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

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2016-00123-01
Demandante	NAUDIS GÓNGORA PÉREZ
Demandado	MUNICIPIO DE SANTA CATALINA
TEMA	INSUBSISTENCIA EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de fecha 29 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES[1]

PRIMERO: Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto N° 058 del 08 de febrero de 2016, por medio del cual se declaró la insubsistencia en el nombramiento de la señora Naudis Góngora Pérez del cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 02.

[1] Fl. 2-4.

SEGUNDO: Que a título de restablecimiento del derecho se condene al municipio de Santa Catalina- Bolívar a reintegrar a la señora Naudis Góngora Pérez al mismo cargo que venía desempeñando; esto es, Auxiliar Administrativo Código 407, Grado 02, o en su defecto a uno de igual o de superior categoría.

TERCERO: Que se condene al municipio de Santa Catalina- Bolívar a cancelar a favor de la señora Naudis Góngora Pérez los salarios, bonificación por servicio prestado, prima de servicio, prima extraordinaria por productividad, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, interés de cesantías, aportes a la seguridad social y demás emolumentos a que tenga derecho, así como los aumentos o incrementos ordenados por la ley sobre el salario y demás prestaciones, desde la fecha en que fue desvinculada, esto es 08 de febrero de 2016, hasta que efectivamente se produzca el reintegro y en adelante teniendo en cuenta el último salario devengado.

CUARTO: Que se condene al municipio de Santa Catalina-Bolívar a cancelar los conceptos antes señalados como si jamás hubiera existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

QUINTO: Que se condene al municipio de Santa Catalina- Bolívar al pago de todas las acreencias laborales a que tiene derecho la demandante, esto es, cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, prima técnica, vacaciones, aportes a la seguridad social y demás emolumentos, como resultado de haber laborado en esa entidad desde el día 5 de enero de 2004 hasta el 9 de febrero de 2016.

SEXTO: Que se condene al municipio de Santa Catalina- Bolívar al pago de una sanción moratoria por no haber cancelado a favor de la demandante las acreencias laborales a las cuales tenía derecho al momento de la declaración de insubsistencia por parte de la entidad demandada.

SÉPTIMO: Que se condene al municipio de Santa Catalina- Bolívar, a cancelarle a la actora, el valor de todas y cada uno de los conceptos reclamados, debidamente indexados, desde la fecha de su causación, hasta el momento en que efectivamente se le cancelen, aplicando la fórmula establecida por el Consejo de Estado sobre la indexación.

OCTAVO: Que se condene al municipio de Santa Catalina- Bolívar al pago de las costas y agencias en derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA y se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del CPACA.

3.1.2. HECHOS[2]

Que mediante Decreto de fecha 5 de enero de 2004, expedido por la Alcaldía Municipal de Santa Catalina— Bolívar, se nombró en provisionalidad a la señora Naudis Góngora Pérez en el cargo de Administradora del Sisben; razón por la cual la demandante tomó posesión del cargo en la misma fecha.

Que dicho cargo se encuentra creado y provisto en el empleo de Auxiliar Administrativo con Código 407 Grado 02; siendo este último considerado como cargo de carrera del municipio de Santa Catalina - Bolívar.

Que mediante Decreto N° 058 de fecha febrero 08 de 2016, se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Auxiliar Administrativo con Código 407 Grado 02 que se le había hecho a la actora señora Naudis Góngora Pérez; decreto que le fue comunicado a la demandante el día 9 de febrero de 2016.

Que dicho decreto no fue motivado acorde a los parámetros señalados por la ley y la jurisprudencia, pues la parte convocada en ningún momento justificó las razones por las cuales se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante; sobre todo teniendo en cuenta que la Ley 909 del 2004 ha sido clara en señalar que el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento debe estar debidamente motivado.

Que al momento de declarar insubsistente el cargo de la señora Naudis Góngora Pérez, la entidad demandada no le canceló el salario correspondiente al mes de diciembre del año 2015; al igual que tampoco le canceló la liquidación de las prestaciones sociales a las cuales tiene derecho.

Que durante el tiempo de vinculación laboral con la entidad convocada la señora Naudis Góngora Pérez no recibió llamado de atención alguno;

[2] Fl. 4-6.

desempeñando siempre su cargo Administradora del SISBEN de forma sobresaliente.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La demandante señaló como violadas las siguientes disposiciones :

Artículos 25, 29, 48, 53, 230, 209 de la Constitución Nacional. Ley 909 del 2004 artículo 41, Decreto Reglamentario 1221 de 2005, Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010 y T-641 de 2011.

Indicó que desde la vigencia de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto administrativo de desvinculación de un empleado nombrado en provisionalidad es un imperativo.

Señaló que la motivación debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto y no de forma caprichosa.

Que durante toda la relación laboral, nunca recibió un llamado de atención, como tampoco tuvo investigaciones en su contra.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. MUNICIPIO DE SANTA CATALINA.

El Municipio de Santa Catalina no contestó la demanda dentro de la oportunidad procesal correspondiente.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3].

La A-quo denegó las pretensiones planteadas por la demandante. Indicó que la entidad demandada fundó su acto de declaratoria de insubsistencia, en la necesidad de garantizar un buen gobierno y un mejor servicio, para lo cual habría de requerir de quien desempeñara el cargo, mayor educación formal e informal.

[3] Fl. 247-265.

Consideró que la demandante, para demostrar los cargos de nulidad del acto acusado y en consecuencia lograr la prosperidad de sus pretensiones, debía acreditar además de que el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 02 estaba clasificado como un cargo de carrera administrativa, que con posterioridad a su insubsistencia la ejecución de la labor de la entidad desmejoró y que el servicio público prestado por la Alcaldía de Santa Catalina (Bolívar) antes que mejorar, sufrió el efecto contrario.

Tampoco quedó demostrado en el expediente, que la persona que reemplazó a la actora en el cargo señalado en punto anterior no cumpliera con el perfil exigido en el Manual de Funciones y Competencia Laborales vigente, o que dicha persona no contara con estudios y capacitaciones superiores a las presentadas por la demandante.

En conclusión, consideró que no se logró desvirtuar que fueron las razones del buen servicio y no otras las que motivaron el acto de insubsistencia que ha sido demandado, es decir, no se acreditaron los cargos de nulidad planteados por la demandante contra el acto acusado, por lo que la solicitud de declaratoria de nulidad del Decreto No. 058 del 8 de febrero de 2016 debe ser denegada.

Por otro lado, la A-quo se declaró inhibida para pronunciarse de fondo, respecto de la pretensión de pago de todas las acreencias laborales a que tiene derecho por haber laborado desde el día 5 de enero de 2004 hasta el 9 de febrero de 2016 y la correspondiente sanción moratoria. La decisión de la juez se fundó en que dichas pretensiones no fueron solicitadas en sede administrativa.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante señaló que probó dentro del proceso, que cumplió a satisfacción todas y cada una de sus deberes y responsabilidades, garantizando la prestación de un buen servicio público por más de 12 años, en los que no recibió ninguna clase de llamados de atención o memorando por la prestación del servicio.

Por el contrario, lo que no se probó dentro del proceso, era que no existían justificaciones que ameritaran su relevo, demostrando así, una clara desviación de poder, al declararla insubsistente.

Señaló que se solicitó la hoja de vida para que corroborara lo planteado en los hechos de la demanda y pruebas aportadas, sin embargo, la demandada, a pesar de los requerimientos de la Juez, nunca la aportó con la excusa de que el expediente se había extraviado.

Sin embargo, en el expediente quedó demostrado el tiempo de duración de la demandante en la prestación del servicio al Municipio de Santa Catalina, lo cual permite presumir que estaba plenamente capacitada para prestar un buen servicio. Además, se aportaron los diferentes estudios que había realizado la actora, que le otorgaban un alto perfil para el cargo que desempeñaba, pruebas suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda.,

En consecuencia, señaló que la Juez incurrió en error al no darle el valor probatorio a dichas pruebas documentales, y de igual forma, al no exigirle a la demandada demostrar las razones por las cuales prescindió de una persona idónea, pues la discrecionalidad no significa arbitrariedad. Para la juez fue suficiente la motivación vaga y ambigua que hizo la demandada para declararla insubsistente "en aras de tener un buen gobierno y servicio público y mejorar la prestación de este, se ha de requerir mayor formación formal e informal".

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 15 de febrero 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. 99).

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA.

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

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 esta primera instancia se ejerció control de legalidad de estas. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales

que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a dictar sentencia de segunda instancia.

V.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. CUESTIÓN PREVIA

Conforme lo dispone el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social.

En el presente caso, no se seguirá el turno correspondiente de sentencia, en atención a que sobre el objeto del proceso - insubsistencia de empleados en provisionalidad - existe un marcado precedente jurisprudencial que permite adoptar una decisión de fondo.

3. 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 negó las pretensiones de la demanda?

Específico: ¿Se debe declarar la nulidad del Decreto No. 058 de 2016 por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora Naudis Góngora Pérez en el cargo de Auxiliar Administrativo en la Alcaldía del Municipio de Santa Catalina, al no estar debidamente motivado?

En caso de resultar procedente la declaratoria de nulidad del acto de desvinculación, corresponderá determinar *¿Cuáles son los efectos de la nulidad del acto de retiro sin motivación del funcionario vinculado en provisionalidad?*

Se precisa que no se hará ningún pronunciamiento en torno al pago de prestaciones sociales adeudadas de años en los que la demandante estuvo vinculada al servicio; toda vez que, sobre esta pretensión la juez de primera instancia se declaró inhibida y no se presentó por parte de la accionante ninguna inconformidad al respecto.

4. TESIS

La Sala revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, al considerarse que el acto de desvinculación no tiene una cohesión con la realidad fáctica, en tanto que no se determinan los móviles que conllevaron al retiro de la demandante.

Se determinará que la demandante cumplió con la carga de accionar, y de proponer los fundamentos jurídicos que, a su juicio, permitían afirmar que el acto por medio del cual fue desvinculada no estaba debidamente motivado. Por el contrario, se considera que el Municipio de Santa Catalina, debía demostrar los supuestos fácticos que dieran al traste con la pretendida mejora del servicio. Además, que el procedimiento para retirar un empleado en provisionalidad no implica el ejercicio de una potestad netamente discrecional del nominador, pues, precisamente, dada la estabilidad relativa que se predica, se exige que la desvinculación este precedida de una motivación.

Como restablecimiento del derecho se ordenará el reintegro de la señora Naudis Góngora Pérez, en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 2 de la Planta de la Alcaldía del Municipio de Santa Catalina- Bolívar. Sin embargo, dicha orden podrá cumplirse, siempre y cuando no haya sido provisto en propiedad dicho cargo, que la demandante no haya cumplido

la edad de retiro forzoso o no hubiese sido suprimido dicho cargo. En cuanto al pago de las prestaciones se aplicará lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014.

5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.5.1. 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*[4]".

5.6. CASO CONCRETO

5.6.1. Hechos probados

5.6.1.1. Por medio del Decreto No. 058 del 8 de febrero de 2016, expedido por el Alcalde del Municipio de Santa Catalina-Bolívar, se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Naudis Góngora Pérez quien se desempeñaba como Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 2. En el referido acto administrativo se estableció que la desvinculación se daba, primero en ejercicio de la facultad discrecional que ostenta el Alcalde como nominador y segundo, en aras de un buen gobierno, servicio público y de mejorar la prestación de este, para lo cual se ha de requerir mayor educación formal e informal (fl. 22-23).

5.6.1.2 En el folio 24 del expediente reposa copia del Decreto sin número, de fecha 5 de enero de 2004 emanado de la Alcaldía del Municipio de Santa Catalina, por medio del cual se nombró a la señora Naudis Góngora Pérez, como administradora del Sisben Municipal. La demandante tomó posesión del cargo el día 5 de enero de 2004 (fl. 25).

5.6.1.3 La señora Naudis Góngora Pérez conforme los diplomas aportados es Administradora Pública y Técnica en Contabilidad Empresarial Administrativa. También certificó cursos de capacitación para la administración y actualización del nuevo SISBEN y capacitación para la implementación del SISBEN III (fl. 26-30).

[4] C-279 de 2007.

5.6.2. 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 ejerciendo en provisionalidad.

Esta demostrado en el proceso, que la demandante se vinculó en la Alcaldía del Municipio de Santa Catalina desde el año 2004, en el cargo de administradora del Sisben Municipal desde el 5 de enero de ese año y fue desvinculada del servicio por medio del Decreto No. 058 del 8 de febrero de 2016.

Consideró la accionante que el acto de desvinculación no fue motivado acorde a los parámetros señalados por la ley y la jurisprudencia, pues la parte demandada en ningún momento justificó las razones por las cuales se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante; sobre todo teniendo en cuenta que la Ley 909 del 2004 ha sido clara en señalar que el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento debe estar debidamente motivado.

La Juez de Primera Instancia negó la nulidad del acto de desvinculación, aduciendo que la demandante debía acreditar, además de que el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 02 estaba clasificado como un cargo de carrera administrativa; que, con posterioridad a su insubsistencia, la ejecución de la labor de la entidad desmejoró y que el servicio público prestado por la Alcaldía de Santa Catalina antes que mejorar, sufrió el efecto contrario.

Indicó que tampoco quedó demostrado en el expediente, que la persona que reemplazó a la actora, en el cargo señalado en punto anterior, no cumpliera con el perfil exigido en el Manual de Funciones y Competencia Laborales vigente, o que dicha persona no contara con estudios y capacitaciones superiores a las presentadas por la demandante.

Contrario a lo manifestado por la A-quo, se debe advertir que el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 02, sí era de carrera administrativa y fue provisto en provisionalidad a favor de la demandante. La anterior, afirmación se sustenta en lo plasmado en el mismo acto administrativo que desvinculó a la demandante.

Partiendo que la demandante se encontraba desempeñando en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, se debe tener presente que si bien su vinculación no le otorga la totalidad del fuero que le asiste a los empleados inscritos en el escalafón de carrera, no es menos cierto que legal y jurisprudencialmente se les ha brindado una protección, tendiente a que el acto de desvinculación siempre esté debidamente motivado.

Es decir, se tiene como una exigencia que el acto por medio del cual se desvincule al empleado en provisionalidad, debe estar sustentado en fundamentos fácticos y jurídicos que soporten la decisión que se adopta. La explicación que se exige al nominador debe ser particular y concreta, esto es, señalar las razones fácticas y específicas por las cuales se prescinde de los servicios del empleado, para que de esta manera el juez pueda hacer un control efectivo de legalidad.

A juicio de la Sala la exigencia que se predica del acto de desvinculación de los empleados nombrados en provisionalidad, es que los motivos o razones deben estar en concordancia con una realidad fáctica, de tal modo que se pueda contrastar o verificar cuáles fueron los fundamentos determinantes expuestos para tal fin, ya que puede darse el caso, de que el acto administrativo este en apariencia motivado, pero las razones que se exponen son totalmente falsas o imposibles de demostrar.

En el presente caso, se evidencia que el fundamento para desvincular a la accionante fue la de "*de tener un buen gobierno y servicio público y mejorar la prestación del mismo, se ha de requerir mayor educación formal e informal*". Se expresa en el respectivo acto administrativo, que quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, accede al mismo de forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, por lo tanto, su desvinculación se puede hacer de la misma manera.

De las razones plasmadas en el acto que desvinculó a la demandante, se puede considerar, en primer lugar, que no es cierto que la desvinculación del nombrado en provisionalidad se puede hacer de manera discrecional por parte del nominador, pues, en la Ley 909 de 2004 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia, exigen que el acto esté debidamente motivado, lo cual restringe la facultad o potestad libre, facultativa del nominador, pues, sobre estos empleados se ha

establecido una estabilidad laboral relativa, que se traduce precisamente en que su retiro del servicio este fundamentado.

En segundo lugar, se considera que si bien es cierto la finalidad de toda administración es el mejoramiento continuo en la prestación del servicio, bajo unos estándares de eficiencia y eficacia; sin embargo, se considera que estos conceptos, al ser indeterminados encierran una cantidad de variables y situaciones que deben ser aterrizadas en cada área, temática o y/o política pública.

Bajo ese contexto, se estima que las razones de buen gobierno y mejoramiento en la prestación servicio, esgrimidas en el acto que desvinculó a la demandante, deben estar soportadas o concatenadas con supuestos fácticos que permitan contrastar o verificar dicho objetivo.

En ese sentido, no se observa en el caso de la demandante antecedentes que permitan determinar, que la señora Naudis Góngora no estaba cumplimiento con los deberes del cargo; no cumplía con los requisitos para estar desempeñándolo o porque dada la existencia de una reforma en la planta de personal, se suprimió dicho empleo, etc. Sin embargo, la Juez de Primera Instancia contempló la legalidad del acto demandado, bajo el pretexto de que la parte demandante no cumplió con la carga de desvirtuar las razones de buen servicio y mejoramiento que expresó la entidad en el respectivo acto de desvinculación.

La Sala no comparte el criterio adoptado por la A-quo, por cuanto se considera que una cosa es el deber que tiene quien acude a la administración, de presentar los planteamientos fácticos y jurídicos que permitan desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y otra muy distinta, es conferirle todo el deber de probar los móviles que motivaron a la administración a adoptar la decisión que se cuestiona, pues, en este evento, se considera que la autoridad administrativa tiene el deber procesal de presentar los antecedentes que sustentaron la decisión que emitió.

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 que el interesado tenga 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 favor[5].

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 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, en la medida que el demandante haya satisfecho su correspondiente *onus probandi,* es la autoridad administrativa que adoptó

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

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.

De no acogerse ese planteamiento de la carga dinámica de la prueba, habría que suponer que cualquiera razón que se exponga en determinado acto administrativo, indica por sí que se suple o cumple con el presupuesto de la motivación; no siendo ello lo correcto, pues la verdadera fundamentación del acto administrativo implica que exista una cohesión entre lo que se indica y la realidad fáctica.

En orden de lo expuesto, en el caso bajo estudio, se evidencia que la accionante cumplió con la carga de accionar y de proponer los fundamentos jurídicos que a su juicio permitían afirmar que el acto por medio del cual fue desvinculada no estaba debidamente motivado. Por el contrario, se considera que el Municipio de Santa Catalina, debía demostrar los supuestos fácticos que dieran al traste con la pretendida mejora del servicio. Además, que, como se expuso en párrafos anteriores, el procedimiento para retirar un empleado en provisionalidad no implica el ejercicio de una potestad netamente discrecional del nominador, pues, precisamente, dada la estabilidad relativa que se predica, se exige que la desvinculación este precedida de una motivación.

En consecuencia, como ello no ocurrió, pues no existe prueba en el expediente que demuestre o sustente los móviles plasmados en el decreto que desvinculó del servicio a la demandante, la conclusión necesaria a la que llega la Sala es la falta de motivación del acto.

En ese orden, se concluye que se utilizó el móvil del buen servicio y la eficacia y eficiencia de este, como excusa para lograr, bajo una apariencia de legalidad, la desvinculación de la accionante.

Bajo estas condiciones, concluye la Sala que el acto por medio del cual se desvinculó del servicio a la demandante no fue debidamente motivado, razón por la cual se revocará la sentencia apelada, que negó las

pretensiones de la demanda, para, en su lugar, declarar la nulidad del Decreto No. 058 del 8 de febrero de 2016.

5.5.2.1 Del restablecimiento del derecho

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 Estado[6] 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 determinar 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 de unificación 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 administrativa[7].

Conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, como restablecimiento del derecho, se ordena el reintegro de la señora Naudis Góngora Pérez, en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 2. No obstante, se precisa que dicho reintegro procederá, siempre y cuando no haya sido provisto en propiedad dicho cargo y la demandante no haya cumplido la edad de retiro forzoso o no hubiese sido suprimido dicho empleo.

Consecuentemente, se ordenará reconocer, liquidar y pagar los salarios y demás emolumentos que la señora Naudis Góngora Pérez debió devengar conforme el cargo que desempeñaba, causados desde el momento en que fue declarada insubsistente, esto es, desde el 9 de febrero de 2016 (fl. 23) hasta un plazo máximo de 24 meses, contados desde la fecha en que se produjo dicho retiro, así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

---

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

[7] 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.

Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA., de conformidad con la siguiente fórmula:

R = VH x (IPC actual/IPC inicial)

En la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

5.7. Costas en segunda instancia.

Teniendo en cuenta que se revoca la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, conforme lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas de ambas instancias a la parte demandada. Estas serán liquidadas de manera concentrada por el A-quo conforme lo indica el artículo 366 del Código General del Proceso.

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

REVOCAR la sentencia de fecha 29 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena; excepto el numeral primero de la sentencia por no ser objeto de apelación. En consecuencia, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Decreto No. 058 del 8 de febrero de 2016, por medio del cual se desvinculó a la señora Naudis Góngora Pérez del cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 2, que venía desempeñando en provisionalidad en la Alcaldía del Municipio de Santa Catalina.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, **ORDENAR** el reintegro de la señora Naudis Góngora Pérez, en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 2 de la Planta de la Alcaldía del Municipio

de Santa Catalina- Bolívar. No obstante, se precisa que dicho reintegro procederá, siempre y cuando no haya sido provisto en propiedad dicho cargo, que la demandante no haya cumplido la edad de retiro forzoso o no hubiese sido suprimido dicho cargo.

TERCERO: Reconocer, liquidar y pagar los salarios y demás emolumentos dejados de percibir por la señora Naudis Góngora Pérez, conforme el cargo que desempeñaba al momento del retiro- Auxiliar Administrativo Código 407 Grado 2-, los cuales se causaron desde el momento en que fue declarado insubsistente el nombramiento, esto es, desde el 9 de febrero de 2016 hasta un plazo máximo de 24 meses, contados desde la fecha en que se produjo dicho retiro. Así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

CUARTO: Las sumas cuyo reconocimiento ordena esta sentencia, serán ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA., de conformidad con la formula señalada en la motivación de esta sentencia.

QUINTO: 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.

SEXTO: 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