

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

| | |
|---------------------------|--|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13001-33-33-011-2016-00113-01 |
| Accionante | ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA jcpianeta@hotmail.com |
| Accionada | MUNICIPIO DE ZAMBRANO contactenos@zambrano-bolivar.gov.co ; alcaldia@zambrano-bolivar.gov.co |
| Tema | DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA |
| Magistrado Ponente | JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL |

TURNO AL DESPACHO: 4 de octubre del 2019

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha seis (06) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)¹, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA².

1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 11 en la planta Globalizada de la Alcaldía Municipal de

¹ Folios 70-73 cdr.1

² Folios 1-33 cdr.1

13001-33-33-011-2016-00113-01

Zambrano, mediante Decreto No. 043 del 06 de mayo de 2015 expedido por el Alcalde Municipal de Zambrano, Bolívar.

- El señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA fue declarado insubsistente en el cargo que venía ejerciendo mediante Decreto 041 de 03 de febrero de 2016, expedido por el Alcalde Municipal de Zambrano, Bolívar, notificando al demandante de dicho acto administrativo el mismo día de su expedición.
- Que el citado acto administrativo carece de motivación alguna, contrariando lo señalado en la sentencia T-254 de 2006 de la Corte Constitucional y lo consagrado en la Ley 904 de 2004, reglamentada parcialmente por el Decreto 1227 de 2005, disposiciones que señalan la obligación de motivar el acto administrativo de desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera administrativa, violando los principios de legalidad, igualdad, proporcionalidad y buena fe.

1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Decreto 041 de 03 de febrero de 2016, expedido por el Alcalde del Municipio de Zambrano, Bolívar, mediante el cual se declaró la insubsistencia en el cargo del señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se solicita:

- i) Que se reintegre en el mismo cargo que ocupaba al momento del retiro del servicio en iguales condiciones de trabajo a las que poseía al momento de su desvinculación, o de no ser posible a uno equivalente o de mejor categoría;
- ii) El pago de salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo, así como cualquier otro concepto a que tenga derecho, dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta la fecha de reintegro en el cargo;
- iii) Para efectos de prestaciones sociales y seguridad social se declarará que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio desde su desvinculación hasta su reintegro;
- iv) Se condene al Municipio de Pinillos a cancelar a la parte demandante la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago efectivo de la

13001-33-33-011-2016-00113-01

- obligación, por concepto de perjuicios inmateriales en la modalidad de perjuicio moral;
- v) Se condene a la entidad demandada a pagar la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago efectivo de la obligación, por concepto de perjuicios inmateriales, en la modalidad de daños a bienes constitucional o convencionalmente protegidos como son derechos al debido proceso, al trabajo y al bien nombre;
 - vi) Que las sumas liquidadas sean actualizadas e indexadas de conformidad con los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Ley 1437 de 2011; y
 - vii) Se condene en costas y gastos del proceso a la entidad demandada.

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: artículos 1, 2, 4, 25, 29, 53, 58, 83, 122, 123, 125 y 209 de la Constitución Política; artículo 25 de la Ley 909 de 2004; artículos 9, 10 y 86 del Decreto 1227 de 2005; Decreto Ley 1567 de 1998; artículos 137 y 138 C.P.A.C.A.

Arguye que el acto administrativo contenido en el Decreto No. 041 de fecha 3 de febrero de 2016, expedido por el Alcalde Municipal de Zambrano, Bolívar mediante el cual se declaró la insubsistencia del señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA carece de motivación, por tanto, debe declararse nulo.

Que la Corte Constitucional³ y el Consejo de Estado⁴ han señalado que los actos administrativos que retiran del servicio a funcionarios de esta categoría, no pueden fundarse en la facultad discrecional del nominador únicamente, sino que tienen que motivarse, con la finalidad de poder ejecutar una real defensa de sus derechos.

Por lo anterior, se considera por parte del libelista que en este caso debió motivarse, por cuanto se estaba frente a un servidor de carrera en provisionalidad, ya que como se desprende de la lectura del acto administrativo acusado, el Alcalde del Municipio de Zambrano se limitó a expresar que para la expedición de dicho acto no era necesaria motivación alguna.

³ Sentencia de 24 de mayo de 2007, expediente T 1525298, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

⁴ Consejo de Estado, Sección II, Subsección A, Agosto 15/02 Exp. 745/02

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁵.

La entidad demandada presenta escrito de contestación de la demanda por medio de apoderado, oponiéndose a que prosperen todas y cada una de las pretensiones solicitadas por la parte demandante.

Argumenta que el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 regula el ingreso y retiro de la carrera administrativa, señalando que la provisionalidad solo es por un tiempo, y en el caso en concreto, el actor fue nombrado en provisionalidad el día 6 de mayo de 2015, fue declarado insubsistente el 3 de febrero del año 2016, es decir, 9 meses después, y como lo señala el Consejo de Estado, la provisionalidad no es eterna.

Afirman que el acto administrativo acusado se acoge al concepto de la Corte Constitucional, en el sentido que éste se debe sustentar mínimamente, lo cual se hizo, consignándose ahí las razones por las cuales se declaró insubsistente al demandante. Pese a que no era necesario sustentarlo, se hizo.

Además, agrega que, el demandante no estaba ejerciendo el cargo para el cual fue nombrado, el cual corresponde a Técnico Administrativo Código 367 Grado 11. Que no podía posesionarse a dicho cargo porque ya existía una persona nombrada y posesionada en el mismo, Mirta Betancourt Villareal, y solo hasta el 05 de octubre de 2015 renunció al cargo, para el cual fue nombrada en su reemplazo la Sra. Claudia Patricia Pérez.

Por último, asevera que se logra descubrir que el nombramiento del hoy demandante es un acto de corrupción en el que incurre el señor alcalde Sebastián Cañas Asís y otros funcionarios, quienes hicieron nombramientos ilegales con el fin de pagar favores políticos.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

3.1. Sentencia de Primera Instancia.

Mediante sentencia de fecha seis (06) de octubre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena,

⁵ Folios 52-55 cdr. 1

13001-33-33-011-2016-00113-01

resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

El A quo sostuvo la tesis de que al haberse expedido el acto administrativo de insubsistencia después de haber entrado en vigencia la Ley 909 de 2004, el mismo debía ser motivado, y por no haberlo hecho, se debe declarar su nulidad y por ende, ordenar el reintegro del actor al cargo que ostentaba, con la misma naturaleza del nombramiento que venía realizando, es decir, nombramiento en provisionalidad, teniendo en cuenta que no ha superado ningún concurso.

Con respecto a los daños inmatrimales en la modalidad de daños morales y daños a bienes constitucional o convencionalmente protegidos como son derechos del debido proceso, al trabajo, al buen nombre, no fueron reconocidos debido a que estos no fueron probados.

Concluyó el Juez de primera instancia lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 041 de febrero 03 de 2016, proferida por el Alcalde del Municipal de Zambrano – Bolívar, mediante la cual se declaró insubsistente al señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA, del cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 11, que ocupada en provisionalidad.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordena al MUNICIPIO DE ZAMBRANO – BOLÍVAR **a reintegrar** al señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA al cargo que ocupada o a otro de igual categoría, con la misma connotación o naturaleza del nombramiento que le venía realizando, es decir, nombramiento en provisionalidad, teniendo en cuenta que no ha superado ningún concurso.

TERCERO: CONDENAR al MUNICIPIO DE ZAMBRANO – BOLÍVAR reconocer, liquidar y pagar en forma debidamente indexada, mes a mes, los salarios dejados de percibir entre la fecha de declaratoria de insubsistencia y la fecha en que se haga efectivo el reintegro, serán ajustadas en los términos de artículo 187 del C.P.A.C.A. aplicando la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha a partir de la cual se ordena el



13001-33-33-011-2016-00113-01

reconocimiento y pago de la pensión, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente para la fecha que debió hacerse el pago, haciendo claridad que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada pensional y para los demás emolumentos (primas) teniendo en cuenta que el índice inicial es vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Se condena en costas y agencias en derecho al MUNICIPIO DE ZAMBRANO – BOLÍVAR. Las agencias en derecho se fijan en suma equivalente al 1% del valor de las pretensiones esto es, CINCUENTA Y OCHO MIL NOVENTA PESOS (\$58.090.00)

QUINTO: Denegar las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría hágase entrega de los documentos necesarios para el cobro de esta sentencia y envíense las comunicaciones de ley. Surtido lo anterior, envíese el expediente a la oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos del Circuito de esta ciudad para su archivo."

3.2. Recurso de Apelación.⁶

La parte demandada interpuso recurso de apelación, solicitando que la administración se declare administrativa y extracontractualmente exonerada de los daños y perjuicios que se le hubieren podido ocasionar al demandante con la declaratoria de insubsistencia, argumentando que uno de los motivos claros del acto administrativo expedido por la Alcaldía de Zambrano fue precisamente el buen servicio, siendo este el soporte de la declaratoria de insubsistencia hecha en legal defensa de los intereses de la comunidad, ya que el demandante no ejercía el cargo para el cual fue nombrado.

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda en lo referente a que el demandante aportó certificado del SENA como técnico en sistemas, y de acuerdo a información brindada por la entidad nunca inició ni culminó el curso.

⁶ Folios 163-167 cdr.1

13001-33-33-011-2016-00113-01

Con respecto a la motivación del acto administrativo de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad, asegura que no existe un deber de motivación de los actos de retiro, y la ausencia de la misma no configura un vicio de nulidad por violación de principios y derechos de rango constitucional como el debido proceso y acceso a la administración de justicia, debido a la facultad discrecional con que se nombró es la misma que opera para terminar con la provisionalidad.

3.3. Trámite procesal segunda instancia.

Con auto de fecha veintinueve (29) de marzo de dos mil diecinueve (2019)⁷, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandada. Mediante auto del veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019)⁸, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.4. Alegaciones.

La parte demandante⁹ presentó alegatos de conclusión.

La entidad demandada no presentó alegatos finales.

3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

IV.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA.

⁷ Folio 5 cdr.2

⁸ Folio 8 cdr.2

⁹ Folios 11-13 cdr.2

13001-33-33-011-2016-00113-01

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Se encuentra viciado de nulidad por falta de motivación el Decreto 041 del 03 de febrero de 2016 expedido por el señor Alcalde del Municipio de Zambrano - Bolívar, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad que ostentaba el señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA, en la Alcaldía Municipal de Zambrano - Bolívar?

3. TESIS DE LA SALA.

La Sala procederá a confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que lo resuelto por el A-quo se ajusta a derecho, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial sentado por la Honorable Corte Constitucional¹⁰ y por el Consejo de Estado¹¹ frente al deber de la administración de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad en empleos de carrera administrativa de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004, artículo 41, parágrafo 2.

Con respecto al reintegro del demandante al cargo que ostentaba, esta Magistratura revocará el numeral segundo del fallo apelado, toda vez que de conformidad con los requisitos exigidos en el Manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Zambrano, Departamento de Bolívar, Decreto No. 010 de Enero 27 de 2015, el demandante no cumple con la experiencia acreditada para el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 11.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-556 de fecha 24 de julio de 2014. Expedientes: T-3.275.956, T-3.319.445 y T-3.347.236. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de fecha 19 de enero de 2017. Radicado No. 11001031500020160042401. C.P. Rocío Araujo Oñate.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

4.1. De los empleos en carrera administrativa

De acuerdo con lo establecido por el artículo 125 de la Carta Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado se deben proveer a través del sistema de selección de méritos denominado carrera administrativa, que se constituye en el instrumento idóneo para el manejo de quienes ejercen la Función Pública, a fin de facilitar el cumplimiento de los principios y fines estatales, como los de la igualdad, la eficacia y la celeridad.

Se tiene, entonces, que la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Asimismo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa deben hacerse con fundamento en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad sin discriminación alguna.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de proveer cargos de carrera mediante nombramiento en provisionalidad, en los eventos en que se presentan vacancias definitivas o temporales, entre tanto se asignan en propiedad o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal.

A partir de la expedición del Decreto 1732 de 1960, se reguló por primera vez la provisionalidad, mediante el cual se estableció la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados con nombramiento provisional por un lapso no mayor a 15 días; posteriormente con el Decreto 2400 de 1968, se previó la provisión de los empleos clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera – en tres (3) clases de nombramientos: i) ordinario: para los empleos de libre nombramiento y remoción. ii) En período de prueba: para los empleos de carrera, y iii) Provisional: con el objeto de “proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera¹²”, por el lapso de cuatro meses¹³, y en el artículo 26 *ibídem* estableció que dado que era un nombramiento que no pertenecía

¹² Art. 28 decreto 1950/73: “Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional. (...)”

¹³ La ley 61/87 señaló el término de la provisionalidad en cuatro meses prorrogable por otro tanto – arts. 2º y 4º-.

13001-33-33-011-2016-00113-01

a la carrera, podía ser declarado insubsistente, sin motivar la decisión, pero la autoridad nominadora debía dejar constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida, preceptiva ésta declarada exequible por la Corte Constitucional mediante C – 734 de 2000, bajo el entendido que era necesario motivar la decisión aun cuando fuera posterior a la expedición del acto, todo ello, con el fin de evitar decisiones arbitrarias de la administración. Dijo así la Corte:

“No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda.”

La Ley 61 de 1987, en el artículo 4º, estableció entre las clases de nombramiento, el provisional con el fin de “proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio”.¹⁴ Luego se profirió la Ley 443 de 1998, que en su artículo 8º reguló que los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se refiera a proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito y en el artículo 5º del Decreto 1572 de 1998, se consagró las excepciones para que los nombramientos provisionales tuvieran una duración por un término superior a cuatro (4) meses, sometidos estos a la formalización del concurso o de la situación administrativa de que se tratara, según fuere el caso.

En el año 2004, se expidió la Ley 909, en la cual se restringió lo atinente a los nombramientos provisionales y cambió la forma de la desvinculación, en su artículo primero, señaló:

“La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

¹⁴ Ley 443 de 2008, artículo 87: “Vigencia. Esta ley rige a partir de su publicación, deroga las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992, el artículo 31 de la Ley 10 de 1990, y el Decreto-ley 1222 de 1993; modifica y deroga, en lo pertinente, los títulos IV y V del Decreto-ley 2400 de 1968, el Decreto-ley 694 de 1975, la Ley 10 de 1990, los Decretos-leyes 1034 de 1991, el Decreto 2169 de 1992, el artículo 53 de la Ley 105 de 1994 en lo referente a los regímenes de carrera, salarial y prestacional, y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

13001-33-33-011-2016-00113-01

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c) Empleos de período fijo;*
- d) Empleos temporales."*

Esta normatividad estableció que la discrecionalidad del nominador, sólo se predica, respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado, a contrario sensu, respecto de los empleos de carrera administrativa, cambiando de esta forma las condiciones para el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

Por su parte, el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, respecto a la desvinculación de los provisionales, estableció: "Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado". Normatividad que fue modificada mediante Decreto 3820 de 2005, en la cual se dispuso que la prórroga de la provisionalidad y el encargo se hará hasta la superación de las circunstancias que las originaron previa autorización de la Comisión del Servicio Civil, reformado a su vez por los Decretos 1937 de 2007 y 4968 de 2007, mediante los cuales se amplió la prórroga y le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, fijándole un procedimiento para ello.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa no gozan del fuero de estabilidad que ampara a aquellos que han ingresado mediante concurso de méritos, sí tienen derecho a cierto grado de estabilidad laboral, en el entendido de que no pueden ser desvinculados mientras **i)** no sean sujetos de una sanción disciplinaria, **ii)** se



13001-33-33-011-2016-00113-01

provea el cargo respectivo a través de concurso y **iii)** la desvinculación se produzca mediante un acto motivado¹⁵.

4.2. De la motivación del acto de insubsistencia de empleados provisionales

En vigencia de la Ley 909 de 2004 artículo 41, parágrafo 2, por expresa remisión legal, los actos administrativos de insubsistencia deben motivarse siempre que se ocupe un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, contrario a lo dispuesto frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, cuya designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador, todo esto como garantía del ejercicio pleno del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y en aras de evitar posibles arbitrariedades y excesos por parte del ente nominador.

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁶, respecto al acto de retiro de los cargos provisionales y al alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, estableció:

*“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**¹⁷, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-289 de 2011.

¹⁶ sentencia de 23 de septiembre de 2010, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente con radicado interno: 0883-2008, Actor: María Stella Albornoz Miranda

¹⁷ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

13001-33-33-011-2016-00113-01

de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado".

5. CASO CONCRETO.

5.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos:

- Decreto No. 043 de 06 de mayo de 2015, proferido por la Alcaldía Municipal de Zambrano, mediante el cual se nombra provisionalmente en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 11 de la Alcaldía Municipal de Zambrano, Bolívar, al señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA. (Fl. 16-17)
- Acta de posesión de fecha 06 de mayo de 2015, del señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA en el cargo de Técnico Administrativo de la Alcaldía Municipal de Zambrano, Bolívar. (Fl. 18)
- Decreto No. 041 de fecha 03 de febrero de 2016, proferido por la Alcaldía Municipal de Zambrano, mediante el cual se declara insubsistente al señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA en el cargo de Técnico Administrativo de la Alcaldía Municipal de Zambrano, Bolívar (Fl. 12-15)
- Hoja de vida del señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA¹⁸, aportada por la entidad demandada, donde acredita ser bachiller del Colegio Departamental de Bachillerato "Erasmus Donado Llanos" (Fl. 64); y cuatro (4) años y seis (6) meses de experiencia como Auxiliar Administrativo en la Secretaría del Interior Municipal del Municipio de Zambrano, Bolívar (Fl. 61)

¹⁸ Folios 56-81 cdr. 1

- Copia de nómina del mes de diciembre de 2015 de la Alcaldía Municipal de Zambrano (Fl. 88-91)
- Se observa que se allega por medio de CD el Manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Zambrano, Departamento de Bolívar, Decreto No. 010 de Enero 27 de 2015, evidenciándose a folio 95 las funciones y competencias laborales del cargo Técnico Administrativo, Código 367, Grado 11, clasificación de empleo de carrera administrativa, estableciendo como requisito de estudios diploma de bachiller, y requisito de experiencia un (1) año como secretaria. (CD folio 97); (Fl. 95-98 medio magnético).
- Se recepciona testimonio de la Sra. Mirtha del Carmen Betancurt Villareal, quien alega que es cuñada del demandante, que trabajaron juntos en la Alcaldía Municipal de Zambrano, desde el año 2015 hasta inicios de febrero de 2016. Agrega que ella se encuentra en la misma situación del demandante, por tanto, cursa una demanda en el Juzgado Trece Administrativo del Circuito de Cartagena, donde figura ella como demandante por haber sido declarada insubsistente del cargo que ocupaba.

Igualmente asevera que nadie en su núcleo familiar genera ingresos, que sus hijos son menores de edad y su esposa es ama de casa. Actualmente el demandante no tiene otros ingresos.

5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

En el presente asunto el demandante pretende la declaratoria de nulidad del Decreto 041 del 03 de febrero de 2016, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad que desempeñaba en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, grado 11 de la Alcaldía Municipal de Zambrano, Bolívar.

El Juez de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda al considerar que los actos enjuiciados se encontraban viciados de nulidad por los cargos expuestos por el demandante, dado que el mismo debía estar motivado debido a que la desvinculación se hizo después de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, y el Municipio de Zambrano,

13001-33-33-011-2016-00113-01

Bolívar se fundamentó en una disposición no vigente para el momento de la desvinculación.

La parte accionada apela la decisión adoptada en primera instancia, pues considera que uno de los motivos claros del acto administrativo fue precisamente el buen servicio, siendo este el soporte de la declaratoria de insubsistencia hecha en legal defensa de los intereses de la comunidad, toda vez que el demandante no ejercía el cargo para el cual fue nombrado.

5.2.1. La Falta de motivación del acto.

El demandante sostiene que el acto por medio del cual se declaró insubsistente, debía estar motivado en cuanto la desvinculación se hizo después de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, circunstancia que el Municipio de Zambrano, Bolívar no cumplió, y por ende se encuentra incurso en causal de nulidad, por haberse proferido sin motivación alguna.

Para la Sala, tal como se indicó en el acápite normativo, los actos mediante los cuales se declare insubsistente un nombramiento en provisionalidad en vigencia de la Ley 909 de 2004, deben ser motivados, so pena de incurrir en causal de nulidad.

El Consejo de Estado ha sostenido que **“la motivación (...) constituye un elemento necesario para la validez de un acto administrativo.** Es condición esencial que existan unos motivos que originen su expedición y que sean el fundamento de la decisión que contienen”¹⁹, por tal razón, a juicio de la Sala, el hecho de no plasmarla, pese a la existencia de una disposición legal que así lo imponga, constituye una omisión de carácter sustancial que genera la nulidad del acto.

Los motivos son entonces el soporte fáctico y jurídico que justifican la expedición del acto administrativo y el sentido de su declaración y por lo general, cuando por disposición legal deben ponerse de manifiesto, aparecen en la parte considerativa del acto. En todo caso, aunque no se mencionen expresamente los motivos, debe existir una realidad fáctica y jurídica que le brinde sustento a la decisión administrativa, que normalmente está contenida en los “*antecedentes del acto*” representados por lo general en distintos documentos, como estudios, informes, actas, etc.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 5 de julio de 2018, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, expediente 0685-10.

En cuanto a la falta de motivación, la Corte Constitucional²⁰ ha precisado que cuando se presenta dicha situación, en los actos de insubsistencia o retiro de empleados que se encuentren ocupando cargos en provisionalidad, acarrea por esa sola circunstancia un vicio de nulidad, involucrando la violación del derecho fundamental al debido proceso, y así mismo desconociendo otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, en la cual resulta indispensable asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Agrega que así mismo, la Corporación ha determinado que la motivación es un requisito de validez, donde los actos que carezcan de ella están viciados de nulidad.

En el caso de marras, la Sala vislumbra que el Decreto No. 041 del 03 de febrero de 2016, como acto administrativo particular, que declara la insubsistencia del nombramiento provisional del señor ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA, no se encuentra debidamente motivado puesto que en su cuerpo no expone los fundamentos legales y fácticos sobre los cuales se adopta la decisión.

En el mismo acto, la administración aplicó el Decreto 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998, expresamente derogada a través de la Ley 909 de 2004, el cual a la fecha de la expedición del mismo no se encontraba vigente, pues era la Ley 909 de 2004 la que establecía las reglas para la declaratoria de insubsistencia del hoy demandante.

Se evidencia que en el acápite de “considerando” del acto acusado, la administración afirma que “(...) la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor ROBERTO JOSE POLO ACOSTA, no tenía por qué motivarse, toda vez que se trataba del ejercicio de una facultad discrecional que la Ley le confiere al nominador, como quiera que los nombrados en provisionalidad no ingresaron al servicio civil por mérito, sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales no pueden ampararse bajo las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 2, de

²⁰ Corte Constitucional, Su 917 de 2010

13001-33-33-011-2016-00113-01

la Constitución, toda vez que ellas se reservan a los nombrados con base en derechos de carrera”²¹.

Lo anterior, contrario a lo señalado en la Ley 909 de 2004, artículo 41, parágrafo 2, la cual establece que los actos administrativos de insubsistencia deben motivarse siempre que se ocupe un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, contrario a lo dispuesto frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, cuya designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador, todo esto como garantía del ejercicio pleno del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y en aras de evitar posibles arbitrariedades y excesos por parte del ente nominador.

Así las cosas, al encontrarse probado en el plenario que el demandante fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 11, y la clasificación del empleo es de carrera administrativa, se concluye que el Decreto 041 del 03 de febrero de 2016, debió haber sido debidamente motivado tal y como lo dispone la mencionada Ley 909 de 2004, lo que impone confirmar la sentencia de primera instancia en ese sentido.

Sin embargo, en lo que tiene que ver con el reintegro al cargo que desempeñaba, observa la Sala que el señor Roberto José Polo Acosta no cumple con los requisitos para acceder al mismo, esto es el cargo de Técnico Administrativo Código 367 Grado 11, ya que según el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Zambrano, Departamento de Bolívar, Decreto No. 010 de Enero 27 de 2015, para acceder a dicho cargo se requería del Diploma de Bachiller y un (1) año de experiencia como Secretaria.

Al respecto, acreditó el demandante contar con el título de Bachiller, otorgado por el Colegio Departamental de Bachillerato “Erasmus Donado Llanos”, el día 29 de Noviembre de 1997, pero no aportó la experiencia para el cargo de Secretaria en los términos del Manual de funciones indicado; y en ese sentido no puede admitirse la experiencia de cuatro (4) años y seis meses que obtuvo en el cargo de Auxiliar Administrativo de la Secretaría del Interior del Municipio de Zambrano, Bolívar, toda vez que dichos empleos no

²¹ Folio 13 cdr. 1

13001-33-33-011-2016-00113-01

son equivalentes; por consiguiente, se revocará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia en cuanto el reintegro ordenado.

5.2.2. Límites de la indemnización.

En sentencia de unificación SU – 556 de fecha 24 de julio de 2014, la Corte Constitucional en la revisión de casos similares al que hoy nos ocupa, estableció que la indemnización producto de la declaratoria de insubsistencia para aquellos empleados que ostentaban cargos en carrera, siendo su nombramiento en provisionalidad es la siguiente:

“(...) las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y (ii) a título indemnizatorio, pagar 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 persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.”

Por tanto, en este sentido se dará aplicación a la sentencia anteriormente referida, y se ordenará al Municipio de Zambrano, Bolívar a título indemnizatorio, pagar al demandante el equivalente a los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir hasta el momento de la sentencia, debiendo descontar de dicho monto aquellas sumas de dinero que por cualquier concepto laboral, sea éste de carácter público o privado, dependiente o independiente, haya recibido, en los términos establecidos en la providencia precitada.

En consecuencia, esta Sala de decisión, confirmará la sentencia de primera instancia por medio de la cual se declaró la nulidad del acto administrativo acusado, contenido en el Decreto 041 del 03 de febrero de 2016, en el sentido de reconocer, liquidar y pagar en forma debidamente indexada, mes a mes, los salarios dejados de percibir entre la fecha de declaratoria de insubsistencia y la fecha en que se haga efectivo el pago, ajustadas en los términos de artículo 187 del C.P.A.C.A.; y se revocará el numeral segundo que ordenó el reintegro, por cuanto se evidenció que el demandante no acreditó contar con los requisitos para acceder a dicho cargo.

6. CONDENA EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandada dentro de la presente instancia, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR parcialmente la sentencia de primera instancia proferida el seis (06) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena en lo que se refiere a los numerales primero, cuarto, quinto y sexto.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia proferida el seis (06) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Modificar el artículo tercero el cual quedará así:

CONDENAR al MUNICIPIO DE ZAMBRANO – BOLÍVAR reconocer, liquidar y pagar en forma debidamente indexada y en calidad de indemnización los salarios dejados de percibir entre la fecha de declaratoria de insubsistencia 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 persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, esa suma será ajustada en los términos de artículo 187 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Abstenerse de condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada, conforme al # 4º del artículos 365 del CGP.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

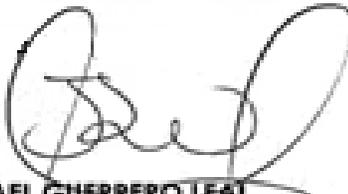


13001-33-33-011-2016-00113-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS

| | |
|------------------|--|
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| Radicado | 13001-33-33-011-2016-00113-01 |
| Accionante | ROBERTO JOSÉ POLO ACOSTA jcpianeta@hotmail.com |
| Accionada | MUNICIPIO DE ZAMBRANO contactenos@zambrano-bolivar.gov.co ; alcaldia@zambrano-bolivar.gov.co |
| Tema | DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA |