

13001-23-33-000-2018-00636-000

Cartagena de Indias D. T. y C., once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-23-33-000-2018-00636-000</b>
<b>Demandante</b>	<b>SERGIO SÁNCHEZ</b> <a href="mailto:lider0520@gmail.com">lider0520@gmail.com</a> - <a href="mailto:sersal66@hotmail.com">sersal66@hotmail.com</a> - <a href="mailto:luisarmando_fajardo@yahoo.com">luisarmando_fajardo@yahoo.com</a>
<b>Demandado</b>	<b>NACIÓN- RAMA JUDICIAL- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.</b> <a href="mailto:info@cendoj.ramajudicial.gov.co">info@cendoj.ramajudicial.gov.co</a> - <a href="mailto:dirseccgena@cendoj.ramajudicial.gov.co">dirseccgena@cendoj.ramajudicial.gov.co</a> -
<b>Tema</b>	<b>INSUBSISTENCIA CARGO EN PROVISIONALIDAD</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL</b>

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 03 del Tribunal Administrativo de Bolívar a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor SERGIO SÁNCHEZ bajo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la NACIÓN, RAMA JUDICIAL, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SECCIONAL BOLÍVAR.

## III.- ANTECEDENTES

### 3.1. DEMANDA<sup>1</sup>.

#### 3.1.1. Hechos relevantes planteados por la accionante.

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

- El señor Sergio Sánchez fue vinculado a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, por medio del Acuerdo número 004, del 12 de enero de 2017, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Presidencia, a través del cual se dispuso nombrar en provisionalidad al señor Sergio Sánchez, como magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, a partir del 16 de enero

<sup>1</sup> Folios 169-188 cdr.1, expediente electrónico.

13001-23-33-000-2018-00636-000

de 2017, hasta tanto fuera provisto el cargo por el sistema de carrera judicial.

- El accionante indica, que tomó posesión el día 12 de enero de 2017, ante el presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, desempeñándose en dicho cargo asignado en provisionalidad hasta el 02 de agosto de 2017.
- El día 2 de agosto del año 2017, el Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Dr. Pedro Alonso Sanabria Buitrago, procedió a firmar el Acuerdo No. 040, del 02 de agosto de 2017, mediante el cual la Sala Disciplinaria resolvió declarar insubsistente el nombramiento del señor Sergio Sánchez, como magistrado en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, y a su vez nombró en provisionalidad al señor Roberto Pérez Caballero, en dicho cargo.

### **3.1.2. Pretensiones de la demanda.**

La demanda se dirige concretamente a que se declare:

- (i) Se declare la nulidad del Acuerdo No. 040 del dos (02) de agosto de dos mil diecisiete (2017) expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Sergio Sánchez, como magistrado en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita:

- (i) Se ordene el reintegro del señor Sergio Sánchez a su cargo, a otro similar o mejor, y el reconocimiento de que no ha existido solución de continuidad para todos los efectos.
- (ii) Se condene a las entidades accionadas, a pagar la indemnización, de los perjuicios causados por los hechos y omisiones imputables a la misma que se contrae al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por el señor Sergio Sánchez desde el 02 de agosto de 2017 hasta cuando se produzca el reintegro, intereses e indexación, realizando la siguiente estimación:



13001-23-33-000-2018-00636-000

"3.1.1.DAÑO EMERGENTE: Considerado como las pérdidas efectivamente sufridas, no estimo en el momento suma alguna.

3.1.2.LUCRO CESANTE: Respecto al daño civil indemnizable por el actuar arbitrario de la RAMA JUDICIAL- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, donde se violaron derechos ciertos recalcados en este escrito, causando un daño que es cierto, reclamado por la persona perjudicada, la cual tenía su patrimonio moral y económico protegido por el orden jurídico existente, daño que se materializa en la pérdida de las oportunidades del señor SERGIO SÁNCHEZ, desechando su misma solidez la posibilidad de calificar el daño de hipotético eventual:

Para el caso se tiene:

La suma de \$26'349.456, mensuales(promedio del último año por ser variable la asignación con distintos factores, desde julio de 2016 a julio de 2017) por los salarios dejados de percibir desde el 02 de agosto de 2017 hasta febrero de 2018, fecha de presentación de esta demanda y los salarios que se deje de percibir desde la presentación de la demanda hasta cuando se produzca el reintegro, a razón de \$ 26'349.456 mensuales.

Las prestaciones laborales dejadas de percibir desde el 02 de agosto de 2017 hasta la fecha en que se produzca el reintegro, con un salario base de \$26'349.456, teniendo en cuenta el salario básico y demás factores salariales devengados por el demandante.

### 3.2. PERJUICIOS MORALES

(...) estimando la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes(\$781.242 x 50), es decir la suma de \$39'062.100, por terminación del nombramiento como magistrado en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, sin ningún argumento."(sic)

(iii) Solicita la indexación de las sumas reclamadas desde el momento de presentación de la demanda hasta el pago efectivo de las mismas, de acuerdo con el IPC:

4.1. Sobre la suma de VEINTISÉIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS.(\$26'349.456) mensuales por los salarios dejados de percibir desde el 02 de agosto de 2017 hasta febrero de 2018, fecha de presentación de la demanda.

4.2. Sobre los salarios que se deje de percibir desde la presentación de la demanda hasta cuando se produzca el reintegro ,a razón de \$26'349.456 mensuales.

4.3. Sobre las prestaciones laborales dejadas de percibir desde el 02 de agosto de 2017 hasta la fecha en que se produzca el reintegro, con un salario base mensual de \$26'349.456.

(iv)De conformidad con el artículo 192 del C.C.A, se comunique la sentencia a la Rama Judicial- Consejo Superior de la Judicatura, para que en el término de 30 días contados a partir de la sentencia se dicte resolución en la cual se adopten las medidas necesarias para su cumplimiento.

(v) Se envié copia de la sentencia al Agente del Ministerio Público, para que se haga efectiva la condena incluyendo las respectivas partidas dentro de los proyectos de presupuestos básicos o adicionales, si no se ha organizado el fondo de contingencia.

13001-23-33-000-2018-00636-000

- (vi) De conformidad con el Artículo 194 C. C. A., si se valoró la contingencia se pagará por el fondo de contingencias de la Nación - Rama Judicial, las sumas a las cuales resulte condenada a pagar.
- (vii) Se ordene que, ejecutoriada la sentencia, la Rama Judicial, dentro de los diez días siguientes, proceda a requerir al Fondo de Contingencias para que gire los recursos para efectuar el respectivo pago.
- (viii) Se ordene que la entidad demandada pague la condena dentro de los cinco días siguientes al recibo de los recursos.
- (ix) Sí no se valoró la contingencia, se pagará con cargo al presupuesto de la Nación - Rama Judicial dentro de los 10 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, previa la correspondiente solicitud de pago.
- (x) Según el artículo 195, numeral 4 del C. C. A., se condene a pagar los intereses moratorios a la tasa del DTP desde la ejecutoria de la sentencia.
- (xi) Transcurridos los 10 meses de que trata el inciso 2° del Artículo 192 del Código Contencioso Administrativo, o el de 5 días cuando exista el fondo de contingencias, sin que la Rama Judicial pague las condenas, se ordene el pago del interés moratorio a la tasa comercial certificada por la Superintendencia Financiera.
- (xii) Se condene en costas al ente demandado.

### **3.1.3. Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: artículos 2, 13, 29, 58 de la Constitución Política y Acto Legislativo 01 de 2008; las Leyes 443 de 1998, artículo 24, Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005, Ley 1033 de 2006, Ley 1346 de 2008 y Decreto Ley 091 de 2007.

Arguye que, el acto administrativo atacado decidió la desvinculación del suscrito sin ninguna motivación, sobre la consideración de que su

13001-23-33-000-2018-00636-000

nombramiento había sido discrecional, por lo cual se podía dar su libre nombramiento y su libre remoción.

El accionante afirma, que la determinación contempla una decisión irregular e injusta porque no se invocó y menos se estableció falta o responsabilidad alguna y no se trató de conducta activa u omisiva que permitiera o apoyara prescripciones u otros acontecimientos en el desarrollo de su labor. Asimismo, indica que el acto demandado no expone de manera concreta los motivos de hecho y de derecho que rodean la expedición de este, que sirvan además como presupuestos para sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión.

El señor Sergio Sánchez, indica que posee un derecho susceptible de protección, porque la precedencia de los nombramientos en provisionalidad solo es dable cuando se ha convocado previamente a concurso para proveer en el cargo al ganador del concurso, situación que genera una estabilidad restringida al provisional.

Argumenta, que se viola lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, pues esta dio avances significativos en la protección de los empleados nombrados en provisionalidad, al igual que el Decreto reglamentario 1227 de 2005, en el cual se estableció que los funcionarios provisionales no pueden ser desvinculados antes de vencerse el término del nombramiento por acto administrativo discrecional, sino que es necesaria una motivación expresa. Y al no establecerse un término de duración, es decir, cuando se encuentre indefinido el nombramiento, se exige la aplicación de una causa legal de terminación del empleo o cargo, no un acto administrativo discrecional.

También indica que existe un desconocimiento y violación al precedente fijado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional con relación a la protección que poseen los empleados que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad.

## **3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

### **3.2.1 Nación - Rama Judicial<sup>2</sup>.**

---

<sup>2</sup> Folios 217-221 cdr 2

13001-23-33-000-2018-00636-000

La entidad se opone a la prosperidad de las pretensiones y condenas, toda vez que considera que carecen de fundamentos jurídicos, puesto que el acto demandado estuvo ceñido a las normas constitucionales y legales vigentes, ya que la declaratoria de insubsistencia es una medida legal, por medio de la cual se declara sin efectos el nombramiento que se haya hecho a un empleado, para que cese su vinculación con la entidad nominadora.

La Nación- Rama Judicial, indicó en escrito de contestación, que respecto a la situación de aquellas personas que han sido nombradas en provisionalidad para ocupar cargos de carrera administrativa, las circunstancias de vinculación y retiro del servicio se dan en condiciones que no son equiparables a las de los funcionarios inscritos en carrera administrativa, en ese sentido, esta clase de personal no cuenta con estabilidad, así que no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias y procedimientos que la ley consagra como protección del personal de carrera.

En ese orden de ideas, la accionada expresó que cuando se remueve a esta clase de personal (en provisionalidad), sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso ya que dichas normas no le son aplicables.

Propuso como excepciones, la siguientes:

- *CARENCIA DEL DERECHO QUE SE INVOCA Y, CORRELATIVAMENTE, INEXISTENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR.*
- *INDEBIDA INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO*

### **3.3. ACTUACIÓN PROCESAL.**

En el proceso de la referencia, fue presentada la demanda el día 28 de febrero de 2018 según acta única de reparto de la misma fecha, correspondiéndole al Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>3</sup>.

En providencia del 23 de marzo de 2018 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda, Subsección "E"<sup>4</sup>, de acuerdo con los hechos de la demanda y el Acuerdo No.004 del 12 de enero de 2017, consideró que el competente para conocer el presente asunto en virtud del

<sup>3</sup> Folio 191 cdr 1

<sup>4</sup> Folios 193-194 cdr 1



13001-23-33-000-2018-00636-000

factor territorial, es el Tribunal Administrativo de Bolívar, por lo tanto se ordenó enviar de forma inmediata el proceso a la Oficina de Reparto de la ciudad de Cartagena para que fuera repartido entre los Magistrados del Tribunal Administrativo del Distrito Judicial de Bolívar.

El día 5 de abril de 2018, el señor Sergio Sánchez por medio de apoderado judicial interpuso recurso de reposición<sup>5</sup> contra el auto del 23 de marzo de 2018, por medio del cual se declara incompetente el Tribunal de Cundinamarca por el factor territorial. Resuelto por dicha Corporación en providencia del día 20 de junio de 2018<sup>6</sup>, donde se decidió no reponer el auto proferido el 23 de marzo de 2018, que dispuso la remisión del proceso al Tribunal Administrativo de Bolívar para que conociera sobre el presente proceso.

Por medio de acta individual de reparto<sup>7</sup> de fecha 30 de agosto de 2018, se asignó el presente proceso al Despacho 005 del TAB, aprendiendo su conocimiento y admitiendo la demanda a través del Auto No. 894/ 2018<sup>8</sup> del 4 de diciembre de 2018.

En memorial<sup>9</sup> allegado al Despacho, la entidad accionada solicita que no se tenga en cuenta ni se estudie la excepción de indebida integración del contradictorio, toda vez, que por error involuntario fue incluida en la contestación de la demanda; por medio de Auto No 374/2019<sup>10</sup> del 4 de diciembre de 2019 se fija fecha para desarrollar audiencia inicial, que se celebró el día 28 de enero de 2020, al haber prescindido la parte demandada de la excepción previa antes mencionada, el Despacho no emitió pronunciamiento alguno; asimismo tampoco se encontraron excepciones previas que declarar de oficio. También se dispuso a tener como medio de prueba los documentos allegados en el escrito de la demanda y se ofició a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que remitiera con destino al presente proceso copia del expediente administrativo.

En virtud de lo anterior, mediante Acta de Audiencia No. 097/2019<sup>11</sup>, se declaró cerrado el debate probatorio y de conformidad con lo dispuesto en

<sup>5</sup> Folios 195-197 cdr 1

<sup>6</sup> Folios 200-204 cdr 1

<sup>7</sup> Folio 205 cdr 1

<sup>8</sup> Folios 207-209 cdr 1

<sup>9</sup> Folio 229 cdr 2

<sup>10</sup> Folios 237-238 cdr 2

<sup>11</sup> Folios 242-244 cdr 2

13001-23-33-000-2018-00636-000

el inciso final del artículo 181 del CPACA y por considerarse innecesario, se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento, por lo tanto, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

### **3.4. ALEGACIONES.**

La parte demandante <sup>12</sup> presentó alegatos de conclusión.

La entidad demandada, Nación - Rama Judicial<sup>13</sup> presentó alegatos de conclusión.

## **IV. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA, en esos términos y como quiera que no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a dictar sentencia de primera instancia.

## **V. CONSIDERACIONES**

### **5.1. COMPETENCIA.**

En virtud de lo establecido en el numeral 2 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), los Tribunales Administrativos son competentes en primera instancia para conocer de los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controvertan actos administrativos de cualquier autoridad cuando lo cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales vigentes.

Se contempla que en el presente caso lo cuantía se determina por el valor de los salarios dejados de percibir desde la expedición del acto que declaró la insubsistencia hasta la fecha de la presentación de la demanda, la cual para el caso en cuestión corresponde a CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CIENTO NOVENTA Y DOS PESOS (\$184.446.192), suma superior a 50 salarios mínimos legales vigentes a

---

<sup>12</sup> Folios 457-477 cdr. 1

<sup>13</sup> Folios 478-480 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00636-000

la fecha de la presentación de la demanda; por consiguiente, este Tribunal es competente por el factor cuantía.

Adicionalmente, tiene competencia este Tribunal por el factor territorial para conocer del presente asunto, debido a que el último lugar en el cual prestó sus servicios el demandante fue la ciudad de Cartagena de Indias.

## 5.2. PROBLEMA JURÍDICO.

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en los siguientes cuestionamientos, planteados desde la audiencia inicial:

*¿El acto administrativo contenido en el Acuerdo 040 de fecha 02 de agosto de 2017, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del señor Sergio Sánchez como magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, debía ser motivado por la entidad demandada?*

En caso de respuesta afirmativa al anterior interrogante, se deberá determinar la Sala, si en consecuencia:

*¿Ante la falta de motivación del acto administrativo acusado se genera su nulidad?*

En caso de encontrarse favorables los anteriores problemas jurídicos, se determinará un tercer problema:

*¿Debe condenarse a la entidad accionada a pagar indemnización de los perjuicios causados por los hechos y omisiones objeto de esta acción, incluyendo los de tipo moral alegados por el señor Sergio Sánchez?*

## 5.3. TESIS DE LA SALA.

De acuerdo a lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del decreto 1227 del 2005, es posible determinar que la competencia para el retiro de los empleos a través de nombramientos en provisionalidad, es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la

13001-23-33-000-2018-00636-000

Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado. En consecuencia, la Sala declarará la nulidad Acuerdo No. 040 del dos (02) de agosto de dos mil diecisiete (2017) expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Sergio Sánchez, como magistrado en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar por la falta de motivación de este.

#### **5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

##### **5.4.1. De los empleos de carrera administrativa y en provisionalidad en la Rama Judicial.**

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.

En lo que respecta a la Rama Judicial, la norma aplicable es la Ley 270 de 1996 *“Estatutaria de Administración de Justicia”* reformada por la Ley 1285 de 2009, la cual en el artículo 156 determinó que la carrera judicial *“se basa en el carácter profesional de funcionarios y empleados, en la eficacia de su gestión, en la garantía de igualdad en las posibilidades de acceso a la función para todos los ciudadanos aptos al efecto y en la consideración del mérito como fundamento principal para el ingreso, la permanencia y la promoción en el servicio”*.



13001-23-33-000-2018-00636-000

Por su parte, el artículo 160 de la Ley 270 de 1996, establece los requisitos exigidos para ocupar los cargos en la carrera judicial, de la siguiente manera:

*"(...) Para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial se requiere, además de los requisitos exigidos en disposiciones generales, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley y realizadas de conformidad con los reglamentos que para tal efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (...)"*

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.

El artículo 132 de la Ley 270 de 1996 estableció como formas de provisión de cargos de la Rama Judicial, los nombramientos en propiedad y en provisionalidad, bajo los siguientes parámetros:

*"(...) 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.***

*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". (Resaltado de la Sala)*

13001-23-33-000-2018-00636-000

Del aparte resaltado se advierte que el tiempo máximo en el que un cargo de carrera puede ser provisto en provisionalidad es de seis meses, mientras se realiza el nombramiento de la lista de elegibles vigente, como lo disponen los artículos 166 y 167 de la Ley 270 de 1996<sup>14</sup>.

No obstante, el artículo 132 de la Ley 270 de 1996 no señala un término máximo en el que se deba desarrollar el concurso de méritos, ni tampoco uno para formalizar los nombramientos una vez elaborada la lista de elegibles dentro del término de los seis meses.

Lo anterior, toda vez que: i) la ejecución del concurso depende de diversos factores sin que sea posible determinar las fechas exactas en las que se deban llevar a cabo cada una de las etapas de las convocatorias; y ii) el nombramiento en carrera está supeditado al puesto ocupado en la lista de elegibles respecto de los demás concursantes.

En este orden de ideas, se precisa que el lapso de los seis meses que trata el artículo 132 de la Ley 270 de 1996 corresponde al período en que un cargo de carrera puede estar provisto mediante la figura de la provisionalidad, sin que se entienda, que éste corresponde al plazo máximo en el cual se debe desarrollar el concurso de méritos, como tampoco el tiempo límite para realizar los nombramientos de la lista de elegibles.

#### **5.4.2. De la motivación de los actos administrativos de retiro de funcionarios en provisionalidad en cargos de carrera.**

A partir de la sentencia SU-250 de 1998<sup>15</sup>, la Corte Constitucional ha sostenido que “pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción.”

<sup>14</sup> “ARTÍCULO 166. LISTA DE CANDIDATOS. La provisión de cargos se hará de listas superiores a cinco (5) candidatos con inscripción vigente en el registro de elegibles y que para cada caso envíen las Salas Administrativas del Consejo Superior o Seccionales de la Judicatura.

ARTÍCULO 167. NOMBRAMIENTO. Cada vez que se presente una vacante en cargo de funcionario, la entidad nominadora comunicará la novedad, a más tardar dentro de los tres días siguientes, a la correspondiente Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según el caso. Recibida la lista de candidatos, procederá al nombramiento dentro de los diez días siguientes.

Tratándose de vacantes de empleados, el nominador, a más tardar dentro de los tres días siguientes, solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional que corresponda, el envío de la lista de elegibles que se integrará con quienes ocupen los primeros cinco lugares en el correspondiente registro de elegibles, previa verificación de su disponibilidad. La Sala remitirá la lista dentro de los tres (3) días siguientes y el nombramiento se hará a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes”.

<sup>15</sup> Sentencia del 26 de mayo de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

13001-23-33-000-2018-00636-000

Dicha posición fue reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SU-917 de 2010<sup>16</sup>, en la cual indicó que es deber de la administración motivar los actos administrativos por los cuales se declara la insubsistencia de los empleos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa. Sobre el particular, señaló:

En síntesis, 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."

De igual manera, en sentencia SU – 556 de 2014 dispuso que, cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que el acto sea motivado, se desconocen los derechos fundamentales a la igualdad, del mérito al acceso a los cargos públicos, al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.

El anterior criterio, también fue asumido en sentencia SU-053 de 2015<sup>17</sup>, en la que se reiteró que los actos de retiro de los funcionarios que ejercen un cargo de carrera en provisionalidad deben ser motivados, con el fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa.

De lo anterior es posible concluir que la Corte Constitucional ha adoptado una postura reiterada, en la que ha manifestado que se desconocen los derechos fundamentales a la igualdad, al derecho de defensa y al debido proceso cuando se declara la insubsistencia de un funcionario en provisionalidad sin motivar el acto del retiro.

Por su parte, el Consejo de Estado, a la luz de la Ley 443 de 1998, sostuvo una tesis contraria a la asumida por la Corte Constitucional, pues consideró que no era necesario motivar los actos de insubsistencia de funcionarios que ocupaban en provisionalidad los cargos de carrera, dado que el acto de retiro era un ejercicio legítimo de la facultad discrecional del nominador.

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU – 917 del 16 de noviembre de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU – 053 de 2015, Magistrado Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado.



13001-23-33-000-2018-00636-000

Posteriormente, 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, señalando:

*"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.*

*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, será necesario motivar de manera expresa el acto por medio del cual se declare la insubsistencia del cargo.

La normatividad en comento, dispuso en su artículo 41 lo siguiente:

**"ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO.** *El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*
- c) <Literal INEXEQUIBLE>*
- d) Por renuncia regularmente aceptada;*
- e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;*  
*Jurisprudencia Vigencia*
- f) Por invalidez absoluta;*
- g) Por edad de retiro forzoso;*
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*
- i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;*
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;*



13001-23-33-000-2018-00636-000

- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

**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.**

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado." (Se destaca)*

Así, y solo a partir de la expedición de la sentencia del 23 de septiembre de 2010, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente con radicado interno: 0883-2008, Actor: María Stella Albornoza Miranda, varió su jurisprudencia en el sentido de exigir la motivación del acto administrativo que declare insubsistente a un servidor público que hubiese sido nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, conforme a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005. En esa medida, Indicó:

*"La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO<sup>18</sup>, 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 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".*

<sup>18</sup> 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.



13001-23-33-000-2018-00636-000

La anterior postura, fue reiterada en la sentencia proferida el 22 de marzo de 2018<sup>19</sup>, en la cual sostuvo que *“los actos administrativos de insubsistencia deben motivarse siempre que se ocupe un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, contrario a lo dispuesto frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, cuya designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador, todo esto como garantía del ejercicio pleno del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y en aras de evitar posibles arbitrariedades y excesos por parte del ente nominador”*.

Así, quedó solucionada la discusión que existía entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto a la motivación de los actos de retiro y la tesis de la estabilidad laboral.

Ahora bien, la Ley Estatutaria de la Administración Pública<sup>20</sup> prevé, en su artículo número 149, los casos en los que se produce la cesación definitiva de las funciones, indicando los que se enlistan a continuación:

- “1. *Renuncia aceptada.*
2. *Supresión del Despacho Judicial o del cargo.*
3. *Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.*
4. *Retiro forzoso motivado por edad.*
5. *Vencimiento del período para el cual fue elegido.*
6. *Retiro con derecho a pensión de jubilación.*
7. *Abandono del cargo.*
8. *Revocatoria del nombramiento.*
9. **Declaración de insubsistencia.**
10. *Destitución.*
11. *Muerte del funcionario o empleado”<sup>21</sup>.*

Siendo necesario que dicha cesación definitiva de las funciones por declaratoria de insubsistencia del mismo, sea motivada, cuando se trate de un cargo de carrera administrativa en provisionalidad.

Es importante anotar, que sobre la declaración de insubsistencia de los empleados que ostentan cargos en provisionalidad en la rama judicial, el Consejo de Estado, en providencia de fecha 26 de noviembre de 2018<sup>22</sup>,

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 22 de marzo de 2018, Exp. N° 3660-2014, C.P. César Palomino Cortés.

<sup>20</sup> Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia de 15 de marzo de 1996.

<sup>21</sup> Artículo 149, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia de 15 de marzo de 1996.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cueter, 26 de noviembre de 2018. Radicación número: 05001-23-31-000-2003-04443-02(3429-14



13001-23-33-000-2018-00636-000

reiteró, que con la entrada en vigor de la Ley 909 de 2004<sup>23</sup>, los actos administrativos de insubsistencia de empleados provisionales del sistema general de carrera **deben** contener una motivación expresa, debido al mandato consignado en el parágrafo 2.º del artículo 41 de la aludida Ley 909 de 2004, según el cual, tal y como se ha explicado, la competencia para el retiro de los empleos de carrera, es reglada, de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado, norma que resulta aplicable al régimen de la **Rama Judicial**.

#### 5.4.3. Carga de la prueba con respecto a los perjuicios morales

Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en “*el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien*”. Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: “**que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual**”<sup>24</sup> y debe tener relación con un bien jurídicamente tutelado.

Ahora bien, como lo ha manifestado la jurisprudencia en materia de la carga de la prueba<sup>25</sup>, para lograr que el juez dirima una controversia de manera favorable a las pretensiones, le corresponde al demandante demostrar en forma plena y completa los actos o hechos jurídicos de donde procede el derecho o nace la obligación; pues ninguna de las partes goza de un privilegio especial que permita tener por ciertos los hechos simplemente enunciados en su escrito, sino que cada una de ellas deberá acreditar sus propias aseveraciones.

Cabe recordar que la carga de la prueba consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes, la responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las pretensiones o a la defensa, resulten probados; en este sentido, en relación con los intereses de la demandante, debe anotarse que quien presenta el libelo demandatorio sabe de antemano cuáles hechos le interesa que aparezcan demostrados en el proceso y, por

<sup>23</sup> Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C., junio treinta (30) de dos mil once (2011). Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01 (19836)

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C. Consejero ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., mayo nueve (9) de dos mil once (2011) Radicación número: 05001-23-26-000-1994-02376-01 (18048)

13001-23-33-000-2018-00636-000

tanto, conoce de la necesidad de que así sea, más aun tratándose del sustento mismo de la demanda y de los derechos que solicita sean reconocidos. Sobre la carga de la prueba el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar, que:

*“en procesos contenciosos o controversiales como el presente, el juez no puede adoptar decisiones que no estén fundadas en las **pruebas** debidamente allegadas al proceso, ni puede descargar a las partes de sus deberes probatorios”<sup>26</sup>.*

Estudiado el anterior marco normativo y jurisprudencial, se pasará a analizar el caso concreto y los hechos probados en el caso de marras.

## 5.5. CASO CONCRETO

### 5.5.1. Hechos probados

En el presente proceso, quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos.

- Acuerdo No. 004 del 12 de enero de 2017, por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria nombra *“en provisionalidad al doctor SERGIO SÁNCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía NM 1.312.321, como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, a partir del 16 de enero de 2017 hasta tanto sea provisto el cargo por el sistema de carrera judicial”*.<sup>27</sup>
- Acta de posesión del señor Sergio Sánchez como Magistrado en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, diligenciada el 12 de enero de 2017, ante el Magistrado Dr. José Ovidio Claros Polanco, Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.<sup>28</sup>
- Acuerdo No. 040 del 2 de agosto de 2017, por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria declara insubsistente el nombramiento del señor Sergio Sánchez como

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero . Bogotá D.C., mayo nueve (9) de dos mil once (2011) . Radicación número: 05001-23-26-000-1994-02376-01(18048)

<sup>27</sup> Folio 109 cdr 1

<sup>28</sup> Folio 110 cdr 1



13001-23-33-000-2018-00636-000

Magistrado en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar a partir de la fecha de expedición de este, y se designa su reemplazo.<sup>29</sup>

- Comunicación del **25 de enero de 2018** remitida al demandante, con referencia SJ-MS 23643 del Consejo Superior de la Judicatura Sala Jurisdiccional Disciplinaria que indica, que manifiesta con respecto a la declaratoria de insubsistencia del cargo del Sergio Sánchez lo siguiente:

*"(...) y teniendo en cuenta su solicitud de conciliación prejudicial presentada ante la Procuraduría General de la Nación y radicada en esta Superioridad el 15 de enero de 2018, bajo el No. EXTSD18-346 comedidamente me permito precisarle lo siguiente:*

*Efectivamente, los Honorables Magistrados en Sala Ordinaria No. 061 del 2 de agosto de 2017, aprobaron declarar insubsistente su nombramiento como Magistrado de la Sala Jurisdiccional del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, entre otras razones, debido a los hechos escandalosos y públicos, surgidos con ocasión del conocimiento de la acción de tutela Instaurada por los señores Ketty Cabarcas Licona y Manuel Vicente Duque Vásquez en contra de la Procuraduría General de la Nación, por cuanto dicho órgano de control habla decretado medida cautelar de suspensión provisional dentro del proceso disciplinario seguido en contra del coadyuvante Manuel Vicente Duque Vásquez, en su calidad de Alcalde Distrital de Cartagena de Indias, donde la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, mediante fallo del 9 de junio de 2017, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso y a elegir y ser elegido invocados por los accionantes, dejando sin efectos la medida cautelar decretada y ordenando al señor Presidente de la República dejar sin efectos el Decreto No. 862 del 23 de mayo de 2017, en virtud de lo cual reasumía el cargo de Alcaide del Distrito Especial de Cartagena, el señor Manuel Vicente Duque Vásquez.*

*Además, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 24 de julio de 2017, dentro de la mencionada acción tutelar radicada bajo e INo.2017-00402-01, revocó la decisión de primera instancia para en su lugar declararla improcedencia del amparo tutelar y en consecuencia dejar sin efecto todas aquellas actuaciones que se hubiesen proferido con ocasión del fallo de primera instancia; sin embargo, a pesar de haber sido tramitada y notificada en debida forma, **de manera extraña** la Seccional de Instancia no lo hizo, tal y como lo manifestaba públicamente el señor Manuel Vicente Duque Vásquez, quien se rehusaba a separarse del cargo, notándose con ello, la desidia por parte de los Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, en su deber de notificar y hacer cumplir la decisión de esta Superioridad, motivo por el cual fueron compulsadas copias ante la Fiscalía General de la Nación y ante esta Superioridad a fin de adelantar las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiera lugar.*

*Nótese que, situaciones como la expuesta, **ponen en tela de Juicio la eficiente y honrada labor que debe caracterizar a la administración de justicia**, específicamente de la jurisdicción disciplinaria, que día a día debe posicionarse y caracterizarse por su transparencia e idoneidad en sus decisiones" (sic).*<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Folio 111 cdr 1

<sup>30</sup> Folios 249 - 294.1 cdr 2

13001-23-33-000-2018-00636-000

- Oficio del 31 de enero de 2018<sup>31</sup>, por medio del cual la Directora Administrativa de la División de Procesos, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, envía fotocopia del oficio SJ-MS23643 del día 25 de enero de 2018, dirigido al doctor Sergio Sánchez, *“en el sentido de informarle los motivos por los cuales los Honorables Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en Sala Ordinaria No. 061 del 2 de agosto de 2017, decidió declarar insubsistente su nombramiento como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar”*.

### 5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Las pretensiones de la demanda se dirigen concretamente a que se declare, la nulidad del Acuerdo No. 040 del dos (02) de agosto de dos mil diecisiete (2017) expedido por el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Sergio Sánchez, como magistrado en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.

#### 5.5.2.1. Naturaleza del cargo y declaración de insubsistencia

Tal y como se verificó en los hechos probados, el demandante SERGIO SÁNCHEZ, fue nombrado por medio del Acuerdo No. 004 del 12 de enero de 2017, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, nombramiento que se contempló en provisionalidad y *“hasta tanto sea provisto el cargo por el sistema de carrera judicial”*.<sup>32</sup>

Lo anterior, permite determinar que, el señor Sergio Sánchez al encontrarse nombrado **Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar**, desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera judicial, puesto que, su permanecía en él se encontraba sujeta hasta tanto fuera provisto el cargo por el sistema de **carrera judicial**. Sin embargo, a través del Acuerdo No. 040 del 2 de agosto de 2017, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria declaró insubsistente su nombramiento, a partir de la fecha de expedición de este, y designó su reemplazo a quien también se nombró en provisionalidad, tal y

<sup>31</sup> Folio 253 cdr 2

<sup>32</sup> Folio 109 cdr 1

13001-23-33-000-2018-00636-000

como lo describe el mismo acto acusado<sup>33</sup>.

Así, se observa por parte de este Tribunal que en el Acuerdo No. 040 del 2 de agosto de 2017 (acto acusado), el Consejo Superior de la Judicatura<sup>34</sup>, dispuso en su parte considerativa lo siguiente:

*“Que el doctor SERGIO SÁNCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 11312.321, se desempeña en provisionalidad en el cargo de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura Bolívar.*

*Que en Sesión Ordinaria N° 061 del 02 de agosto de 2017, los Honorables Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, decidieron declarar insubsistente el nombramiento del doctor SERGIO SÁNCHEZ, con cédula de ciudadanía N°. 11312.321 como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura Bolívar, a partir de la **fecha y en su reemplazo nombrar en provisionalidad** al doctor ROBERTO PÉREZ CABALLERO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 8.738.230” (Se destaca).*

De acuerdo con lo anterior, concluye la Sala que el acto acusado no expresó las razones específicas que llevaron a su desvinculación, las cuales debían corresponder a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad del cargo. Pues limitó su motivación a lo decidido en Sesión Ordinaria del 2 de agosto de 2017, sin indicar de manera expresa a qué aludió tal decisión.

Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta el marco normativo, la jurisprudencia aplicable, y luego de realizar el análisis correspondiente, es posible establecer, que el acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2° del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004<sup>35</sup>, la competencia para el retiro de los empleos de carrera provistos a través de nombramientos en provisionalidad, **es reglada**, esto es, tal 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**, cuestión que no se verificó en este caso particular.

Dicho en otros términos, el Acuerdo No. 040 del 2 de agosto de 2017 no responde a las causales determinadas por la normatividad aplicable para declarar insubsistente el nombramiento del señor Sergio Sánchez, como Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar.

<sup>33</sup> Folio 111 cdr 1

<sup>34</sup> Folio 111 cdr 1

<sup>35</sup> Normatividad que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa

13001-23-33-000-2018-00636-000

Para esta Sala es menester resaltar, que el acto administrativo que declara la insubsistencia del cargo debe motivarse en el mismo acto, ya que por medio de comunicación o manifestación **posterior** a la expedición del mismo no podrá surtir dicho requisito.

Así las cosas, atendiendo lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del Decreto 1227 del 2005, es posible determinar que la falta de motivación de la declaratoria de insubsistencia de quien ejerce un cargo en provisionalidad de un cargo en carrera, conduce inexorablemente a la nulidad del acto por violación de normas superiores.

En conclusión, luego de realizar el análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial, la Sala declarará la nulidad Acuerdo No. Cero cuarenta (040) del dos (02) de agosto de dos mil diecisiete (2017) expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Sergio Sánchez, como magistrado en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar por no encontrarse ajustado a la normatividad aplicable para el caso en concreto, es decir, por no estar motivado.

Por otro lado, la parte actora solicita que se condene a las entidades accionadas a pagar indemnización por los perjuicios morales causados por los hechos y omisiones objeto de esta acción, sin embargo, no se encuentra prueba alguna en el expediente que acredite algún tipo de afectación o padecimientos sufridos por el señor Sergio Sánchez. Por consiguiente, dicho concepto no será reconocido.

### 5.5.2.2. Del restablecimiento del derecho

Teniendo en cuenta el estudio de la proporcionalidad del reconocimiento que a título de restablecimiento se debe declarar, en los casos en que se desvincula sin motivación a funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera abordado en la sentencia SU-556 de 2014 por la Corte Constitucional<sup>36</sup>, la Sala de Decisión ordenará i). el reintegro del demandante a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación o uno similar no haya sido provisto mediante

<sup>36</sup> Sentencia SU-556, Corte Constitucional. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil catorce (2014).

13001-23-33-000-2018-00636-000

concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; ii) A título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la presente sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público y privado, dependiente o independiente, haya recibido el señor Sergio Sánchez, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

El ajuste al valor de las sumas que resulten a favor del demandante deberá ser pagado de acuerdo con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente a la fecha del retiro del cargo, teniendo en cuenta los aumentos legales producidos durante dicho periodo.

#### 5.6. CONDENAS EN COSTAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, como quiera que se accedió a las pretensiones parcialmente esta Corporación, se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

### VI. LA DECISIÓN

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

#### VI. FALLA

**PRIMERO: DECLARAR** la nulidad Acuerdo No. Cero cuarenta (040) del dos (02) de agosto de dos mil diecisiete (2017) expedido por el Consejo Superior

13001-23-33-000-2018-00636-000

de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Sergio Sánchez, como magistrado en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, conforma a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho **CONDENAR** al Consejo Superior de la Judicatura Bolívar a:

- Reintegrar al señor SERGIO SÁNCHEZ identificado con Cc. 11.312.321, al cargo de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar o uno similar, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación o uno similar no haya sido provisto mediante concurso de méritos, no haya sido suprimido, o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso.
- A título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la presente sentencia, descontando de ese monto las sumas que, por cualquier concepto laboral, público y privado, dependiente o independiente, haya recibido el señor Sergio Sánchez, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.
- Ajustar el valor de las sumas que resulten a favor del demandante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 187 del CPACA, conforme a la fórmula indicada en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO: NO CONDENAR** en costas por lo establecido en la parte motiva de la presente providencia.

**QUINTO: CUMPLIR** la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

**SEXTO:** Ejecutoriada la presente providencia, archívense las diligencias, previas las anotaciones de rigor.



13001-23-33-000-2018-00636-000

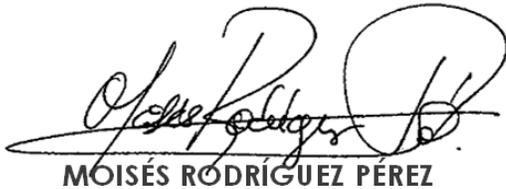
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**LOS MAGISTRADOS,**



**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**



**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**



**EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS**

La anterior firma corresponde al proceso con número de radicado 13001-23-33-000-2018-00636-000