdicción derivadas de los actos, hechos, omisiones u operaciones de la administración, sin que se haya ejercido el derecho de acción por parte del interesado. De lo anterior se concluye que la caducidad ocurre por la inactividad de quien tiene el deber de demandar en el tiempo permitido para hacerlo, para no perder el derecho de ejercer la acción, lo cual no genera un pronunciamiento de fondo por parte de las autoridades judiciales"*⁹.

En consonancia con lo anotado, tenemos que de acuerdo al numeral 2, literal d, del artículo 164 del CPACA, la oportunidad para presentar la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, es de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso.

En el sub examine, el acto demandado, Resolución 1317 del 03 de diciembre de 2012 fue notificada el 3 de diciembre de 2012, por lo cual los 4 meses para el ejercicio oportuno del medio de control, corrieron entre el 4 de

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Expediente 1201-08. C.P Dra. Bertha Lucia Ramírez de Páez

diciembre de 2012 al 4 de abril de 2013; periodo que se vio suspendido por la radicación de la solicitud de conciliación pre judicial ante la Procuraría 103 Judicial I para asuntos administrativo, desde el 8 de marzo de 2013, hasta el 11 de abril de 2013, cuando se celebró la audiencia y se entregó la constancia de no conciliación.

Cuando se presentó la solicitud de conciliación prejudicial, le restaban por cumplir 26 días de los 4 meses del plazo para ejercer la demanda.

En tal orden, el plazo suspendido retomó su conteo el 12 de abril de 2013 y la demanda se presentó el 26 de abril de 2013, lo cual muestra que su ejercicio fue en término, por lo que no se comparte el argumento de la caducidad traído por la parte demandada en el recurso de apelación.

2.4. PROBLEMA JURÍDICO.

Acorde con los reparos formulados por cada una de las partes en contra de la sentencia de primera instancia, debe la Sala establecer, si la declaratoria de insubsistencia de la actora, quien ocupaba un cargo de carrera designada mediante nombramiento en provisionalidad fue realizada de acuerdo a las normas legales vigentes, o se encuentra viciada de nulidad por falta de motivación - infracción a la ley.

Determinado lo anterior, en caso de ser positiva la respuesta, se procederá al estudio de los reparos formulados por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia, relativos a la condena por perjuicios morales y a la limitación en la indemnización concedida por parte del A quo.

2.4.1. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL.

I. DE LA PROVISIÓN DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL.

El acceso a la función pública, por mandato constitucional del artículo 125, viene por generalidad marcado por el mérito. Ahora bien, dentro de las relaciones públicas laborales, se pueden presentar determinadas situaciones administrativas, sea vacantes o transitorias, que permiten que ante las necesidades del servicio, la forma de provisión del cargo sea temporal, pero sin desconocer el requisito del mérito.

Dentro de ellas, encontramos, el nombramiento en provisionalidad, que procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa¹⁰; y cuando el cargo no pueda ser provisto mediante encargo con empleados de carrera administrativa¹¹.

Para los **empleos de carrera judicial** la ley contempla los nombramientos en propiedad, en provisionalidad o en encargo. El nombramiento en propiedad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente (desde el punto de vista de la carrera) y la persona haya superado las etapas del proceso de selección; también se aplica en caso de traslado.

El **nombramiento en provisionalidad** se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente (desde el punto de vista de la carrera) hasta que se pueda hacer la designación por el sistema de concurso (lo que hace relación a la facultad nominadora y no al derecho de permanencia del nombrado en esta condición); dicho nombramiento no puede exceder de seis meses. También opera en caso de vacancia temporal, cuando no se hace el nombramiento por encargo o esta clase de vacancia sea superior a un mes.

El nombramiento en encargo se realiza en un funcionario o empleado que se desempeñe otro cargo en propiedad, cuando las necesidades del servicio lo exijan, hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual. Al vencer este término, se procederá al nombramiento en propiedad o provisional, según sea el caso.

Lo anterior conforme, lo establecido en el artículo 132 de La Ley 270 Estatutaria de la Administración de Justicia en su artículo 132, así:

“ARTÍCULO 132. FORMAS DE PROVISIÓN DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

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.

¹⁰ Sin perder de vista que en todo caso se trata de una forma de provisión transitoria.

¹¹ Ver artículo 25 de la ley 909 de 2004.

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. En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.

3. En encargo. El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad. Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.

PARÁGRAFO. Cuando la autoridad que deba efectuar el nombramiento se encuentre en vacaciones, la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional, designará un encargado mientras se provee la vacante por el competente, a quien dará aviso inmediato.”

Como se observa, el nombramiento se realiza en provisionalidad cuando el cargo de carrera se encuentra en vacancia definitiva o temporal.

II. DE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO DE INSUBSISTENCIA DEL SERVIDOR QUE OCUPA UN CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD.

La motivación es la declaración de hecho y de derecho en función de las cuales se ha expedido el acto administrativo, los cuales permiten determinar la legitimidad y oportunidad de la decisión, por ello, la ausencia de motivación conlleva vicio de forma, cuando quiera que el mismo, lo deba ser, pues ello, permite determinar la justificación del comportamiento jurídico administrativo adoptada en la decisión.

El motivo como elemento del acto administrativo, hace referencia a la teoría de la causa, como el móvil y motivo determinante de la realización del acto administrativo, y básica para garantizar el debido proceso y la defensa de las personas relacionadas con la administración¹²

La motivación debe ser concomitante al acto, no obstante la doctrina ha señalado, que por excepción puede admitirse la motivación previa, si ella surge de informes y dictámenes que sean invocados y comunicados o *in aliunde* como también, se admite la notificación contextual o integrativa que

¹² SANTOFINIO BOTERO, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Universidad Externado de Colombia, pagina 543. Edición 2017.

responde al principio de la unidad del expediente y por la cual, la fundamentación del acto administrativo se puede integrar con informes y antecedentes que con fuerza de convicción obren en las actuaciones administrativas, agregando que el vicio de falta de motivación puede subsanarse excepcionalmente por una motivación ulterior, siempre que sea suficientemente razonada y desarrollada¹³.

Al respecto, sobre los motivos del acto, el Tribunal Supremo de lo C. A., en sede de tutela ha expresado que:

"Como se sabe, el motivo del acto administrativo tiene que ver con los hechos que la administración tiene en cuenta para dictarlo. La exposición de esos motivos se conoce como motivación.

La motivación del acto administrativo puede ser previa, concomitante o posterior. Es previa o remitida cuando la administración no se extiende en exponer los hechos, sino que remite a la actuación, a lo previo, como cuando dice: "con fundamento en la prueba que obra en el folio 20 del expediente...tómese esta decisión...". Por su parte, la motivación concomitante sucede cuando la administración expone ahora y de forma completa las razones tanto fácticas como jurídicas para tomar la decisión. La motivación posterior, a su turno, ocurre cuando la administración revela los motivos después de haber dictado el acto, como cuando por peticiones especiales o por órdenes judiciales así lo hace.

Ahora, la exigencia de que el acto administrativo sea motivado es un problema de forma del acto. Cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, por lo menos, en forma sumaria en el texto del acto administrativo, se está condicionando el modo de expedirse, esto es, la forma del acto administrativo, tal como ocurre con el artículo 35 del Decreto 01 de 1984⁹ (en igual sentido puede verse el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011), que exige que los actos administrativos de contenido particular y concreto se expidan con una motivación, al menos, en forma sucinta, esto es, breve, pero sustancial. La falta de motivación, entonces, es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente.

La falsa motivación es una causal independiente y autónoma, en la medida en que alude a los hechos del caso y a la prueba. En efecto, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Por lo tanto, para que la pretensión de nulidad de un acto administrativo por falsa motivación prospere, se debe demostrar (I) que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no se probaron en la actuación administrativa o (II) que la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si se hubiesen considerado habrían modificado sustancialmente la decisión.

¹³ DROMI, Roberto. Derecho administrativo. 12ª Edición 2009. Página 261. Editorial Hispania Libros y Ciudad Argentina.

En conclusión, mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo, 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”¹⁴,¹⁵

Sobre el retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, en sentencia del 18 de marzo de 2015, El H. Consejo de Estado haciendo recuento sobre su postura, y con fundamento en el párrafo segundo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004¹⁶, señaló, la necesidad de su motivación cuando se trata de empleados o funcionarios nombrados en provisionalidad, sin importar si pertenecen a la carrera general o a carreras especiales”¹⁷, expresando que:

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 esa misma óptica, la Corte Constitucional, en diversas sentencias de las cuales es plausible rescatar la sentencia SU-917/10¹⁸ y T -1083 de 2012, ha

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECCION CUARTA. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04126-00 (AC). Sentencia del 29 de abril de 2015. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SECCION CUARTA. Expediente No. Radicación número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326). C.P. MILTON CHAVEZ GARCÍA.

¹⁶ **“Párrafo 2º.** Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado”

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, EXPEDIENTE No. 250002325000200602680-02. NUMERO INTERNO 2698-2011. C. P. Gerardo Arenas M. En el mismo criterio, ver CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “A”, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Actor: María Vialo Del Socorro García Castañeda, Demandado: Municipio de Puerto Berrío, Hospital De La Cruz, Radicación: 05001-23-31-000-2005-01435-01 (0451-11).

¹⁸ “La Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, **pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión**”. Se pueden revisar asimismo, las siguientes providencias de la Corte Constitucional, sentencia T-800 de 1998, T 610 de 2003, T 884 de 2010, SU 691 de 2011. En la Sentencia T- 360 de 2015, la Corte Constitucional, se reitera y expresa: “Para la Corte, 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. Dicho acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas. La inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo”

delineado un precedente fuerte y sólido sobre la motivación de los actos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad, señalando que su situación no es asimilable a los empleados de libre nombramiento y remoción y por ende, su retiro del servicio no obedece a la discrecionalidad del nominador, sino que es reglada y consecuentemente su acto de desvinculación por declaratoria de insubsistencia, motivado; motivación que consiste en la garantía de la expresión de los motivos de su insubsistencia, pero aclarando que su estabilidad no deviene de la aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

En tal sentido, la desvinculación de un empleado designado en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera, su retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia obedece a un acto motivado¹⁹ en hechos, razones ciertas, objetivas y reales, que permitan delimitar la justificación del retiro del empleado.

Así entonces, se llega a la conclusión que el nombramiento de la persona designada en provisionalidad, que si bien no accede al servicio o función pública por medio de concurso, esta signado para suplir transitoriedades de cargos que pertenecen al sistema de carrera, razón que conduce como se apreció a que la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado, señalen que, la desvinculación de un empleado en provisionalidad ocupando cargo de carrera, su retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia obedece a un acto motivado²⁰.

Resta señalar que los artículos 137 y 138²¹ de la Ley 1437 de 2011, determinan como causal de nulidad de los actos administrativos, los eventos siguientes: i) cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, ii) o sin competencia, iii) o en forma irregular, iv) o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, v) o mediante falsa motivación, vi) o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió, recordando que por virtud de la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos²², corresponde al interesado asumir la carga de

¹⁹ Las causales de retiro del servicio en la Rama Judicial, se enlistan en el artículo 149 de la Ley 270, contemplando en el numeral 9 la declaratoria de insubsistencia.

²⁰ Las causales de retiro del servicio en la Rama Judicial, se enlistan en el artículo 149 de la Ley 270, contemplando en el numeral 9 la declaratoria de insubsistencia.

²¹ Este por remisión expresa al 137.

²² Artículo 88 LEY 1437 de 2011. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

desvirtuarla, tipificando con precisión la causal de nulidad y demostrando la existencia del vicio²³.

• SOLUCIÓN AL RECURSO DE LA APELACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

De acuerdo a las pruebas válidamente incorporadas al proceso, se encuentra acreditado que la señora DAMARIS ESTHER MERLANO MEDRANO fue nombrada en provisionalidad, en el cargo de asistente administrativo, grado 06 de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Sucre, a través de la Resolución No. 500 de 01 de octubre de 2010, tomando posesión en la misma fecha²⁴.

El cargo ocupado por la actora, no está clasificado como de libre nombramiento y remoción de conformidad con el inciso 4º del Artículo 130 de la Ley 276 de 1996 y, no existe prueba de que su ingreso se haya dado en virtud del mérito esto es, a través de concurso, siendo entonces su designación en provisionalidad.

Las funciones del empleo corresponden a las siguientes, conforme el manual de funciones obrante en el plenario:

- *Dirigir y administrar el proceso de programación, ejecución, contabilización y control del presupuesto de la Dirección Seccional de Administración Judicial.*
- *Verificar, controlar y evaluar la constitución de las reservas de caja y de apropiación.*
- *Elaborar el acuerdo mensual de gastos y sus respectivas modificaciones de las direcciones Seccional de Administración Judicial, previo conocimiento del programa anual de caja PAC, aprobado por el CONFIS para la entidad, dentro de los términos y plazos señalados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*
- *Elaborar los informes de Ejecución Presupuestal solicitados por la Dirección Ejecutiva.*
- *Comunicar a la Dirección Ejecutiva las solicitudes de necesidades de créditos adicionales y traslados presupuestales.*
- *Expedir certificados de Disponibilidad y los registros previos a la formalización de los Actos Administrativos, que afecten el presupuesto de la Dirección Seccional de Administración Judicial.*
- *Elaborar y enviar a la Dirección Ejecutiva y Dirección General del Presupuesto,*

²³ La Corte Constitucional en Sentencia T- 1142 DE 2003, expresó: "(...) PRESUNCIÓN DE BUENA FE DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Como lo establece el artículo 83 de la constitución política, en las actuaciones de las autoridades públicas se presume la buena fe (sic). Así, los actos expedidos en ejercicio de sus funciones por las autoridades administrativas, nacen a la vida jurídica amparados tanto de la presunción de legalidad, como también de aquella según la cual todo comportamiento de las autoridades administrativas, se lleva a cabo en beneficio de la colectividad y sin ánimo de causar daño o perjuicio a alguno de los administrados...Cuando se pretende desvirtuar la presunción de buena fe de las actuaciones administrativas, la persona interesada debe acudir a los medios jurídicos propios de la vía gubernativa o aquellos que permitan llevar a cabo ante las autoridades judiciales, siguiendo los trámites previstos en la ley y aportando los medios probatorios conducentes. Es decir, el ámbito jurídico común u ordinario para esta clase de debate se encuentra en la vía gubernativa o en las acciones judiciales"

²⁴ Folio 64 cuaderno de primera instancia

- la solicitud de Reserva de Apropriación al término de cada ejercicio fiscal.*
- *Enviar a la Dirección General del Presupuesto la Reserva de Caja constituida por la Dirección Seccional de Administración Judicial.*
- *Llevar el registro de los contratos y enviar la información a la Dirección Ejecutiva.*
- *Tramitar los proyectos de resolución, órdenes de servicios y cuentas de cobro de la Dirección Seccional de Administración Judicial.*
- *Verificar que los compromisos que asuma la Dirección Seccional se ajusten a los requisitos que fijen las disposiciones vigentes.*
- *Elaborar estudios financieros enfocados al recaudo, control y contabilización de los recursos y gastos de la Dirección Seccional, así como análisis de costos de servicios personales, gastos generales y transferencias.*
- *Participar en la elaboración el Anteproyecto de presupuesto de la Dirección Seccional y presentarlo a la Dirección Ejecutiva para los fines de ley.*
- *Elaborar el Programa Anual de Caja de la Dirección Seccional.*
- *Proyectar las resoluciones de constitución de Cajas Menores de la Dirección Seccional de Administración Judicial.*
- *Prestar un excelente servicio a los usuarios que requieran de su atención*
- *Las demás que le asigne el superior, acordes con la naturaleza del cargo*

Asimismo, se le asignaron funciones específicas²⁵, en la Oficina Judicial de Sincelejo y específicamente como apoyo en las conciliaciones bancarias para los títulos judiciales que maneja la Oficina Judicial, brindar apoyo logístico al jefe de la oficina judicial en el desarrollo de las funciones que a este le corresponden. Efectuar mensualmente la conciliación bancaria preliminar de las Despachos judiciales y gestionar la solución de las inconsistencias encontradas. Archivar los extractos y demás documentos relacionados con las conciliaciones hechas a cada despacho judicial. Elaborar los inventarios de los depósitos judiciales sujetos a prescripción y servir de apoyo a los despachos judiciales en le procesos de prescripción, realizar en conjunto con el jefe de la oficina judicial el arqueo anual de los depósitos judiciales. Elaborar los informes periódicos y ocasionales que le sean solicitados a fin de conocer el estado de las actividades asignadas. Suplir al jefe de la oficina judicial en sus ausencias temporales y refrendar con su firma los documentos producidos en la oficina judicial en estos casos. Es responsable por el oportuno y correcto cumplimiento de estas actividades y las demás tareas que le sean asignadas por su jefe inmediato.

De igual forma, está acreditado que la actora fue retirada del servicio, el día 03 de diciembre de 2012, por declaratoria de insubsistencia, mediante Resolución No. 1317 de 2012²⁶

De cara a los principios que rigen la función pública y el desempeño de la actora en su cargo, aparecen las declaraciones de quienes ocupaban los

²⁵ Resolución 648 de 2012, Por la cual se aclara y se amplía la Resolución N° 551 de 2012.

²⁶ Folio 67 cuaderno de primera instancia.

cargos de Jefe de Oficina Judicial y Jefe de la Oficina Administrativa Financiera, para la época de los hechos, y que fueron decretadas y practicadas en primera instancia en audiencia de pruebas de fecha 07 de mayo de 2014, así:

- Declaración de la señora **MARÍA CLAUDIA MEDINA TABOADA**²⁷⁻²⁸

"Pregunta. Relato espontáneo de los hechos. **Contestó.** Conozco a la señora Merlano, entró en el 2011, le asignaron funciones en la Oficina Judicial desde febrero de 2012 y estuvo con ella hasta cuando fue declarada insubsistente. Refiere especialmente: La señora Merlano cumplía funciones en la parte administrativa bajo órdenes del Jefe Administrativo y Financiero de la Dirección Seccional, le fueron asignadas funciones en la Oficina Judicial porque había tenido problemas en las funciones que estuvo desempeñando en el área Administrativa Financiera, llegó a ocupar el cargo que le sigue como Jefe de Oficina Judicial, o sea, era el apoyo de la Jefe de Oficina en cuanto a conciliaciones bancarias, depósitos judiciales, auxiliares de la justicia, con los informes que debía presentar ante la Sala Administrativa Seccional y ante el Consejo Superior de la Judicatura. Cuando le fueron asignadas las funciones en el mes junio encontró el puesto en orden, las conciliaciones estaban hasta enero de 2012, se esperaban los extractos de febrero para que ella empezara a cumplir sus funciones y tuvo la asesoría de la Doctora Liliana Almanza quien era la que tuvo el cargo, estuvo con ella alrededor de un mes explicándole el puesto y enseñándole a hacer las conciliaciones. Los informes debía presentárselos primero a ella como Jefe de la Oficina Judicial para después enviarlos a la Sala Administrativa Seccional y a los Despachos Judiciales. Comenzó primero a trabajar con los Depósitos Judiciales de los Despachos con menos volumen como era el caso de los Juzgados Administrativos y de Adolescentes, los Juzgados como los de Familia que tienen un volumen de títulos grandes no pudo reportarlos. Estando en la Oficina Judicial le fue otorgada una licencia de maternidad y cuando llega la persona que la reemplazó nos dimos cuenta que las conciliaciones venían atrasadas, o sea que ella no las estaba reportando y las conciliaciones que encontró del año 2012 le colocaba fecha de 2013, eran unas conciliaciones viejas y le cambiaba la fecha, no las estaba haciendo. En ese período de la licencia tratamos de nivelar, de poner al día las conciliaciones bancarias, cuando regreso encontró al día el puesto y de nuevo empezó a atrasarse esto hasta el punto que no reportaba las conciliaciones y las que reportaba no eran verdaderas, estaban adulteradas todas. Con base en esto y otros inconvenientes que ella había tenido, el Director decide declararla insubsistente para mejorar el servicio, colocar una persona que sacará adelante el puesto y se pusiera al día en lo que venía atrasado, así que la persona que la reemplazó desde el mismo 3 de diciembre de 2012, a los primeros días del mes de febrero de 2013 puso al día las conciliaciones de todo un año en mes y medio.

.....

Pregunta. Desempeño laboral de la señora Damaris. **Contestó.** Esa no era la única función que ella tenía que cumplir en la Oficina Judicial pues tenía otras que nunca pudo tocar, nunca pudo salir de las conciliaciones, nunca las pudo tener al día las otras funciones la las hacían entre los demás empleado de la oficina con el fin de que ella se pusiera al día, nunca pudo con las metas.

²⁷ Intervención a partir del min. 46:50 a 1:17, (acta escrita y CD-ROM, folios 278 a 281 C.Ppal).

²⁸ Jefe de Oficina Judicial del Distrito Judicial de Sincelejo Sucre.

Pregunta. Cumplimiento del horario. **Contestó.** Era una persona que recibía visitas constantes, de sus familiares, amigos, de personas de la misma rama, salía a almorzar y las visitas regresaban por la tarde, y si no las recibía ella salía, se le encontraba en los diferentes establecimientos públicos que había alrededor del palacio compartiendo en horas laborales a pesar que se le hacían llamados de atención verbales y escritos. Ella manifestaba voy al baño, voy a comprar agua, pero las idas a comprar agua eran mínimo de 3 horas, las idas al baño eran bastante frecuentes por su estado de embarazo, las cuales duraban 45 minutos, 1 hora, la mayoría de los llamados de atención fueron verbales, otros escritos esos oficios están en la hoja de vida. (...)

- Declaración de señor **JULIO MARIO DUQUE**²⁹⁻³⁰

"Pregunta. Relato espontáneo de los hechos. **Contestó.** Conozco a la señora Damaris, era una de las personas que dependían del área Administrativa Financiera la cual dirijo. Ella era la Auxiliar encargada con funciones de manejo de presupuesto denominado Jefe de Presupuesto, de ejecución presupuestal y sus funciones principales están en poner al Área Administrativa y Financiera en los niveles de ejecución presupuestal que puedan ser óptimos conforme a las partidas presupuestales que son asignadas por la Dirección Ejecutiva. Cuando entró encontró que el área estaba teniendo algunos inconvenientes por la baja ejecución presupuestal, entro en el mes de diciembre que es un mes bastante complicado presupuestalmente porque son las últimas partidas del año y tiene que haber ejecución frente al presupuesto, tiene entendido que hay un sistema de información que demuestra cómo han sido los niveles de ejecución del presupuesto en los diferentes años y para ese año, es decir, año 2011 hubo una pérdida o devolución de dineros asignados a la Dirección Seccional alrededor de \$671.000.000, lo que demuestra un índice bastante pobre que denota ciertas falencias en la ejecución presupuestal. En el mes de enero una vez tuvo el panorama completo, se acercó al Director Seccional de la época el Doctor Emerson Paolo Arroyo quien nombro a la señora Damaris y le solicitó como Jefe del Área administrativa que hiciera una reasignación de funciones porque no estaba rindiendo lo esperado, en la reunión estuvo, además el Contador de la Dirección Seccional, la Señora Damaris entre lágrimas pidió una nueva oportunidad y reconoció que había hecho algunas cosas que no estaban de acuerdo con sus funciones y no había sido el apoyo que se requería para el Área Financiera. Mes y medio después el Director Seccional fue declarado insubsistente, es nombrado otro Director el Doctor Luis Alfredo Agudelo, el cual ve los niveles que se estaban manejando de ejecución presupuestal, pasado el tiempo le solicitó el cambio de la señora Damaris y es cuando fue reubicada en la Oficina Judicial. En cuanto a su comportamiento laboral era muy negligente en el cumplimiento de sus funciones, habían constantes llamados de atención por parte de la Dirección Ejecutiva Seccional porque no se presentaban los informes a tiempo, él le hizo varios llamados de atención verbales y por escrito, si necesita información de presupuesto a ella le tocaba remitirlos, le envió correos electrónicos solicitándole información de cómo se estaban invirtiendo los recursos, llamados de atención por desorden en cuanto la ubicación de los certificados de disponibilidad presupuestal no se encontraban el lugar que lo exige el Sistema de Gestión de Calidad, el reiterado incumplimiento, al no haber reportado lo que se había gastado del presupuesto, la Administración Seccional dejó de reasignar los recursos para que fueran ejecutados en otras áreas, en el año 2011 fue el peor período de ejecución presupuestal (...)"

²⁹ Intervención a partir del min. 1:20 (acta escrita y CD-ROM, folios 278 a 281 C.Ppal)

³⁰ Profesional Universitario Jefe de la Oficina Administrativa Financiera de la Administración Judicial de Sincelejo Sucre.

De igual forma, se observan en el expediente los siguientes documentales, en copia, relacionados con los antecedentes laborales de la actora y el desempeño de sus funciones:

- Resolución No. 025 de 2013 “por la cual se motiva una declaratoria de insubsistencia”: se motiva, que a la señora Damaris Esther Merlano Medrano, se le hicieron varios llamados de atención a través de los oficios³¹.
 - DESAJS12-156 de fecha 02 de febrero de 2012,
 - oficio de fecha 22 de mayo de 2012.
 - DESAJS12-0498 del 16 de abril de 2012.
 - DESAJS12-614 del 08 de mayo de 2012.
 - DESAJS12-497 del 16 de abril de 2012.
 - DESAJS del 25 de mayo de 2012.
 - DESAJS12-269 del 22 de febrero de 2012.
 - Correos electrónicos internos.
 - DESAJS-1547 del 18 de octubre de 2012.
- Oficio DESAJS12-156 de fecha 02 de febrero de 2012, suscrito por Jefe administrativo y financiero de la Dirección Seccional de Administración Judicial, dirigido a Damaris Esther Merlano, solicitando la reducción presupuestal de los compromisos administrativos (folio 114).
- Oficio DESAJS12-614 del 8 de mayo de 2012, suscrito por el Jefe administrativo y financiero de la Dirección Seccional de Administración Judicial y, dirigido a Damaris Esther Merlano, solicitando, la firma de los CDP, y registros presupuestales (folio 115).
- Oficio DESAJS12-497 del 16 de abril de 2012, por el Jefe administrativo y financiero de la Dirección Seccional de Administración Judicial y, dirigido a Damaris Esther Merlano, solicitando, copias de los CDP, No. 312 y 112 del año 2012 (folio 116).
- Oficio DESAJS-1547 del 18 de octubre de 2012, suscrito Director Seccional de Administración Judicial, dirigido a Damaris Esther Merlano, mediante el cual se hace un llamado de atención (folio 117-118).
- Oficio DESAJS del 25 de mayo de 2012, suscrito por el Jefe administrativo y financiero de la Dirección Seccional de Administración Judicial y, dirigido a Damaris Esther Merlano, remitiendo CDP (folio 119).
- Oficio DESAJS12-269 de fecha 22 de febrero de 2012, suscrito por el Jefe administrativo y financiero de la Dirección Seccional de Administración Judicial y, dirigido a Damaris Esther Merlano, remitiendo copia de los contratos celebrados en diciembre del año 2011 (folio 120-121).

³¹ Folio 104 a 108.

- Pantallazo de correo electrónico suscrito por el Jefe administrativo y financiero de la Dirección Seccional de Administración Judicial y, dirigido a Damaris Esther Merlano, con informe de novedades (folio 122 a 130).

Las premisas sentadas en acápites previos, determinan como sub regla, que para retirar del servicio a un empleado nombrado en provisionalidad se debe expedir un acto debidamente motivado, por cuanto la competencia para llevar a cabo tal fin, es reglada, debiendo entonces cumplirse el requisito de motivación en los términos de los precedentes del H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional, recordando que los motivos como elemento del acto administrativo aluden a la causa del acto, siendo las circunstancias de hecho o de derecho que sirven de fundamento o determinan la decisión administrativa.

De cara a lo anterior y confrontado el acto de retiro del servicio de la señora DAMARIS MERLANO - Resolución No. 1317 de 2012³²-, obrante a folio 67, con las premisas normativas y sub reglas jurisprudenciales que regulan el retiro del servicio de los empleados designados en provisionalidad, se advierte que el acto objeto de censura carece del requisito antes enunciado, como garantía del debido proceso, pauta que fue omitida, incumpliendo así los mandatos legales y jurisprudenciales expuestos anteriormente.

En el acto de retiro, pese a los antecedentes laborales, no se explicitó o precisó la realidad fáctica en el contenido mismo de la Resolución y de qué forma el acto administrativo plurimencionado, por lo que no se dio a conocer al trabajador el motivo o motivos específicos que justifican la decisión y que habrían dado lugar a la declaratoria de insubsistencia del cargo señalado.

No pasa por alto el Tribunal que los testimonios recaudados pueden evidenciar una conducta ajena al buen servicio en la ejecución de sus funciones, la cual es contraria al cometido de la función pública y la función administrativa que debe inspirar la prestación del servicio y la función administrativa que, dicho sea de paso, obliga los servidores públicos, particularmente los empleados públicos, cualquiera sea el sector o régimen de carrera al que pertenezca, sea general o especial, debe someterse al cumplimiento irrestricto a unos deberes y obligaciones previamente diseñadas y estipuladas en los respectivos reglamentos, con miras a satisfacer esos principios; de no ser así, se pondría en peligro o amenaza una debida,

³² Folio 67.

oportuna y efectiva prestación de los servicios por parte de la administración.

Sin embargo, en este caso particular, formalmente el acto demandado carece de la inclusión en su texto de los circunstancias que determinaron la adopción de la decisión administrativa por lo que el acto de retiro del servicio de la actora está viciado por expedición irregular, tal como lo expresó el A quo, razón por la cual, en este punto, la sentencia de primera instancia está llamada a ser confirmada.

2.4.2. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE.

La parte demandante fundó sus reparos en dos aspectos puntuales, i) que se le reconozcan los perjuicios morales generados con el acto administrativo que declaró insubsistente a la actora y, ii) que se extienda la indemnización por salarios y prestaciones sociales dejados de recibir desde la fecha en que fue desvinculada la demandante hasta la fecha en que se cumpla la orden de reintegró, sin considerar la limitante de los 24 meses expuesta por el A quo en la sentencia de primera instancia; análisis al que pasa enseguida esta Sala, veamos:

I. DEL RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES EN SEDE DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Sobre la posibilidad de reconocimiento de perjuicios morales por la expedición de actos administrativos vía nulidad y restablecimiento del derecho, debe señalar esta, que este medio de control en su restablecimiento comporta igualmente la posibilidad resarcitorio o indemnizatoria, esto es, es una acción si se quiere, que permite conforme la redacción del artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, permite la reparación del daño, cuando el acto afecte un derecho subjetivo.

En tal orden, cuando la reparación de perjuicios que se persiga sea causa de un daño producto de la expedición de acto administrativo, es trámite obligado, concurrir a la jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho, en el cual se pueden ejercitar peticiones reparatorias demostrables derivadas, valga la redundancia, del acto cuya nulidad se depreca.

Respecto al reconocimiento de perjuicios morales en la acción (HOY PRETENSIÓN) de nulidad y restablecimiento del derecho, señaló la Sección Segunda del CONSEJO DE ESTADO:

*"Si bien sostuvo en alguna oportunidad la Sala, que en estos procesos no procede condena por daños morales, dicha apreciación ha sido replanteada bajo el argumento de que esta orientación no puede ser considerada como una regla fija o inmodificable, toda vez que no existe en el ordenamiento una disposición que así lo establezca. El artículo 85 del C.C.A. al consagrar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevé que quien se crea lesionado en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho, y agrega la misma disposición: **"también podrá solicitar que se le repare el daño."***

Conforme a lo anterior, si el acto administrativo de carácter particular ha sido expedido viciado de alguna de las causales de anulación, la ley contempla la posibilidad de que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, no sólo se restablezcan eventuales derechos económicos sino que, también otorgó a los afectados la facultad de pedir el resarcimiento de perjuicios morales.

No significa lo anterior que todo acto particular que sea declarado nulo, conlleva simultáneamente restablecimiento de derechos de carácter económico y moral. Corresponde al Juez en cada caso en particular, analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, ordenar el restablecimiento de los derechos económicos a que haya lugar y determinar el grado de lesión moral que resulte probado en el plenario, disponer la condena en tal sentido.

El Juez a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., anula el acto ilegal para restablecer el derecho y/o indemnizar los perjuicios sufridos por el destinatario del acto administrativo"³³

En ese orden, el medio de control de reparación directa no es el único escenario jurídico en el que se puede ventilar la pretensión indemnizatoria, ya a través de la nulidad y restablecimiento del derecho también es jurídicamente posible perseguir un fin resarcitorio, estos es solicitar reparación de daño y pago de perjuicios en su modalidades de perjuicio inmaterial y material, aclarándose que la diferencia al momento de optar por alguna de ellas, radica en la causa del daño, en donde se destaca un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble con la ejecución de un trabajo público en el caso del primer medio, y un acto administrativo viciado de nulidad en lo que respecta al segundo.

Claro lo anterior y de cara a la inconformidad planteada por el actor, la Sala

³³ Consejo de Estado, Sección II, Expediente No. 50001-23-31-000-2000-00248-01(4429-04).

considera que la prueba a través de la cual se pretende demostrar la aflicción, congoja que se afirmó padeció no solo la señora Merlano, sino su grupo familiar no permite arribar a la certeza de la ocurrencia de los mismos.

En efecto, si bien los testimonios recepcionados en audiencia de pruebas hace referencia a algunas situaciones personales de la parte actora, ello no es suficiente para inferir el perjuicio y su relación directa con la desvinculación laboral que fue objeto la actora y de contera la configuración del perjuicio moral reclamado judicialmente con la expedición del acto de retiro del servicio, recordando que el perjuicio debe demostrado a través de prueba idónea, que permita al Juez inferir, sin mayores elucubraciones su existencia por quien lo sufre, además de sus características de ser personal, cierto y directo; lo dicho, por cuanto el juez sólo habrá de reconocerlos cuando exista convicción y certeza de que quién los reclama, efectivamente ha padecido un trastorno emocional significativo, susceptible de ser reparado.

En el caso del testigo Alfonso Uribe Cotera, se puede apreciar en su dicho que el conocimiento de la situación económica de la actora lo obtuvo porque ella misma se lo comento, situación que le resta neutralidad a su dicho e impide que sobre él se edifique juicio de valoración sobre la existencia del perjuicio moral que se dice padecer consecuencia de su desvinculación laboral, amen que incluye en su atestación valoraciones de naturaleza subjetiva sobre la labor de la actora como empleada en la Rama Judicial, sin respaldo probatorio alguno. Misma situación que concurre con la testigo INDIRA DIAZ OYOLA, la cual manifestó además ser cuñada de la señora DAMARIS MERLANO, esto es, vinculada afectivamente con la misma, razón que por demás imprime darle mayor rigurosidad a la hora de dar crédito a su testimonio, máxime cuando realiza igualmente apreciaciones tales “como que perdió un embarazo debido a las preocupaciones”, sin tener ella, la condición de profesional especializada de la medicina para arribar a dicha conclusión.

Así las cosas, la Sala no accederá a la condena pretendida por perjuicios morales, por cuanto no se demostró su existencia, pues los testimonios de familiares y personas cercanas a la señora Damaris Esther Merlano Medrano, a consideración del Tribunal no constituyen plena prueba de la existencia de un perjuicio moral derivado de su declaratoria de insubsistencia.

II. LIMITACIÓN DE LA CONDENA.

La parte actora igualmente en su recurso de apelación se duele de la limitación dispuesta por el A quo en la condena a título de restablecimiento del derecho, decisión que será confirmada bajo los siguientes argumentos:

La Sala en atención a la fuerza vinculante de la sentencia de unificación – SU 053 de 2015, proferida por la Corte Constitucional y en obediencia al precedente, deberá modificar el restablecimiento del derecho en cuanto a la condena impuesta y atemperarlo a las sub reglas construidas en dicha providencia frente a las consecuencias de la orden de reintegro e indemnización de empleados nombrados en provisionalidad que ha sido retirados del servicio sin motivación³⁴.

En voces del alto Tribunal Constitucional, el precedente judicial *“adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento. En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad. En síntesis, los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico”*

La regla decisonal contenida en la sentencia citada *ut supra*, tiene aplicabilidad en el sub judice como quiera que los supuestos facticos son análogos, dispone:

“114. En efecto, y siguiendo los lineamientos señalados en la sentencia SU-556 de 2014 y lo referido en la presente providencia, en esos asuntos la Corte:

• Declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, el reintegro sólo será procedente, sin solución de continuidad, cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el

³⁴ Reiterado en la SU 054 de 2015.

sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

• *Igualmente, deberá examinarse para el reintegro, si el servidor público cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la **carencia de antecedentes penales y disciplinarios**.*

• *Para restablecer el derecho, se deberá considerar la reparación del **daño derivado** al perder injustamente el empleo, lo cual debe corresponder al pago de los salarios y prestaciones **efectivamente** dejados de percibir durante el tiempo que dure la desvinculación.*

• *La suma indemnizatoria que se reconozca al trabajador que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es despedido sin motivación, debe descontarse todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (6) meses que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, atribuible a la ruptura del nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, término este último que, a su vez, se establece teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año”*

Así las cosas, aplicando la sub regla jurisprudencial, en el presente asunto, se advierte, tal como lo expuso el A quo, que procederá el reintegro ordenado sí y sólo sí el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso y cumpla con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios. De igual forma, el reintegro será en las mismas condiciones de provisionalidad.

Asimismo, a título de indemnización por el reintegro sólo se deberá pagar a la parte actora el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de recibir hasta el momento de la sentencia, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni superior a veinticuatro meses (24) meses de salario. De la suma que se reconozca al trabajador *"debe descontarse todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente"*, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia de unificación atrás referida³⁵.

³⁵ El H. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA en sentencia del 11 de febrero de 2016. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, Referencia: Expediente 11001-03-15-000-2015-03368-00 Acción de Tutela Actora: La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Secretaría General, manifestó que la regla decisión expuesta por la Corte Constitucional aplica para los casos de reintegro de servidores públicos

En consecuencia, la Sala no encuentra razones objetivas que le permitan apartarse de la jurisprudencia constitucional, en cuanto establece un límite del quantum indemnizatorio por los salarios y prestaciones dejadas de recibir durante el tiempo que duró la desvinculación del empleado, dicho quantum no puede exceder los veinticuatro (24) meses de salarios, razón por la cual, no prospera el reparo formulado por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas y luego de analizar los reparos expuestos por las partes en su recurso de apelación, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de fecha 27 de junio de 2016.

2.5. LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad de los recursos formulados por ambas partes, se abstendrá la Sala de proferir condena en costas en esta instancia.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia apelada, esto es la proferida el 27 de junio de 2016 por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. Por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, acorde con lo manifestado previamente en esta decisión.

designados en provisionalidad en cargos de carrera. Asimismo, CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE. Sentencia del 19 de enero de 2017. Rad. No.: 11001-03-15-000-2016-00424-01(AC).

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 47

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Con aclaración de voto

TULIA ISABEL JARAVA CÁRDENAS

Ausente con incapacidad