

Cartagena de Indias D. T. y C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-31-004-2013-00412-01
Demandante	CELIA TEHERÁN CASTRO
Demandado	UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
TEMA	Insubsistencia empleado
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia de fecha 27 de julio de 2018 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES¹

“PRIMERA: Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 010 de 18 de enero de 2012, expedida por la Gerencia de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, mediante la cual se declaró la insubsistencia, sin motivación alguna, del nombramiento de la señora CELIA TEHERÁN CASTRO en la citada Unidad Administrativa Especial e igualmente que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, resultante del silencio administrativo negativo que se configuró

¹ Fl. 2-3

cuando la accionante interpuso el 23 de enero de 2012, recurso de reposición contra el susodicho acto administrativo de insubsistencia, sin recibir respuesta alguna ante el recurso, hasta la fecha de presentación de la demanda.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando u otro igual o superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio, con retroactividad al dieciocho (18) de enero de 2012, fecha en la cual fue declarada la insubsistencia sin motivación alguna.

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena a reconocer y pagar a la actora, o a quien represente sus derechos, todas las sumas de dinero correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías y demás emolumentos dejados de percibir por la demandante, inherentes al cargo que venía ocupando, junto con los incrementos legales que se hubieren decretado con posterioridad de la declaración de insubsistencia, sin motivación alguna, con efectividad a la fecha de dicha declaratoria – 18 de enero de 2012 - , y hasta cuando sea reincorporada al servicio.

CUARTA: Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), aplicando los ajustes de valor (actualización) desde la fecha de la desvinculación, sin motivación alguna, y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin a este proceso.

QUINTA: Que se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios de la señora CELIA TEHERÁN CASTRO, desde cuando fue desvinculada sin motivación alguna, y hasta cuando sea efectivamente reintegrada.

SEXTA: Que la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, de cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

SÉPTIMA: Que, si no se efectúa el pago en forma oportuna, la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, liquidará y pagará los intereses

comerciales y moratorios de conformidad con lo previsto en el artículo 195 de la Ley 1437 de 2011”.

3.1.2. HECHOS²

A modo de resumen, los hechos narrados informan que la señora Celia Teherán Castro se vinculó el día doce (12) de febrero de 1996 a la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, ocupando el cargo de Asistente Administrativa, clasificado como nivel técnico con ocasión de la expedición del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004. Dentro de dicha entidad, desarrolló diversas funciones laborales durante el tiempo de su vinculación.

El día 12 de julio de 2012 fue declarada insubsistente por medio de la Resolución No. 010 de 18 de enero de 2012, expedida por la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena. Posteriormente, la demandante interpuso recurso de reposición contra el acto de insubsistencia, sin embargo, después de dos meses sin recibir respuesta al respecto, consideró configurado el silencio administrativo negativo, por lo cual, presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría - regional de Bolívar, que resultó sin ánimo de acuerdo.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³.

Con la expedición de los actos administrativos demandados, la parte demandante considera vulnerados los artículos, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 125 y 243 de la Constitución; artículos 4 de la Ley 27 de 1992, derogada por la Ley 443 de 1998; artículo 5 de la Ley 443 de 1998, norma derogada por la Ley 909 de 2004 y artículo 5 de la Ley 909 de 2004, inciso 1 del parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. UNIVERSIDAD DE CARTAGENA – CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL

La parte demandada no contestó la demanda.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

² Fl. 3-5.

³ Fl. 5-17

⁴ Fl. 573-581

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 27 de julio de 2018, concedió las pretensiones de la demanda.

Concluyó la Juez que, en primer lugar, quedó demostrada la configuración del acto ficto enjuiciado, del estudio del recaudo probatorio y del examen hecho sobre el tema del silencio administrativo negativo frente al recurso de reposición interpuesto contra el acto de insubsistencia.

Seguidamente, procedió a analizar si el acto acusado se encontraba carente de motivación, teniendo en cuenta que no se señalaron de manera concreta los motivos formales, materiales y fácticos que llevaron a aplicar la discrecionalidad para dar fin al nombramiento en provisionalidad dentro del cargo que ocupaba la demandante.

Aunado a ello, la A quo expone que dentro del plenario no se aprecia, más allá de la discrecionalidad, prueba alguna sobre la motivación del acto administrativo demandado, esto es, circunstancias materiales y particulares que justificaran la separación de la demandante de su cargo en provisionalidad, por tanto, se desconoció el deber de motivación de los Actos de retiro del servicio que en consideración a la Jurisprudencia⁵ del Consejo de Estado, dicho requisito recae sobre el nominador, luego de la entrada en vigencia de la Ley 909 e 2004.

De la revisión hecha del expediente, la Juez de primera instancia concluyó que el cargo ocupado por la demandante, esto es, - Secretaria Ejecutiva -, se considera como aquellos de carrera administrativa, según lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, también ratificado en la Resolución No. 005 de 2008 que profiere un nombramiento en provisionalidad, y de lo que se extrae del manual allegado sobre las funciones del cargo, en el cual describen la naturaleza del mismo como de carrera administrativa.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁶.

3.4.1. CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

La apoderada de la parte demandada dentro de su escrito de apelación, esgrime que, el cargo dentro del cual se desempeñaba la demandante no está catalogado como de carrera administrativa, según lo informado por la

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Radicado interno: 0883-2008, C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

⁶ Fl. 583-600

Comisión Nacional de Servicio Civil y el Departamento Administrativo de la Función Pública, tendiente a acreditar que no existe registro de servidores públicos en carrera administrativa correspondiente a la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena.

Aunado a lo anterior, la parte demandada insiste en demostrar que la facultad discrecional era la forma correcta de motivar el acto de insubsistencia.

En otro punto, menciona que el modo en que fue resuelta la solicitud de nulidad del Auto de 4 de octubre de 2017 violaría el derecho al debido proceso, teniendo en cuenta que la persona vinculada como tercero interesado, no es la persona que desempeña las funciones y labores en el cargo que ocupaba la demandante, como tampoco devenga la misma asignación salarial que correspondía.

A su vez, expone que la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, ordenó en su momento, la no contratación de personal por orden de servicios y la consecuente reducción del 50% del personal de la entidad debido a la crisis financiera que atravesaba.

Por otra parte, haciendo referencia al fallo del A quo, en lo que respecta a la indemnización a favor de la demandante, la parte recurrente alega que es una imposibilidad el reintegro de la demandante, pues según informan, la señora Celia Teherán Castro se vinculó laboralmente a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL BOLÍVAR.

Finaliza el recurrente solicitando que, en aras de evitar un detrimento patrimonial en virtud de las indemnizaciones concedidas a la demandante en el primer fallo, solicita la práctica de las siguientes pruebas:

- Oficiar a la DIAN a fin de informar acerca de los ingresos obtenidos por la demandante desde el año 2012 hasta la fecha.
- Oficiar a la Cruz Roja Colombiana seccional Bolívar a fin de que indique los extremos de la vinculación laboral de la señora demandante, así como salario y tipo de contrato, o si es el caso, indicar el nombre de la empresa.
- Oficiar a la Contraloría Distrital de Cartagena a fin de que certifique fecha de posesión, salarios y tipo de vinculación de la señora CELIA TEHERÁN CASTRO.

3.4.2. PARTE DEMANDANTE

La parte demandante presentó recurso de apelación parcial, contra la sentencia de 27 de julio de 2018, basado en el hecho de que no existe un criterio unificado entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para el tema de la tasación de la indemnización a pagar al empleado.

En primer lugar transcribe del Consejo de Estado⁷ el siguiente apartado:

« Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo, las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente. Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado, este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público »

En cambio, por el lado de la Corte Constitucional⁸, señala lo siguiente:

« 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 »

En el entendido que dichas posturas difieren, la parte demandante alega que en consideración a los principios constitucionales de favorabilidad e in dubio pro operario, el Juez debe revocar los alcances económicos del sentido del fallo y modificar el artículo 3° de la sentencia apelada, para que en su defecto de opte por aplicar la postura del Consejo de Estado y se dejen incólume las pretensiones económicas de la demanda.

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 15 de julio de 2019. En esa misma providencia - previa ejecutoria de la decisión relacionada con la admisión del recurso -, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto de fondo (fl. 4 /5C).

⁷ Sentencia de Sala Plena, 29 de enero de 2008. CP: Jesús María Lemos Bustamante

⁸ Sentencia SU-556 de 24 de julio de 2014

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA⁹

La parte demandada, representada por su apoderado, presentó sus alegatos ceñidos a la imposibilidad de declarar la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 010 de 18 de enero de 2012, expedida por el antiguo gerente de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, toda vez que dicho Acto administrativo fue proferido conforme a los lineamientos legales.

Considera que, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que el cargo que desempeñaba la demandante, hace parte de los denominados como "De libre nombramiento y remoción", hecho demostrable en virtud de los informes arrojados por la Comisión Nacional de Servicio Civil y el Departamento Administrativo de la Función Pública, por lo tanto, no puede proferirse, a través de fallo judicial, la categorización del cargo como de carrera administrativa.

Por otro lado, menciona que la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a la figura de la provisionalidad, en el concepto de que a la persona nombrada en un cargo de carrera se le inhibe la expectativa de permanencia indefinida. Aunado a ello, la demandada realiza un recuento legal sobre la carrera administrativa, del cual concluye que los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera, generan una estabilidad intermedia, en la medida en que su vinculación no sea por sistema de méritos.

Finalmente, afirma que en el caso sub júdice la facultad discrecional era la regla permitida al proferir el Acto enjuiciado, por haberse ejercido en torno a un empleo de libre nombramiento y remoción. Que, en caso dado, de confirmarse el fallo apelado, se estaría transgrediendo lo estipulado en el artículo 128 constitucional, debido a que la señora Celia Teherán Castro, ya se encuentra inscrita en el registro público de carrera administrativa, y de ser así, estaría percibiendo más de una asignación proveniente del tesoro público.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de la primera instancia se ejerció control de legalidad de estas.

⁹ Fl. 9-16 (C-5)

Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que aca-reen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se proce-derá a dictar la respectiva sentencia.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en se-gunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedi-miento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apela-ciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces admi-nistrativos.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, la Sala propone abordar los siguientes planteamientos:

General: ¿Se debe revocar o no la sentencia de primera instancia que con-cedió las pretensiones de la demanda?

Específico: ¿Se debe declarar la legalidad de la resolución por medio de la cual se ordenó la desvinculación de la señora Celia Teherán Castro del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, por estar debida-mente motivada y por haber aplicado la facultad discrecional quien la pro-firió?

En caso de resultar procedente la legalidad del acto de desvinculación, co-rresponderá determinar:

- ¿Es posible ejercer la facultad discrecional para todos los nombra-mientos de funcionarios vinculados en provisionalidad?
- ¿Cuáles son los motivos conforme a la Ley, procedentes para desvin-cular a un funcionario en provisionalidad dentro de un cargo de ca-rtera administrativa?

3. TESIS

La Sala considerará como tesis, que se debe confirmar la sentencia apelada, bajo el entendido que el acto demandado está falsamente motivado.

Al respecto, se dirá que se vislumbra una inexactitud entre los motivos establecidos en la resolución demandada y los antecedentes acreditados en el proceso.

No resulta cierta la afirmación según la cual no era necesaria la motivación para proferir el acto de insubsistencia, pues en virtud de la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario 1227 de 2005, actos administrativos como el acusado, requieren de motivación.

Además, del acervo probatorio se extrae, a folio 254 del expediente que, en el manual de funciones de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, la naturaleza del cargo de Secretaria se describe como de carrera administrativa, por lo que resulta tergiversada la versión según la cual, el cargo aludido se encontraba catalogado como de libre nombramiento y remoción, como lo señaló la Juez de primera instancia en la sentencia apelada.

Así las cosas, conforme a lo sostenido por la A-quo, la parte demandada no probó la legalidad al aplicar la mera facultad discrecional como determinante a la hora de proferir el acto de retiro, como tampoco demostró en su oportunidad procesal, desvirtuar la calidad del cargo señalado.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Régimen de carrera administrativa - Regulación de los empleos provisionales nombrados en cargos de carrera administrativa.

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, el sistema de mérito constituye la forma general de provisión de los empleos públicos del Estado, el mismo, tiene por finalidad dar primacía al criterio meritocrático como mecanismo para consolidar los derechos de los ciudadanos relacionados con el acceso y desempeño de cargos públicos, al derecho a la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

El anterior principio, se encuentra consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, que establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de aquellos que se

dan por elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Conforme con el artículo 130, de la Constitución Política, el régimen general de carrera administrativa es responsabilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cuanto su administración y vigilancia. En virtud de la norma anterior, se expidió la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, y cuyo objeto es “la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública”.

En lo que se refiere al sistema de provisión de cargos con vacancia temporal o permanente, la norma en cita establece:

ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.”

El artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como 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.

Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna. Por otra parte, la misma ley determina que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en

la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional-SU 556 de 2014-, que entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia, que es el nombramiento en provisionalidad, por medio del cual se pretende suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe *“atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo”¹⁰*.

5.4.2. De los actos fictos o presuntos por silencio administrativo

Cobra importancia precisar acerca del concepto del silencio administrativo y los actos producto de este. La Corte Constitucional en la Sentencia C-875 de 2011, desarrolló un entramado de directrices a considerar:

¹⁰ C-279 de 2007.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - No es equiparable a una respuesta/**SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO** - Permite el agotamiento opcional de la vía gubernativa

El silencio administrativo negativo no es equiparable a una respuesta, se trata de una ficción, para fines procesales y establecida en beneficio del administrado, pero que no cumple con los presupuestos de una respuesta que de satisfacción a la petición elevada a la Administración. La administración sólo pierde la posibilidad de contestar cuando el administrado hace uso de los recursos de la vía gubernativa contra el acto ficto o acude a la autoridad judicial y se profiere el auto admisorio que admite la demanda en contra de aquel. Así lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que "... cuando el administrado se encuentra frente a la figura del silencio administrativo negativo, la vía gubernativa no se agota de manera automática, y puede elegir entre dos opciones: (i) acudir a la jurisdicción directamente o, (ii) esperar una respuesta efectiva de la Administración, sin que esta última opción le genere consecuencias adversas, como contabilizar el término de caducidad de la respectiva acción contenciosa a partir del momento previsto para la operancia del silencio administrativo".

5.4.3. De la falsa motivación

Con el fin de proferir válidamente un acto administrativo, resulta necesario que existan unos presupuestos fácticos –motivos– reales, que sirvan de soporte a la actuación administrativa y, adicionalmente, también se hace necesario relacionar tales hechos, debidamente establecidos y acreditados, con el ordenamiento jurídico, de modo que resulte posible constatar si los realmente demostrados y apreciados, son aquellos elementos fácticos que contemple o exige la norma para que se puedan desencadenar los efectos jurídicos previstos en ella misma.

En el caso del sistema jurídico colombiano, el control de legalidad de una decisión administrativa por sus hechos determinantes, por sus presupuestos fácticos o por sus motivos, encuentra fundamento legal, a través de la inclusión de la causal de invalidación de los actos administrativos consistente en la "falsa motivación" en la cual se han entendido comprendidos tanto los vicios afectantes de la *motivación* como los yerros o deficiencias en los *motivos* de la decisión. Así lo ha expresado el Consejo de Estado al sostener que "la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que

*la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable"*¹¹.

En realidad, con fundamento en la causal de anulación del acto administrativo denominada "*falsa motivación*" resulta posible la formulación de cargos en contra de la decisión cuya legalidad se censura tanto por adolecer de deficiencias en la *motivación* en cuanto formalidad que debe acompañar, por regla general¹², las decisiones de la Administración y que consiste en la explicitación, dentro del cuerpo de la misma –los usualmente denominados "*considerandos*" incluidos en la parte motiva o considerativa de la decisión–, de los fundamentos fácticos y jurídicos que explican la parte resolutive del acto, como también por razón de vicios radicados en los *motivos* o *presupuestos fácticos* o *hechos determinantes* de la decisión –la realidad fáctica que la sustenta y cuya existencia debe constatar y valorar la Administración *antes* de proferir el acto–, los cuales pueden consistir ora en que tales motivos resultan inexistentes o inexactos, ora en que su calificación o valoración jurídica se advierte desacertada.

Así las cosas, al invocar como vicio atribuible a un acto administrativo la *falsa motivación*, resulta posible atacarlo por **(i)** inexistencia o inexactitud de *motivos* o *presupuestos fácticos*; **(ii)** por la errada o desacertada valoración o calificación jurídica de tales *motivos* o *hechos determinantes*; **(iii)** por inexistencia de *motivación* –"*considerandos*", en los cuales su incorporación y exposición formal resultan legalmente obligatorias o **(iv)** por *falsa motivación* "*stricto sensu*", esto es yerros, inexactitudes o imprecisiones en la parte motiva del pronunciamiento administrativo.

5.4.4. La desviación de poder

Sobre la desviación de poder, se ha dicho que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si

¹¹ Y añade la misma sentencia que "*del examen de los actos acusados concluye la Sala que los elementos antes mencionados se cumplen ya que la falta que se imputó se encontraba determinada en la ley, se recaudaron las pruebas que permitieron establecer la existencia de los hechos imputados, se efectuó el análisis de valoración de cada una de las pruebas y se plantearon razones que permitieron establecer que el actor incurrió en la conducta imputada*". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", sentencia del 20 de marzo de 1997; Consejera ponente: Clara Forero de Castro; Radicación: 10022.

¹² La exigencia de motivación como elemento de validez de todos los actos administrativos –salvo que exista norma legal especial que expresamente exima a la Administración de que determinado acto venga acompañado del mencionado requisito– se torna más perentoria aún de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, disposición que prevé: "*Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada*".

bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

Al respecto, el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sostiene que se estructura el vicio por desviación de poder en aquellos eventos en los que la administración, al utilizar sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho correspondiere de manera general, o dicha autoridad en particular. Se caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregular en el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia extrema de legalidad¹³.

5.4.5. La facultad discrecional

Sobre la facultad discrecional, la Corte Constitucional¹⁴ ha reiterado que la discrecionalidad absoluta no es admisible en el derecho contemporáneo.

(...) “El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

Motivación del acto administrativo-Discrecionalidad no es absoluta

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA”. (...) (negritas de la Sala)

¹³ Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez, 4ª Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 410.

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia SU 917 de 2010.

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁵, ha declarado una tesis similar:

*(...) “Si bien es innegable que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume expedido en beneficio del buen servicio público, tal presunción se puede desvirtuar a través de la acción contenciosa correspondiente, pues no puede perderse de vista que las únicas presunciones que no admiten prueba contraria son las de derecho, por fundarse en principios científicos incuestionables. **La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sostenido que la falsa motivación o desviación de poder en la expedición del acto administrativo de insubsistencia debe ser probada por quien la impetra**” (...)*
(negrillas de la Sala).

Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, en el sub lite, era exigible que la parte demandada justificara al menos sumariamente una debida motivación en el acto acusado, aun estando en uso de la facultad discrecional, toda vez que la misma, no puede ser tomada como absoluta.

Dicho lo anterior, la apelación en el presente caso, no podrá prosperar y en su lugar, esta magistratura procederá a confirmar la sentencia de primera instancia por las razones esbozadas en el cuerpo de esta providencia.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

5.5.1.1. Por medio de la Resolución No. 005 de 2008, se nombró provisionalmente a la señora Celia Teherán Castro en el cargo de Secretaria de gerencia (G2). (fl. 29 y 558). En adelante, reposa en el folio 28 del expediente, un certificado suscrito por el Jefe de la División Administrativa de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, por medio del cual se hace constar que la señora demandante, ejerció un cargo técnico con una dedicación de tiempo completo desde el 12 de febrero de 1996 con una asignación mensual de \$1.054.564.

5.5.1.2. Mediante Resolución No. 010 de 18 de enero de 2012, la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, declara insubsistente en el

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION A, Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00123-01(1971-10)

nombramiento provisional a la señora Celia Teherán Castro. (fl. 33, 44, 298 y 556)

5.5.1.3. Las consideraciones expuestas en el acto de desvinculación, fueron las siguientes (fl. 556):

(...)

“EL GERENTE DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, en uso de sus facultades legales y estatutarias y de conformidad con los artículos 16 y 23 del Acuerdo No. 01 de 1996

RESUELVE:

Artículo 1º: Declárese insubsistente el nombramiento de la señora CELIA TEHERÁN CASTRO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 45.497.229 de Cartagena (Bolívar), a partir del dieciocho (18) de enero de 2012.

Artículo 2º: La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición”.

(...)

5.5.1.4. En los folios 34, 45, 299 y 557 del expediente, consta la notificación personal de 18 de enero de 2012, de la Resolución de la misma fecha, seguidamente, se encuentra el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la Resolución No. 010 de 2012 (fls. 35 a 38).

5.5.1.5. En los folios 182 a 297, reposa el manual de funciones y procedimientos de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena.

5.5.1.6. En los folios 302 a 525 se encuentra la hoja de vida de la señora Celia Teherán Castro. En folio 550 se observa un certificado suscrito por el Jefe de Control Interno de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, dentro del cual se constata que, a la fecha de retiro de la demandante, no le adeudan suma alguna por concepto de sueldos.

5.5.1.7. En los folios 41 y en el 300 a 301, obra el certificado suscrito por el Jefe de la División Administrativa de la Caja de Previsión de la Universidad de Cartagena, por medio del cual se certifica el tiempo de servicio y las funciones desarrolladas por la demandante.

5.5.1.8. En los folios 553 a 555, se observa el certificado emitido por el Jefe de Control Interno de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, en el cual acreditan pagadas las sumas de las prestaciones sociales derivadas de la relación laboral con la demandante, pago efectuado a través de transferencia electrónica 001186 de la cuenta bancaria 82127344-8 de Av Villas por valor de \$7.090.767.

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el presente caso procura la demandante que se declare la nulidad de la resolución por medio de la cual fue desvinculada del cargo que venía desempeñando en provisionalidad.

Consideró la parte demandante que, pese al eficiente desempeño dentro de su cargo, fue retirada de sus funciones a través del acto administrativo acusado, el cual se encontraba viciado de nulidad teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, esto es, que el acto debía estar motivado y que la simple discrecionalidad del superior no era razón legal y suficiente para separar del servicio a la demandante.

Adicionalmente, advierte que la demandante se encontraba desempeñando sus funciones dentro de un cargo de carrera administrativa, en virtud de la regla prevista en el artículo 125 de la Constitución Política, y en respuesta a lo anterior, la parte demandada narra que para la época en que inicialmente se vinculó en provisionalidad la señora Celia Teherán Castro, en el cargo de Asistente Administrativo, se encontraba en vigencia la Ley 27 de 1992 que enuncia de manera expresa cuales son los cargos de libre nombramiento y remoción a nivel territorial, excluyéndose por lo tanto, el cargo de Asistente Administrativo que desempeñaba la actora.

La Juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda al considerar que frente al acto acusado sí opera la nulidad, en razón a la naturaleza del cargo de la empleada, ya que, al ser un cargo de carrera administrativa, debieron exponerse las circunstancias particulares y concretas que permitiesen vislumbrar las razones por las cuales era retirada del servicio, teniendo en cuenta que la motivación del acto no podía limitarse a la simple facultad discrecional del superior.

Indicó la Juez, que la demandante tenía el derecho a conocer de manera expresa cuales eran las razones fácticas, los hechos puntuales, que amerita-

ran la separación del cargo que desempeñaba, por lo que soslayar las anteriores premisas, invocando la discrecionalidad, se tradujo en una falsa motivación, como aduce la parte demandante.

Teniendo en cuenta la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el A quo destaca que en sentencia SU-556 de 2014, verbigracia, sobre el deber de motivación de los actos administrativos, se señala lo siguiente *“La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción”*.

Por otro lado, respecto a la provisionalidad, el A quo extrae de la jurisprudencia constitucional, el concepto la permanencia temporal en el cargo, por lo cual le atañe a las autoridades nominadoras el deber de proveer un cargo en provisionalidad de carrera administrativa mediante un concurso de méritos, mientras que la persona empleada en la vacancia transitoria, puede esperar mantenerse en el cargo hasta que el mismo sea provisto en el término legal por la persona que logre obtener la propiedad a través del sistema de méritos, es decir, dicha situación se traduce en una razón objetiva para motivar un acto de desvinculación.

Hecha esta sinopsis, se debe precisar que, conforme a lo probado en el proceso, se tiene que la demandante se encontraba nombrada en provisionalidad en el cargo de Técnico desde el 12 de febrero de 1996; luego mediante Resolución No. 005 de 2008 fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Secretaria de Gerencia (G2). Dicha vinculación se dio desde el tres (03) de enero de 2008 hasta el 18 de enero de 2012, fecha en la cual fue proferida la Resolución No. 010 de 2012 que declaró insubsistente en el cargo a la demandante.

Del contenido de la Resolución No. 010 de 2012 se evidencia que la señora Celia Teherán Castro fue desvinculada del cargo en uso de la facultad discrecional del gerente de la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, pues en el referido Acto no se hizo referencia a ninguna situación de hecho o de derecho, que explicara expresamente o fundamentara su declaración.

Posteriormente, se observa acreditada la configuración del silencio administrativo producto de un recurso de reposición interpuesto por la demandante

en contra del acto de insubsistencia antedicho, pues de una revisión minuciosa del expediente, no se constató prueba alguna, atinente a una posible respuesta por parte de la parte demandada frente al recurso invocado.

De las pruebas obrantes en el expediente, no se observa en ningún acápite, alguna mención concerniente a un posible concurso de méritos desarrollado en la época de los hechos, que posiblemente fundamentara legalmente el acto de desvinculación de la demandante.

Lo que se puede concluir de los documentos allegados, específicamente en folios 254 a 259, donde se describe la naturaleza del cargo como de carrera administrativa, es que en ese sentido, le asiste razón a la parte demandante al alegar que en el retiro de los empleados que ocupan provisionalmente un cargo de carrera, es necesaria la motivación del acto administrativo, ya que la naturaleza del cargo es un factor determinante a la hora de considerarse que existe legalidad en aplicar la simple discrecionalidad como sucedió en el acto enjuiciado.

En los documentos relativos a la hoja de vida de la actora, no constan quejas, tachas u observaciones que pongan en tela de juicio su desempeño en el tiempo que laboró en la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena.

Frente a la carga de la prueba, se debe precisar que la presunción de legalidad de los actos administrativos, no siempre indica que, en todos los casos, el destinatario de la decisión, es quien tenga que probar los supuestos que demuestren la ilegalidad.

Como resulta normal en una relación trabada al amparo del derecho administrativo, cuando los operadores jurídicos — administración y administrado — difieren respecto de la existencia, de la apreciación o de la calificación de los hechos que dan lugar a determinada decisión administrativa, dentro de un asunto concreto, será el Juez de lo Contencioso Administrativo el llamado a intentar el establecimiento de la verdad en torno de tales presupuestos fácticos, para cuyo propósito debe valerse de todos los mecanismos y reglas que en materia probatoria contempla y autoriza el ordenamiento jurídico vigente.

Esta labor del Juez de lo Contencioso Administrativo, cobra singular significado, en atención a que las decisiones de la Administración Pública están amparadas por una presunción de legalidad —que a su turno transmite la presunción de veracidad a los supuestos o motivos fácticos que le sirven de

fundamento- la cual deberá ser desvirtuada por quien se considere agraviado por esa decisión y pretenda su declaratoria judicial de nulidad.

Así pues, la principal prerrogativa de la cual dispone la Administración Pública en torno a la determinación de los hechos y a la consecuente fundamentación en ellos de la decisión del caso, es la que ha dado en llamarse "privilegio de ejecutividad" o "carácter executorio" de los actos administrativos, de acuerdo con la cual las decisiones administrativas obligan desde que son dictadas y adquieren firmeza en sede administrativa, lo cual determina su inmediato cumplimiento, independientemente de que puedan surgir discrepancias en torno a si se ajustan o no al ordenamiento jurídico, cuestiones éstas que habrán de ser ventiladas por los interesados que se sientan injustamente afectados en el proceso judicial al que tendrán que concurrir a través de la impugnación de la respectiva decisión.

Como corolario de lo anterior, el privilegio de la autotutela declarativa, o la presunción de legalidad de las decisiones administrativas, impone al interesado la carga de impugnar judicialmente el acto administrativo, para desvirtuar su presunción de legalidad; sin embargo, que la presunción de legalidad radique en el interesado la carga de accionar, no quiere decir que igualmente traslade a éste, sin más y plenamente, el deber de probar la totalidad de los hechos relevantes para el proceso o, en otros términos, la carga de aportar siempre y en todos los casos todos los elementos demostrativos, necesarios e idóneos, para acreditar que fue errónea la aplicación sobre la existencia de los hechos o la calificación que de los mismos realizó la Administración.

Cabe sostener, por tanto, que la distribución de la carga de la prueba en el proceso judicial, no se basa en la posición formal de demandante o demandado, sino en el objeto y en el contenido de las pretensiones; cada parte deberá probar aquellos hechos en los cuales se funda su pretensión o su oposición a la misma, lo que equivale a decir que cada parte tendrá que acreditar la concurrencia de las circunstancias configuradoras del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca en su favor¹⁶.

De acuerdo con lo anterior, si el interesado ha cumplido con la carga que para él se deriva de la presunción de legalidad de la decisión administrativa que le afecta, impugnándola ante el Juez de lo Contencioso Administrativo y con apoyo del material demostrativo de la concurrencia del supuesto de

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, expediente: 25.742.

hecho de la(s) norma(s) cuyo(s) efecto(s) jurídico(s) persigue, será a la administración demandada a la que entonces corresponderá, acreditar la fundamentación del acto administrativo demandado, esto es tanto la ocurrencia real de los presupuestos fácticos –*motivos* o hechos determinantes– como su consistencia y coherencia con la *motivación* del mismo y con las hipótesis fácticas previstas en las normas a cuya aplicación se procedió en ese específico evento. Debe la Administración, por tanto, allegar al expediente todos los elementos probatorios -de ordinario documentos- que conduzcan al juez a establecer que está llamado a desestimar los cargos de ilegalidad formulados por falsa motivación en contra del acto demandado, como lo sugería la presunción de validez que le amparaba; en otros términos, la autoridad administrativa que profirió el acto enjuiciado está en la obligación de probar, judicialmente, que los motivos de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento al acto demandado, realmente existieron y ameritaron la decisión administrativa adoptada.

En definitiva, cabe precisar que, en cuanto el demandante haya satisfecho su correspondiente *onus probandi*, es la autoridad administrativa que adoptó la decisión demandada, a la que corresponde constitucional y legalmente la carga de allegar al expediente del proceso judicial, el material demostrativo que evidencie que el acto fue proferido previa instrucción del *procedimiento* de rigor, con base en unos *motivos* o *hechos determinantes* existentes y razonablemente valorados, provisto de la *motivación* que exige la ley y con una *finalidad* conforme a derecho.

En orden de lo expuesto, en el caso bajo estudio, era la entidad demandada quien debía aportar en la respectiva oportunidad procesal, las pruebas que acreditaran la legalidad del acto que se demandó. Encuentra la Sala que el demandante cumplió con la carga que, de acuerdo con su teoría del caso le asistía, pues aportó documentos que demostraban la naturaleza del cargo, lo cual difiere de la aseveración alegada por la parte demandada.

En consecuencia, como ello no ocurrió, pues no existe prueba en el expediente que demuestre o sustente lo afirmado en torno a que el cargo se percibía como uno de libre nombramiento y remoción, contrario a lo señalado en el manual de funciones de la Caja de Previsión Social, la conclusión necesaria es la falsa motivación del acto.

Se considera que la resolución por medio de la cual se ordenó la desvinculación de la señora Celia Teherán Castro, está incurso en la causal de nulidad.

dad de falsa motivación al evidenciarse una ausencia de concordancia entre los fundamentos que sustenten el acto y la situación real que se presentaba, pues se observa que el cargo de Secretaria de gerencia no es de libre nombramiento y remoción para poder estar sujeto a la discrecionalidad del nominador, al contrario, es un empleo de carrera administrativa.

Bajo estas condiciones, concluye la Sala que la actora logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asiste al acto administrativo demandado, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, que concedió las pretensiones de la demanda.

Frente a la solicitud en sede de apelación por parte de la demandada, referente a que esta Corporación oficiara a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Cruz Roja Colombiana Seccional Bolívar y a la Contraloría Distrital de Cartagena, para el recaudo de ciertas pruebas documentales, es preciso aclarar que la práctica de dichas pruebas resulta improcedente en esta instancia, en virtud de lo contemplado en el artículo 327 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 212¹⁷ del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo:

1. *Cuando todas las partes las pidan de común acuerdo.*
2. *Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.*
3. *Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.*

¹⁷ Artículo 212 CPACA: Oportunidades Probatorias. (...) En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. *Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.*
2. *Cuando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. En este último caso, solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.*
3. *Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.*
4. *Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.*
5. *Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta. (...)*

4. *Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.*
5. *Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trate el ordinal anterior.*

Revisados los literales anteriores y en cotejo con las pruebas requeridas por el peticionario, se evidencia que ninguna cumple con los presupuestos legales, toda vez que las pedidas no coinciden con las decretadas en primera instancia, han sido exigidas por voluntad de única parte, no aluden a hechos acaecidos posteriormente ni aducidos en su oportunidad en primera instancia.

Así entonces, teniendo en cuenta que el recurrente no solicitó las pruebas en la oportunidad probatoria correspondiente, como tampoco acreditó que las mismas cumplieran alguno de los presupuestos ordenados en la Ley procesal para que operaran en esta segunda instancia, dichas peticiones carecen de fundamentación legal.

Por otra parte, en lo que respecta a la apelación parcial de la parte demandante, esta Sala considera negar la petición, teniendo en cuenta lo siguiente:

Que con relación a los efectos de la nulidad del acto de retiro sin motivación del funcionario vinculado en provisionalidad, en sentencia SU-556 de 2014, la Corte Constitucional dijo que «[...] 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****» (negrillas propias de la Sala).

En ese contexto, es menester tener en cuenta que la extensión del daño indemnizable viene limitada por dos factores. El primero tiene que ver con el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que, si bien, de acuerdo con

la jurisprudencia constitucional, dicho funcionario tiene una estabilidad relativa, es claro que no puede abrigar una expectativa de permanencia indefinida en el cargo. De este modo, aun cuando en la práctica, en contravía con expresa disposición legal, los nombramientos en provisionalidad se extienden en el tiempo y pueden tener una duración de varios años, al menos para efectos indemnizatorios es posible concluir que el nombramiento en provisionalidad no puede generar una expectativa de estabilidad que vaya más allá de la que, de acuerdo con el ordenamiento legal, pueda tener una persona que ha sido vinculada en dicha modalidad. El segundo factor que limita la extensión de lo que puede considerarse como un daño indemnizable, tiene que ver con una consideración de carácter general, sobre la responsabilidad que le cabe a cada persona en la generación de los recursos necesarios para atender sus requerimientos vitales, sin que sea de recibo la actitud de quien, ante la pérdida del empleo, omite injustificadamente la realización de las actividades imprescindibles para la auto-provisión de recursos.

Con relación al cumplimiento del tope establecido en esta sentencia de unificación, es preciso mencionar que el Consejo de Estado¹⁸ en sede de tutela, mediante sentencia de fecha 2 de octubre de 2019, amparó los derechos del Municipio de Palestina-Caldas, al encontrar que el Tribunal Administrativo de Caldas al momento de establecer el restablecimiento del derecho, en un caso en el que se declaró la nulidad de acto administrativo que ordenaba la desvinculación de un empleado en provisionalidad, no tuvo en cuenta el tope indemnizatorio establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014.

En dicha providencia, se determinó básicamente, que las reglas de interpretación fijadas en la sentencia de unificación SU-556 de 2014, tienen fuerza vinculante por, justamente, fijar la forma cómo deben interpretarse las normas. Que la aplicación de la sentencia SU-556 de 2014 no desconoce el principio de congruencia entre lo alegado en la apelación y lo decidido en la sentencia de segunda instancia, pues, se insiste, dicha decisión de unificación es obligatoria y tiene efecto en todos los casos en los que deba decidirse el restablecimiento del derecho derivado de la nulidad de actos que declaran la insubsistencia de nombramientos provisionales en cargos de carrera administrativa¹⁹.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, radicado: 11001-03-15-000-2019-03697-00

¹⁹ La sentencia proferida en primera instancia por la Sección Cuarta del Consejo de Estado fue confirmada por la Sección Quinta de la misma Corporación mediante sentencia del 23 de enero de 2010, radicado: 11001-03-15-000-2019-03697-01.

Conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, como restablecimiento del derecho, se confirmará la decisión del A- quo que ordenó el reintegro de la señora Celia Teherán Castro, en el cargo que venía ocupando en la Caja de Previsión Social de la Universidad de Cartagena, pues los efectos de la nulidad prevén que las cosas deben volver a su estado anterior y, en esa medida, quedaría, por efectos de esta decisión, sin efectos un eventual nombramiento realizado en provisionalidad en el cargo que ocupaba la actora. No obstante, se precisa que dicho reintegro procederá, siempre y cuando no haya sido provisto en propiedad dicho cargo, la demandante no haya cumplido la edad de retiro forzoso o no hubiese sido suprimido dicho empleo.

5.7. Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*, hoy Código General del Proceso- CGP.

El artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Conforme las citadas normas, se condenará en costas al demandado, dado que se confirma la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones del demandante, y así mismo, el recurso de apelación interpuesto por el demandado, no prosperó.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual concedió las pretensiones de la demanda formulada por la señora Celia Teherán Castro.

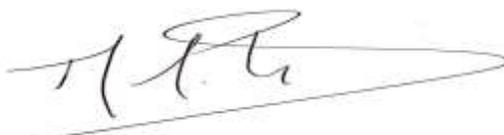
SEGUNDO: Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandada, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia. Estas serán liquidadas de manera concentrada por el juez de primera instancia conforme lo dispone el artículo 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

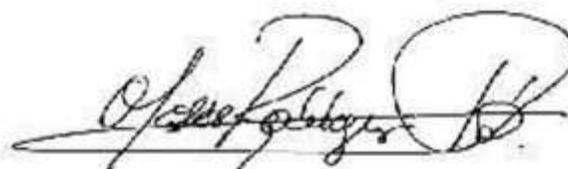
LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-31-004-2013-00412-01
Demandante	CELIA TEHERÁN CASTRO
Demandado	UNIVERSIDAD DE CARTAGENA
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN