



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN:	70-001-33-33-005-2016-00161-01
DEMANDANTE:	VANESSA PAOLA ORDOSGOITIA AGAMEZ
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE OVEJAS - SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 5 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. Pretensiones¹:

La señora **VANESSA PAOLA ORDOSGOITIA AGAMEZ**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el **MUNICIPIO DE OVEJAS - SUCRE**, con el fin que se anule la Resolución No. 0120 de marzo 16 de 2016, por medio de la cual, se le declara insubsistente del cargo de Profesional - Promoción y Prevención en Salud, Código 219, Grado 09.

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita la demandante que se le reintegre al cargo que venía ocupando o a uno de igual o mejor categoría, en la planta de personal del Municipio de Ovejas, Sucre.

Así mismo, pide la accionante que se ordene al Municipio de Ovejas, Sucre, a reconocer y pagar los salarios, cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, bonificación por servicios prestados, aportes a la seguridad social y demás prestaciones sociales dejadas de devengar, desde el momento de su desvinculación del aludido cargo, hasta cuando se haga efectivo su reintegro, sin que se considere que existió solución de continuidad.

Igualmente, requiere que la entidad demandada le reconozca los perjuicios morales causados en cuantía de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por todo el sufrimiento que ha padecido a raíz de su desvinculación laboral.

1.2.- Hechos²:

La señora VANESSA PAOLA ORDOSGOITIA AGAMEZ, fue nombrada en provisionalidad a través del Decreto No. 006 de febrero 2 de 2015, proferido por el entonces Alcalde del Municipio de Ovejas, Sucre, en el cargo de Profesional (Promoción en Salud), Código 219, Grado 09, de la planta de personal del referido ente; tomando posesión de dicho cargo el mismo día, 2 de febrero de 2015.

Mediante Resolución No. 0120 de marzo 16 de 2016, el Alcalde del Municipio de Ovejas, Sucre, declaró insubsistente a la demandante del cargo que venía ocupando. Dicho acto, fue notificado en la misma fecha de expedición.

Durante el tiempo en que la demandante se desempeñó como empleada de la entidad, lo hizo de manera honesta y eficiente, sin existir ninguna

² Folios 2 - 4 del cuaderno de primera instancia.

sanción disciplinaria en su contra, que pudiera dar motivo a la desvinculación de su cargo.

Su último salario, fue la suma de un millón cuatrocientos cincuenta mil novecientos treinta y un pesos (\$1.450.931.00).

La desvinculación de la demandante, le ocasionó perjuicios de orden extra patrimonial, al verse sometida a una situación inesperada, que le ocasionó afectaciones de orden moral y relacional.

Como **Normas Violadas**³ señala preceptos de orden constitucional y legal, a saber: Artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 83 y 209 de la Constitución Política; artículo 3, inciso 2º del CPACA.

Como **Concepto de la Violación**⁴, aduce la demandante que el acto administrativo demandado está viciado de nulidad por ilegalidad, toda vez que desconoce lo estipulado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, así como la causal del artículo 5 de la ley 190 de 1995 y las normas establecidas para la revocatoria directa de los actos administrativos de carácter particular y concreto, que establece la Ley 1437 de 2011.

Dice la accionante, que no se le brindó la oportunidad de defenderse, vulnerándose sus derechos al debido proceso, de audiencia y de defensa, porque en caso de existir irregularidades en su nombramiento, debió adelantarse el procedimiento administrativo respectivo para confirmar o desvirtuar que ella cumplía con los requisitos para ocupar el cargo, no obstante, nunca fue notificada de ninguna actuación, por lo que su retiro carece de validez legal.

También manifiesta la demandante, que el acto administrativo demandado adolece de falsa motivación, en tanto, no es cierto que no cuente con título profesional en el área de la salud y que no acredite experiencia relacionada

³ Folios 4 – 5 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 5 – 9 del cuaderno de primera instancia.

mínima de un año; ello, teniendo en cuenta que la psicología pertenece al área de la salud, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 1090 de 2006 y en su hoja de vida, se encuentra acreditada la experiencia relacionada.

Igualmente arguye, que debe declararse la nulidad del acto demandado por desviación de poder del alcalde de la entidad territorial, teniendo en cuenta que, si supuestamente no cumplía los requisitos del cargo al momento de su nombramiento, debió adelantarse el procedimiento administrativo respectivo, pero no proceder a su declaratoria de insubsistencia, sobre todo cuando se tiene conocimiento de que otro funcionario, si rindió descargos y luego, se procedió a su desvinculación.

1.4.- Contestación de la demanda⁵.

Se tuvo por no contestada la demanda, en tanto, no se acreditó la calidad de Alcalde del Municipio de Ovejas, de quien otorgó poder⁶.

1.5. Sentencia impugnada⁷.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia del 5 de junio de 2018, declara la nulidad de la Resolución No. 0120 de marzo 16 de 2016, que declaró insubsistente el nombramiento provisional de la señora Vanessa Paola Ordosgoitia Agamez, quien ocupaba el cargo de Profesional (Promoción y Prevención en Salud), Código 219, grado 09, adscrito a la planta de personal del Municipio de Ovejas, Sucre.

En consecuencia, ordena a la entidad demandada reintegrar a la accionante al cargo que ocupaba o a uno de igual, similar o superior jerarquía al que fue desvinculada, en las mismas condiciones de provisionalidad y siempre que dicho cargo, no se encuentre provisto

⁵ Folios 74 - 78 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Ver folios 130 y 143 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Folios 183 - 196 del cuaderno de primera instancia.

mediante concurso y que el mismo, no sea desempeñado por quien adquirió su propiedad en carrera administrativa.

Así mismo, ordena reconocer y pagar a la demandante, a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto, las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la parte actora, sin que la suma a pagar por indemnización, sea inferior a 6 meses, ni exceda de 24 meses de salario.

Se condena igualmente al Municipio de Ovejas, Sucre, a pagar a favor de la demandante la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales.

Como fundamento de su decisión, precisa el A-quo, que el acto demandando está viciado de nulidad por infracción a las normas y por falsa motivación, como quiera que el título de psicología pertenece al área de la salud, según lo dispuesto en la Ley 1090 de 2006, artículo 1º; además, la experiencia si fue acreditada por la demandante y la interpretación que de este ítem hizo la demandada, no corresponde a lo que exigía el manual de funciones y competencias laborales, puesto, que en este no se exige que la experiencia se hubiese adquirido con posterioridad al título, pudiéndose acreditar desde antes de recibirse el título.

De otra parte, estima el Juez, que si bien la revocatoria por no cumplir los requisitos del cargo, hace parte de las justas causa legales y constitucionales, susceptibles de ser utilizadas cuando se pretenda declarar la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, antes del término por el cual fue nombrado o durante sus prórrogas, la causal debe ser utilizada solo cuando se haya adelantado previamente, el proceso de revocatoria directa planteado en el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 y cuando corresponda a la realidad de los hechos que la configuran.

Así mismo, considera que de acuerdo con lo narrado por la testigo, la demandante sufrió un daño moral que debe ser reparado.

1.6.- El recurso⁸.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandada la apela con el fin de que sea revocada.

Argumenta, que no existe prueba que acredite la falsa motivación del acto administrativo, pues, no se encuentra demostrado que la demandante cumpliera con los requisitos exigidos en el Decreto 037 del 1º de marzo de 2013 para el desempeño del cargo de Profesional (Promoción y Prevención en Salud), Código 219, grado 09, toda vez que los documentos anexos a su hoja de vida, no acreditan el año de experiencia, así como tampoco la experiencia relacionada con las funciones del mismo.

Manifiesta, que debió hacerse una valoración minuciosa y conjunta de las pruebas, sin tener en cuenta los testimonios practicados, los cuales fueron incoherentes e imprecisos y no son prueba suficiente, para reconocer a la parte actora los perjuicios morales, máxime, cuando solo dieron a conocer el efecto normal que surge de la situación vivida.

Sostiene, que el acto acusado no está viciado de nulidad, ni existe falta motivación, ya que fue expedido acatando el ordenamiento jurídico vigente, previo estudio del lleno de los requisitos que debía cumplir la demandante para el desempeño del cargo; razón por la cual, solicita, la revocatoria del fallo de primera instancia.

⁸ Folios 202 – 203 del cuaderno de primera instancia.

1.7.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 2 de noviembre de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 5 de junio de 2018⁹.
- Por auto de 1º de febrero de 2019, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión¹⁰.
- La **parte demandada**¹¹, alega que la sentencia recurrida no está debidamente fundamentada, por cuanto no se encuentra prueba en el expediente, que acredite la existencia de falsa motivación del acto administrativo, ya que el mismo fue expedido acatando el ordenamiento jurídico vigente, previo estudio del lleno de los requisitos que debía cumplir la accionante, para el desempeño del cargo y así garantizar el buen servicio de la entidad.

Reitera, que lo que sí está probado en el expediente, es que la demandante no reunía los requisitos exigidos en el Decreto 037 del 1º de marzo de 2013 para el desempeño del cargo de Profesional (Promoción y Prevención en Salud), Código 219, grado 09, toda vez que, según los documentos anexos a su hoja de vida, no se acredita el año de experiencia, así como tampoco la experiencia relacionada con la funciones del referido cargo.

- La **parte demandante**¹², alega que la sentencia de primera instancia debe confirmarse, en razón a que el acto administrativo demandado está viciado de nulidad por infracción a las normas y por falsa motivación, ya que sus fundamentos contrarían las normas que rigen la materia, sin comportar una motivación seria y objetiva.

⁹ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folio 9, cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

¹² Folios 13 - 15, cuaderno de segunda instancia.

Manifiesta, que quedó comprobado que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1090 de 2006, el título de Psicología que ostenta, pertenece al área de la salud; y muy a pesar de que el Decreto 2448 de 2014, dispone que la Psicología hace parte del Núcleo Básico del Conocimiento (NBC) de las “*ciencias sociales y humanas*”, prima la primera disposición, por ser norma especial y de mayor jerarquía.

Aduce, que también quedó probado que la experiencia exigida para el cargo desempeñado, de acuerdo al manual de funciones y competencias laborales del Municipio de Ovejas, Sucre, era de tipo “*relacionada*”, por el término mínimo de un año. Jamás, se exigió experiencia profesional, como falsamente se señaló en el acto demandado.

También refiere, que el acto acusado desconoció el derecho al debido proceso, de audiencia y de defensa, al declararla insubsistente sin haberle adelantado previamente proceso administrativo de revocatoria directa, dispuesto en el artículo 1437 de 2011. Así mismo, quedó probado que la entidad demandada, con la expedición del acto cuestionado, desconoció el tratamiento que le había dado la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, al tema mencionado en precedencia.

Por último indica, que están demostrados los perjuicios morales por la desvinculación ilegal y arbitraria del cargo aludido, pues, las declaraciones de los testigos prueban la aflicción, congoja, tristeza y el gran impacto moral que padeció a causa de ello.

- El señor Agente del **Ministerio Público** delegado ante este Tribunal¹³, emite concepto de fondo, indicando que como lo explicó claramente el A-quo, los fundamentos de la resolución demandada no eran ciertos, incurriendo en una falsa motivación, por cuanto el requisito de experiencia relacionada es diferente al de la experiencia profesional, razón por la cual, no tenía que ser adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias

¹³ Folios 16 - 22, cuaderno de segunda instancia.

de la respectiva profesión, tal como lo indica el artículo 14 del Decreto 2772 de 2005, que fija los parámetros de acceso al empleo público.

Manifiesta, que se aparta del reconocimiento de la indemnización por daño moral, teniendo en cuenta que el nombramiento de la actora era temporal y tampoco, demostró los compromisos adquiridos (matricula de especialización).

En virtud de lo anterior, solicita se confirme de manera parcial la sentencia recurrida.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2. Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar:

¿El acto administrativo contenido en la Resolución No. 0120 de marzo 16 de 2016, expedido por el Alcalde del Municipio de Ovejas, Sucre, está viciado de nulidad por infracción a las normas y falsa motivación, de conformidad con los supuestos fáctico – jurídicos que esgrime la parte demandante, en su libelo genitor?

¿En el presente asunto, se demostró el daño moral alegado por la parte demandante, haciendo procedente el reconocimiento y pago de los perjuicios por tal ítem?

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Cargos de carrera administrativa -nombramiento en provisionalidad - retiro del servicio mediante declaratoria de insubsistencia - motivación razonable, concreta y detallada de los motivos.

El artículo 125 de la Constitución Política, establece como regla general que los cargos en las entidades y organismos del Estado sean de carrera administrativa, es decir, que su designación y provisión este determinada por concurso de méritos, el cual debe realizarse conforme a las formalidades exigidas en la ley. Este artículo restringe a la Administración Pública, en materia de provisión de cargos, a las normas que regulan la carrera administrativa, específicamente, las contenidas en la Ley 909 de 2004, aplicable al presente asunto, dada la fecha de desvinculación del empleo del accionante, la cual fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, que en su artículo 9º, dispuso:

*“**Artículo 9º.** De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provisto mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron”*

De conformidad con la anterior norma, el nombramiento en provisionalidad procede, cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa; y que dicha provisionalidad se prolongará, hasta que se pueda llevar a cabo el concurso de mérito respectivo o por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron, atendiendo la correspondiente regulación normativa.

No significa que la persona que ostenta un cargo en provisionalidad, deba permanecer en éste por todo el tiempo que dure la vacancia, sea temporal

o definitiva, por el contrario, debe observar un buen rendimiento laboral, porque de acuerdo con los principios establecidos en la misma Ley 909 de 2004, la función pública asegurará la atención y satisfacción del interés general de la comunidad¹⁴.

Sin embargo, la facultad de retiro de un empleado en provisionalidad, es reglada, por lo que para ejercerla deben mediar los requisitos que para el efecto ha fijado la ley. Es así como artículo 41 de la Ley 909 de 2004, señala:

*“Artículo 41: (...) **Parágrafo 2º.** Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y **deberá efectuarse mediante acto motivado**”* (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, establece:

*“**Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados**”* (Negrilla fuera de texto).

De conformidad con las normas antes referenciadas, es incuestionable, que para declarar la insubsistencia de un empleado que en provisionalidad ocupa un cargo de carrera, se hace necesario expedir un acto administrativo motivado, expresando de manera clara y concreta, las razones por las cuales se declara el retiro del empleado.

El tema de la vinculación mediante nombramientos en provisionalidad y la declaratoria de insubsistencia de los mismos, ha sido sumamente discutido a lo largo de la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional, desencadenando, incluso, posturas enfrentadas, en la manera como deben ser resueltas las controversias que puedan suscitarse.

Al respecto, la Corte Constitucional, se ha caracterizado por mantener una línea uniforme sobre el tema, donde ha resaltado de manera categórica,

¹⁴Artículo 1º de la Ley 909 de 2004.

que en aras de mantener incólume los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia¹⁵, es menester, que al momento de realizarse una desvinculación mediante la declaratoria de insubsistencia, se motive el acto administrativo de dicha decisión.

Contrario sensu, el Consejo de Estado, en sendas jurisprudencias, mantuvo una posición jurisprudencial en la que se pregonaba la ausencia del deber de motivación y la facultad discrecional del nominador, para desvincular, a aquel empleado nombrado en provisionalidad, con el argumento de que estos últimos, no podían ser equiparados a la realidad propia, que cobijaba a las personas que habían accedido al derecho a la carrera, mediante la provisión del concurso de méritos¹⁶.

Esta última tesis, comienza a cambiar en el año 2010¹⁷, cuando el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló, en algunas de sus providencias, que debido a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, existe un deber imperativo del nominador de motivar la declaratoria de insubsistencia, conforme lo señalado en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, así como el art. 3° y 41° de la Ley 909 de 2005 y 10° del Decreto 1227 del mismo año, siendo esta última posición, la acogida por la jurisprudencia contenciosa administrativa al respecto.

Sobre el desarrollo y análisis histórico-normativo, del ingreso al empleo público y las controversias suscitadas con relación a los nombramientos en provisionalidad, se puede acudir a la decisión del 1° de marzo de 2012¹⁸, del Honorable Consejo de Estado, donde se elabora un estudio completo, claro y detallado sobre la temática indicada.

No obstante, es pertinente aclarar, que a la fecha, existe consenso en las

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-289 de 2011. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Expediente con radicación interna 0579-04. C. P. Dr. Alberto Arango Mantilla.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Expediente con radicación interna 0883-08. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁸ Expediente con radicación interna 0768-11, C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

decisiones jurisprudenciales en lo que concierne al **deber de motivación**, del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia de empleados públicos, nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

Lo que no ocurre, en torno al **contenido de la motivación**, donde el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha definido los parámetros a tener en cuenta, señalándose lo siguiente:

“Ahora bien, frente el contenido de la motivación correspondiente, puede entenderse de las providencias previamente reseñadas que esta no puede ser arbitraria, y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

*“(…) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales **como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”**.*

*En ese punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública, por ello, **la motivación en caso de retiros de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional)**.*

*De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificatorio aludido indicó: “**Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser***

constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados".

*En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencia genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional."*¹⁹(Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, el Juez contencioso administrativo, debe valorar las realidades fácticas y jurídicas de cada caso en específico, para así definir, si el contenido del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, se subsume dentro de los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que esbozan lo relacionado sobre el verdadero contenido de la motivación, sumado a la verificación, de que las razones se definen de manera clara y específica, el por qué, de tal determinación, debiendo ser estudiada la misma, bajo parámetros de racionalidad y razonabilidad, sin existir una fórmula exacta, en la manera de sustentar la decisión objeto de inconformidad, teniendo claro, que no se puede equiparar a los funcionarios provisionales, con aquellos inscritos en carrera administrativa.

2.3.2. Caso en concreto.

En el presente asunto, el A-quo, declara la nulidad de la Resolución No. 0120 de marzo 16 de 2016, que declaró insubsistente el nombramiento provisional de Vanessa Paola Ordosgoitia Agamez, quien ocupaba el cargo de Profesional (Promoción y Prevención en Salud), Código 219, grado 09, adscrito a la planta de personal del Municipio de Ovejas, Sucre; y en

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Expediente 2012-00378-00(AC); 2012-00610-00(AC) C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

consecuencia, ordena su reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

Precisa el A-quo, que el acto demandando está viciado de nulidad por infracción a las normas superiores y por falsa motivación, como quiera que el título de psicología pertenece al área de la salud, según lo dispuesto en la Ley 1090 de 2006, artículo 1º; además, la experiencia si fue acreditada y la interpretación que de este ítem hizo la demandada, no corresponde a lo que exigía el manual de funciones y competencias laborales, puesto, que en éste no exige que la experiencia se hubiese adquirido con posterioridad al título, pudiéndose acreditar desde antes de recibirse.

El ente demandado, recurre la anterior decisión, señalando que no existe prueba que acredite la falsa motivación del acto administrativo, pues, no se encuentra demostrado que la demandante cumpliera con los requisitos exigidos en el Decreto 037 del 1º de marzo de 2013 para el desempeño del referido cargo, toda vez que los documentos anexos a su hoja de vida no acreditan el año de experiencia, así como tampoco la experiencia relacionada con las funciones del mismo.

Pues bien, del caudal probatorio que reposa en el proceso, se destaca lo siguiente:

-. Mediante Decreto No. 006 de febrero 2 de 2015²⁰, se nombró con carácter provisional a la señora Vanessa Paola Ordosgoitia Agamez, en el cargo de Profesional Universitario (Promoción y Prevención en Salud), Código 219, grado 09, adscrito a la planta de personal del Municipio de Ovejas, Sucre.

-. La señora Vanessa Paola Ordosgoitia Agamez, tomó posesión del aludido cargo el día 2 de febrero de 2015²¹.

²⁰ Folios 13 - 14 del cuaderno de primera instancia.

²¹ Folio 15 del cuaderno de primera instancia.

-. A través de la Resolución No. 0120 de fecha 16 de marzo de 2016²², se declaró insubsistente a la señora Vanessa Paola Ordosgoitia Agamez, del cargo de Profesional (Promoción y Prevención en Salud), Código 219, grado 09.

En sus consideraciones, se dijo:

“Que para el ejercicio de las funciones establecidas para este cargo, se requiere de unos requisitos de estudios y experiencia mínima, que para el caso en concreto son: acreditar título de profesional universitario en el área de la salud y experiencia relacionada mínimo de un (1) año.

(...)

Que revisada la hoja de vida de la funcionaria, se logra avizorar que no cumple con los requisitos mínimos para el ejercicio del cargo, ya que acredita un título de psicología según acta de grado del 19 de Diciembre de 2014 expedida por la Universidad Cooperativa de Colombia, además no acredita experiencia profesional alguna, entendiéndose esta, la adquirida después de haber terminado y aprobado el pensum académico de educación superior.

*Que **el artículo 5º del Decreto 2484 del 2014, compilado en el artículo 2.2.3.5 del Decreto 1083 de 2015**, establece las disciplinas académicas de los empleos, señalando, que la psicología pertenece al área de conocimiento de las ciencias sociales y humanas y no al área de la Salud.*

Que con base en los anteriores argumentos, se tiene que la Dra. VANESA PAOLA ORDOSGOITIA AGAMES, no cumple con los requisitos mínimos exigidos en el Decreto 037 de marzo de 2013, para el ejercicio del cargo de PROFESIONAL (PROMOCIÓN Y PREVENCIÓN EN SALUD) CÓDIGO 219, GRADO 09, al no contar con el título de profesional en el área de la salud, ni acreditar experiencia relacionada de mínimo un (1) año”.

-. En las copias allegadas del Decreto 037 del 1º de marzo de 2013, “Por el cual se ajusta el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Ovejas – Sucre”²³, se lee:

²² Folios 18 - 19 del cuaderno de primera instancia.

²³ Folios 20 – 21, reverso del folio 100 – 101 del cuaderno de primera instancia.

"3. NIVEL PROFESIONAL

I.IDENTIFICACIÓN DEL CARGO.

Denominación del Empleo: Profesional

Nivel Jerárquico: Profesional (Promoción y prevención en salud)

Código: 219

Grado: 09

Número de cargos: Uno (1)

Dependencia: Donde se ubique el cargo

Jefe Inmediato: Quien ejerza supervisión directa.

/.../

V. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA.

1. Estudios:

Acreditar título de profesional universitario en el área de salud

2. Experiencia.

Experiencia relacionada de mínimo un año".

-. En la hoja de vida de la señora Vanessa Paola Ordosgoitia Agamez²⁴, se registra el título de Psicóloga, con terminación de estudios en diciembre de 2014. Además, que laboró como Jefe en el Área de Salud en la Fundación Niños de Paz en el Municipio de Ovejas, Sucre, desde 10 de abril de 2013, hasta el 5 de septiembre de 2014.

Se anexan las siguientes copias:

* Acta Individual de Graduación No. 33 – Programa Psicología - Universidad Cooperativa de Colombia. (fl.28)

* Título de Psicología de fecha 19 de diciembre de 2014 (fl. 29).

* Certificación de fecha 9 de octubre de 2014, suscrita por la Representante Legal de la Fundación Niños de Paz, en la que hace constar que Vanessa Paola Ordosgoitia Agamez, prestó sus servicios como Jefe en el Área de la Salud, en los distintos escenarios que adelanta la fundación, desde el 10 de

²⁴ Folios 24 - 26 del cuaderno de primera instancia.

abril, hasta el 10 de diciembre de 2013 y desde el 5 de mayo de 2014, hasta el 5 de septiembre de 2014 (fl. 30), desarrollando las siguientes funciones:

- Diseño de planes de acción en materia de salud.
- Elaboración de actividades sobre la promoción y prevención de enfermedades.
- Coordinación, formulación y ejecución de los planes, programas y proyectos en salud pública.
- Interventoría y actualización de perfil epidemiológico.

* Certificación de fecha 26 de noviembre de 2014, suscrita por el Jefe de Enlace Infancia, Adolescencia y Juventud, en la que se hace constar que Vanessa Paola Ordosgoitia Agamez, realizó su etapa de prácticas profesionales en esa organización (fl. 31).

Atendiendo al anterior recuento probatorio y a los argumentos del recurso de apelación, esta Sala es del concepto, que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, por cuanto el acto demandado **no** se encuentra debidamente motivado, en atención a las siguientes razones:

Es claro que conforme el Manual de Funciones de la entidad, para el ejercicio del cargo de Profesional (Promoción y Prevención en Salud) Código 219, Grado 09, se debe acreditar título de profesional universitario en el área de la salud y experiencia relacionada mínimo de un (1) año.

Como quedó visto, frente al requisito de la experiencia relacionada, se comparte el criterio de que la demandante si lo cumple, pues, demostró haberse desempeñado como Jefe en el Área de la Salud en la Fundación Niños de Paz, previo a desempeñar el cargo del cual fue declarada insubsistente.

Vale anotar, que en este caso, la experiencia relacionada solo puede entenderse de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 del Decreto Ley 785 de 2005, derogado por el Decreto 1083 de 2015, “*Por medio del cual se*

expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, que dice que esta es “la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio”, sin que se entienda que deba obtenerse con posterioridad a haber accedido al título profesional, por ello, tiene validez la acreditada por la demandante, en su oportunidad, ante la administración municipal.

En cuanto al requisito del título de profesional universitario en el área de la salud, se halla demostrado que la demandante alcanzó el título de Psicóloga, que si bien, a tenor de lo señalado en el Decreto 2484 de 2014, “Por el cual se reglamenta el Decreto-ley 785 de 2005”, a su vez **derogado** por el Decreto 1083 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, corresponde al área del conocimiento de las ciencias sociales y humanas, lo cierto es que de conformidad con los requisitos y funciones dispuestas para el empleo por el manual de funciones, implica que la interpretación debía hacerse de manera sistemática, con el contenido legal de la normatividad que regula la profesión de psicóloga, pues, las funciones del empleo iban destinadas a desarrollar las actividades propias de tal profesión y no simplemente a relacionar la psicología con el área del conocimiento de las ciencias sociales y humanas, como sería en el caso de que el empleo tienda a desarrollar actividades de administración, sin ejercicio de la profesión en comento.

Para justificar lo afirmado, debe tenerse en cuenta que el Decreto 2484 de 2014, en su artículo 5º, estipulaba:

“Artículo 5º. Disciplinas académicas. Para efectos de la identificación de las disciplinas académicas de los empleos que exijan como requisito el título o la aprobación de estudios en educación superior, de que trata el artículo 23 del Decreto-ley 785 de 2005, las entidades y organismos identificarán en el manual de funciones y de competencias laborales los Núcleos Básicos del Conocimiento (NBC) que contengan las disciplinas académicas o profesiones, de acuerdo con la clasificación establecida en el

Sistema Nacional de Información de la Educación Superior (SNIES), tal como se señala a continuación:

ÁREA DEL CONOCIMIENTO /.../	NÚCLEO BÁSICO DEL CONOCIMIENTO /.../
CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS	Psicología

Posteriormente, el Decreto 1083 de 2015, estableció:

“ARTÍCULO 2.2.3.5 Disciplinas académicas. Para efectos de la identificación de las disciplinas académicas de los empleos que exijan como requisito el título o la aprobación de estudios en educación superior, de que trata el artículo 23 del Decreto Ley 785 de 2005, las entidades y organismos identificarán en el manual de funciones y de competencias laborales los Núcleos Básicos del Conocimiento -NBC- que contengan las disciplinas académicas o profesiones, de acuerdo con la clasificación establecida en el Sistema Nacional de Información de la Educación Superior -SNIES, tal como se señala a continuación:

ÁREA DEL CONOCIMIENTO /.../	NÚCLEO BÁSICO DEL CONOCIMIENTO /.../
CIENCIAS SOCIALES Y HUMANAS	Psicología

A su vez, la Ley 1090 de 2006 estableció que la Psicología, pertenece al área de la salud, al señalar:

“ARTÍCULO 1º. Definición. La Psicología es una ciencia sustentada en la investigación y una profesión que estudia los procesos de desarrollo cognoscitivo, emocional y social del ser humano, desde la perspectiva del paradigma de la complejidad, con la finalidad de propiciar el desarrollo del talento y las competencias humanas en los diferentes dominios y contextos sociales tales como: La educación, la salud, el trabajo, la justicia, la protección ambiental, el bienestar y la calidad de la vida. Con base en la investigación científica fundamenta sus conocimientos y los aplica en forma válida, ética y responsable en favor de los individuos, los grupos y las organizaciones, en los distintos ámbitos de la vida individual y social, al aporte de conocimientos, técnicas y procedimientos para crear condiciones que contribuyan al bienestar de los individuos y al desarrollo de la comunidad, de los grupos y las organizaciones para una mejor calidad de vida.

PARÁGRAFO. *Por lo anterior y teniendo en cuenta: La definición de salud por parte de OMS; En la que se subraya la naturaleza biopsicosocial del individuo, que el bienestar y la prevención son parte esencial del sistema de valores que conduce a la sanidad física y mental, que la Psicología estudia el comportamiento en general de la persona sana o enferma. **Se concluye que, independientemente del área en que se desempeña en el ejercicio tanto público como privado, pertenece privilegiadamente al ámbito de la salud, motivo por el cual se considera al psicólogo también como un profesional de la salud”.***
(Resaltado fuera de texto).

De ahí que, si bien puede afirmarse que la Ley 1090 de 2006, reglamentó fue el ejercicio de la profesión de Psicología, mientras que el **Decreto Ley 785 de 7 de marzo de 2005**, reglamentado por el **Decreto 2484 de 2014**, estableció el sistema de nomenclatura clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, dando a entender que tratan temas distintos (por un lado la profesión como tal y por otro, los requisitos para acceder a un empleo), lo cierto es que la interpretación sistemática de las normas en comento concluye en que la profesión de psicólogo, en este caso en particular, al ser considerada bajo los lineamientos del manual de funciones del ente territorial, está inmerso en los requisitos del empleo que ocupaba la demandante, pues, tales funciones lo que hacen es desenvolver la actividad que normalmente realiza un psicólogo en el área de la salud, esto es, promover y prevenir la salud, en los términos del párrafo del artículo antes indicado.

No discute la Sala, que el legislador en su sapiencia, puede delimitar los requisitos para un empleo, diferenciándolos de las actividades propias de una actividad profesional, pero tal delimitación debe ser entendida en razón precisamente de las funciones del empleo, resultando que en este caso en particular, el empleo desenvuelve materialmente las actividades propias de la profesión de psicólogo, entendidas en la esfera de la salud, por ello, la interpretación que más acoge el sentido *pro operario*, es que la demandante reunía el requisito de ser profesional de la salud.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que las razones legales expresadas en el acto acusado, para no dar por acreditado el requisito del título de profesional universitario en el área de la salud, no es válido, por ende, la declaración de nulidad del acto administrativo demandado era procedente.

Ahora bien, en relación con el segundo de los problemas jurídicos planteados y que hace relación, a si en el presente asunto se demostraron los perjuicios morales alegados por la parte actora, ha decirse:

1. El testimonio de KATERINE CÁRDENAS OSORIO²⁵, fue clara en indicar que la demandante, en razón de la insubsistencia, padeció aflicción, dolor y congoja al ver frustradas sus aspiraciones que para entonces tenía, representadas en el cubrimiento de unos compromisos y el pago de una especialización, aunado al cyber acoso a que fue sometida, dado que en las redes sociales se difundían expresiones agresivas, soeces o vulgares.

Tal testimonio, no fue contradicho, ni refutado en su contenido, por ende, al reunir el testimonio condiciones de credibilidad suficientes, puede y debe tomarse en cuenta como prueba que acredita el daño moral alegado.

2. El daño moral, se ha entendido como aquel que hiere los sentimientos y los afectos de la persona, sin que por hondo que pueda ser, no suele acompañar al sujeto en el trayecto de vida, al menos con la intensidad inicial, pues, los dolores y los sentimientos pueden disiparse²⁶.

La doctrina nacional, ha definido el daño moral como: *“como aquel que impacta la órbita interna del sujeto, concretamente su esfera emotivo-espiritual, por lo que su manifestación no es única, sino que depende de la reacción de cada sujeto. No obstante, generalmente se manifiesta en forma*

²⁵ Folios 156 -157, cuaderno de primera instancia. CD de audiencia.

²⁶ Fernández Sessarego. El daño al proyecto de vida. EN:
<http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF>

de dolor, congoja, pesadumbre, aflicción, intranquilidad o cualquier forma de alteración emocional"²⁷.

Jurisprudencialmente, el daño moral ha sido considerado como aquel que: "(...) comporta aflicción, dolor, angustia y en general, padecimientos varios, o como ha solido decirse, dichas consecuencias "son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo (...)"²⁸ con lo cual ha concluido que es posible su reparación y que al tratarse de sentimientos que permanecen en el interior del ser no es posible su cuantificación exacta (...) En este orden de ideas, se tiene que el perjuicio moral se ha entendido aquel que violenta a la persona directa e indirectamente reflejado en dolor, aflicción y en general sentimientos de desesperación y congoja, el cual podrá ser reconocido únicamente cuando la persona que crea haber sido perjudicada, demuestre a través de medios probatorios la ocurrencia de éstos"²⁹

De ahí que en el presente asunto, planteado el daño moral en los términos que lo dijo la testigo, sumado a lo que adelante se menciona, no cabe duda que el mismo se halla probado y procede su indemnización.

3. En la actualidad, el desarrollo de las redes sociales, ha conllevado que las relaciones personales tomen unas características bastante particulares. Al efecto, "el uso de las nuevas tecnologías ha permitido fortalecer las relaciones de interacción entre personas, disminuyendo los límites del espacio y del tiempo. Una de las formas a las que se acude con mayor frecuencia para la interacción son las denominadas "redes sociales", a través de las cuales las personas comparten sus datos, experiencias, fotos, y

²⁷ MARTÍNEZ BENAVIDES, NICOLÁS ENRIQUE. Análisis de la presunción de daño moral que beneficia a ciertas víctimas indirectas en la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana. EN:

<<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5668/7386>>

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C.P.: Daniel Suárez Hernández. Bogotá. 10 de septiembre de 1998.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso - Administrativo. Sección Segunda. Sub sección B. Sentencia del 5 de octubre de 2017. C. P.: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 410012333000201200206 - 01 (1598-2016). Actor: NOHORA RAMÍREZ DE LEGUIZAMO y OTROS. Accionado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

se comunican entre sí³⁰, con ello que el abuso de la libertad de expresión, en algún momento, pueda convertirse en afectación de derechos, como ocurre con los cyber delitos o el cyberacoso, en cualquiera de sus formas³¹, entre otros.

En tal razón, la Constitución Política adoptó en los artículos 15 y 21 que *"todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre"* y que se les garantizará *"el derecho a la honra"*, como garantía de protección de la integridad física y psíquica del individuo, la cual puede verse afectada, con comportamientos como los señalados, dentro de los cuales y para el caso tratado, importa considerar el denominado **cyberstalking**.

"El cyberstalking, "es otro tipo de acoso que se da por medio del uso de algunas tecnologías, principalmente Internet. Se caracteriza por el seguimiento e investigación constante de información sobre una persona o empresa. Es un acto premeditado, repetitivo, obsesivo, y sobre todo, no deseado.

Para encontrar a las víctimas y mantener su acoso, los cyberstalkers usan chats, foros y redes sociales. Por medio de ellas siguen a las personas, escriben acusaciones falsas y amenazas, roban su identidad, dañan su información, o el equipo que la almacena. Este acoso genera miedo, humillación y afecta el autoestima y la seguridad de las personas; también, puede destruir amistades, carreras y empresas. Las mujeres, los niños y los grupos minoritarios son las principales víctimas.

*Generalmente el cyberstalking no lo comete una persona extraña, sino una conocida: un ex, un antiguo amigo, o alguien con motivaciones de odio, venganza, obsesión o control. Para hacerlo no necesitan salir de su casa, y se aprovecha de la invisibilidad y distancia que ofrecen las tecnologías, para actuar sin pensar en las consecuencias"*³².

³⁰ FRANCO REYES, Aura María. LAS REDES SOCIALES Y LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA EN COLOMBIA. EN: <<https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14511/1/LAS%20REDES%20SOCIALES%20Y%20LOS%20DELITOS%20DE%20INJURIA%20Y%20CALUMNIA%20EN%20COLOMBIA%20%285%29.pdf>>

³¹ Entre las formas de acoso cibernético, se reconocen: acoso psicológico; acecho o *stalking*; Grooming o engaño pederasta; acoso laboral; acoso sexual; acoso inmobiliario; acoso familiar.

³² <<https://www.enticconfio.gov.co/cyberstalking-definicion-y-caracteristicas>>

Luego, cuando la testigo antes mencionada da cuenta de expresiones insultantes, soeces o vulgares que fueron difuminadas en las redes sociales, no cabe duda que tal comportamiento constituye daño, que integrado a lo señalado como daño moral anteriormente³³, para el caso tratado, integra el concepto de daño moral, de ahí que proceda su reconocimiento e indemnización, tal y como lo consideró el a quo, pues, efectivamente existen elementos que indican que la demandante padeció congoja y aflicción a raíz de la declaración de insubsistencia.

Conforme lo expuesto, la decisión de primera instancia, que declaró la nulidad del acto acusado y ordenó el respectivo restablecimiento, debe ser confirmada.

3. Condena en costas - segunda instancia -

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas de segunda instancia, a la parte demandada y liquídense, de manera concentrada, por el juez a quo, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia adiada 5 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

³³ No puede ser considerado el cyberstalking con autonomía en el presente asunto, pues, la causa del mismo se dirigía hacia aquellas personas que lo produjeron o reprodujeron, como quienes originan el daño, cuando de lo que se trata con lo dicho, es de contextualizar porque la insubsistencia tratada causó un verdadero daño moral.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0122/2019

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

ANDRÉS MEDINA PINEDA
(Ausente con justificación)