

República De Colombia



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
DE VALLEDUPAR - CESAR

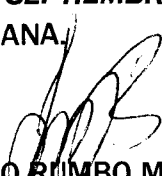
E D I C T O

RADICADO	:	20001-33-33-001-2012-00086-00
CLASE DE PROCESO	:	Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE (S)	:	LINEY PATRICIA MERCADO CALLEJA
DEMANDADO (S)	:	MUNICIPIO DE CHIMICHAGUA

EL (LA) SUSCRITO (A) SECRETARIO (A) DE ESTE DESPACHO JUDICIAL, HACE SABER QUE DENTRO DEL REFERENCIADO, SE DICTO:

SENTENCIA DE FECHA	EL SEÑOR JUEZ
VEINTISIETE (27) DE AGOSTO DE 2013	Dr JAIME ALFONSO CASTRO MARTINEZ

Y PARA NOTIFICAR A LAS PARTES Y DEMAS INTERESADOS DEL CONTENIDO DEL FALLO ANTERIOR, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA DE ESTE JUZGADO, POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DIAS, HOY DOS (02) de SEPTIEMBRE de DOS MIL TRECE (2013), SIENDO LAS OCHO (8:00) DE LA MAÑANA.


JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE
SECRETARIO

SE DEJA CONSTANCIA QUE EL PRESENTE EDICTO SE DESFIJA HOY CUATRO (04) DE AGOSTO DE 2013, SIENDO LAS SEIS (6:00) DE LA TARDE, DESPUES DE ESTAR FIJADO POR EL TERMINO LEGAL, EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE LA SECRETARIA.


JOSE ALBERTO RUMBO MAESTRE
SECRETARIO



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO EL CIRCUITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
Valledupar, veintisiete (27) de Dos Mil Trece (2013).

Medio de Control	: Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante	: LINEY MERCADO CALLEJA
Accionando	: MUNICIPIO DE CHIMICHAGUA
Radicación	: 20-001-33-31-001-2012-00086-00

I. ASUNTO

LINEY MERCADO CALLEJA, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento, consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, presenta demanda contra el Municipio de Chimichagua - Cesar, a fin de obtener las declaraciones y condenas que a continuación se detallan.

II. DEMANDA

Pide el actor que en sentencia de mérito se haga un pronunciamiento sobre las siguientes:

2.1. PRETENSIONES

PRIMERA: Ejercer control de constitucionalidad por vía de excepción, inaplicando el acuerdo N° 002 de Enero 22 de 2011, del Concejo Municipal del municipio de Chimichagua - Cesar, por medio del cual se crea la Inspección Central de Policía del municipio de Chimichagua, que sirvió de sustento a la entidad demandada para declarar la insubsistencia a la señora LINEY MERCADO CALLEJA.

SEGUNDA: Declárese que es nulo el acto administrativo constituido por el Decreto No. 015 del Tres (03) de Febrero de 2012 expedido por el Municipio de Chimichagua - Cesar, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora LINEY MERCADO CALLEJA, del cargo de Inspectora de Policía, de la citada municipalidad.

TERCERA: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Municipio de

Chimichagua – Cesar, el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando, u otro empleo de superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio.

CUARTA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la parte demandada Municipio de Chimichagua – Cesar, a reconocer y pagar a la demandante todas las sumas correspondientes a sueldos, primas, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías y demás emolumentos dejados de recibir, inherentes a su cargo, con efectividad a la fecha de su insubsistencia, hasta cuando sea incorporada al servicio, incluyendo el valor de los emolumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia.

QUINTA: Se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio por la señora LINEY MERCADO CALLEJA, desde cuando fue desvinculada hasta cuando se haga efectivamente reintegrada.

SEXTA: Que se condene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 192 y s.s. de la ley 1437 de 2011

SEPTIMA: Condénese a la entidad demandada a la cancelación de las costas del proceso.

2.2. HECHOS

1) La señora LINEY MERCADO CALLEJA fue nombrada legalmente en el Municipio de Chimichagua – Cesar, en el cargo de Inspectora de Policía desde el Primero (01) de Febrero de 2011, del cual fue debidamente posesionada, hasta el día Seis (06) de Febrero de 2012, fecha en la que le comunicaron la insubsistencia de su cargo, declarada mediante Decreto N° 015 del Tres (03) de Febrero de 2012.

2) La autoridad nominadora, motivó el acto administrativo impugnado con fundamento en el acuerdo N°002 de 2011, por medio del cual se crea la Inspección Central de Policía del Municipio de Chimichagua, donde se establece que el cargo de Inspector de Policía es de libre nombramiento y remoción; transgrediendo de esta forma el artículo 125 de la Constitución Política.

3) Que mediante sentencia N° 306/95, la Corte Constitucional declaró inexecutable en lo relativo a los apartes acusados en el Numeral Séptimo de la ley 27 de 1992, considera la Corte que no existe razón para que a los Inspectores de Policía y a los agentes del resguardo territorial se les ubique por fuera de las garantías inherentes a la carrera

administrativa; y ninguno de los criterios que justifican la adscripción al régimen de libre nombramiento y remoción se presentan en ese caso.

4) Que la administración municipal, debió darle aplicación a los artículos 125 de la Constitución Política, y 5 de la ley 990 de 2004 que establece la clasificación de los empleos e incluye a los inspectores como cargo de carrera administrativa, y no el acuerdo N° 002 de 2011.

5) Que la motivación del acto administrativo que declaro insubsistente a la señora LINEY MERCADO CALLEJA debió hacerse con fundamento en las cuales establecidas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004.

6) Que el Municipio de Chimichagua al momento de proferir el acto objeto de acusación no lo notificó en debida forma, como tampoco determino los recursos que pueden interponerse en su contra.

2.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante consideró infringidas las siguientes disposiciones: arts. 53, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 228 de la Constitución Política; Ley 909/2004.

Tocante al concepto de la violación, el apoderado judicial de la parte demandante manifestó que el municipio demandado transgredió las disposiciones constitucionales y legales citadas, por cuanto se desconocieron las atribuciones de ella contenidas de dar protección al trabajo, como derecho fundamental del administrado. Los empleados públicos a exigir del Estado que tanto los nombramientos como las remociones de sus servidores se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario, se generan irregularidades y desviaciones como las contenidas en el caso Sub – lite, en donde la autoridad nominadora no se sujetó a los cánones supralegales.

Al mismo tiempo, el Municipio al motivar el acto acusado con fundamento en el acuerdo que expidió el Concejo Municipal, olvidó por completo que la regla general es que los empleos públicos son de carrera, y que están amparados por unos principios mínimos fundamentales que tienen respaldo constitucional, hacen parte de los derechos sustantivos, y por lo tanto, prevalecen sobre cualquier consideración formal que le quieran dar, ya que dentro del Estado Social de Derecho imperante en Colombia, como eje constitucional, en su organización, impone a las autoridades actuar dentro de la

legalidad, como la expresión democrática más profunda en una estructura social.

Que la administración Municipal debió darle aplicación a los artículos 125 de nuestra Constitución, y 5 de la ley 909 de 2004, no al acuerdo N° 002 de 2011, que establece que el cargo de Inspector de Policía es de libre nombramiento y remoción, por ser contrario a nuestro ordenamiento jurídico, aplicando la excepción de inconstitucionalidad conforme lo estipula el artículo 4 de la Carta Política, y aún más cuando hay pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el tema, mediante la sentencia N° 306/95.

Si bien es cierto que la demandante no se encuentra inscrita en el escalafón de carrera administrativa, no es menos cierto que el cargo que ostentaba en el municipio, es un cargo de carrera administrativa y ha sido la entidad, quien en desconocimiento del artículo 125 de la Constitución Política, de manera consciente o negligente ha omitido realizar la convocatoria para efectuar el concurso para proveer en propiedad los cargos de carrera, colocando por ese hecho en situación de indefensión a los empleados que ocupan cargos de carrera administrativa, de tal manera, que no pueden aprovecharse de su propia culpa, en detrimento de los derechos fundamentales de sus empleados.

Lo cierto es que tal como lo ha reiterado la Honorable Corte Constitucional, el funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa está amparado por una estabilidad relativa, en la medida en que solo podrá ser removido para llenar la plaza de manera definitiva con quien obtuviere el primer lugar como consecuencia de una convocatoria a concurso o como consecuencia de la imposición de una sanción disciplinaria, y ninguna de las dos situaciones se han presentado para que se produzca la desvinculación de la señora LINEY MERCADO CALLEJA del Municipio de Chimichagua, lo que hace ilegal dicho retiro, vulnerándose con ello el derecho fundamental a la estabilidad laboral y al mínimo vital, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política.

En la medida en que un municipio a través de un acto administrativo ilegal, prive de la posibilidad de seguir laborando en condiciones dignas y justas a la demandante, se le está cercenando el ejercicio del derecho fundamental al trabajo y a la estabilidad laboral, desconociendo con ello la obligación que como entidad estatal le impone la Carta Política, en el artículo 25, el cual textualmente expresa que “el trabajo es un derecho y una obligación social y goza en todas sus modalidades, de la especial protección del estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”

Que de igual manera se violó el debido proceso, porque el respectivo acto administrativo de carácter particular y concreto debió notificarse y no comunicarse, por ser el resultado de una actuación administrativa conforme lo estipulaba el decreto 01 1984 vigente al momento de la desvinculación del accionante, y no una potestad discrecional por parte de la administración, así se transgredió el artículo 44 del CCA.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En esta oportunidad procesal, la parte demandada, pese a ser notificada y vencerse el término de traslado de la demanda, guardó absoluto silencio (según constancia secretarial visible fl 56)

IV. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 09 de Agosto de 2012 (fl. 26) a la cual se le dio el trámite del proceso ordinario, es decir, admisión mediante auto del 10 de Diciembre de 2012 (fl 51), notificaciones, al municipio demandado (fl. 53), al Procurador Judicial 185 Administrativo Delegado ante esta agencia judicial (fl. 53) y se procedió a correr el traslado para la contestación de la demanda (fl 55). Vencido el término de traslado para la contestación de la demanda, en el cual el municipio demandado guardó absoluto silencio (fl 56), se dispuso a señalar fecha para realizar la audiencia inicial ordenada en el artículo 180 de la ley 1437/2011, (fl 58), la cual se surtió sin decretarse pruebas - por cuanto se aportaron las necesarias por el demandante-, se prescindió de la audiencia de pruebas, y se corrió termino para la presentación de los escritos de alegatos por las partes, según lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 181 de la ley 1437/2011. Luego de presentados los alegatos, se pasó el expediente al Despacho, para proferir la presente sentencia.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada, Municipio de Chimichagua - Cesar, propuso a consideración del Despacho sus respectivos alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia con fundamento en el artículo 1 de la Constitución Política, en donde se estipula que los entes territoriales gozan de autonomía para su administración y dirección.

Bajo este criterio de autonomía administrativa el Municipio de Chimichagua creó el cargo de Inspector de Policía como un cargo de libre nombramiento y remoción, independientemente de los argumentos que esgrime el demandante, aduce que el

cargo en cuestión fue creado para que los estudiantes de derecho de ese municipio pudiesen hacer allí su año de judicatura, tal como se le garantizó a la hoy demandante, quien ingresó al cargo sin ser abogada titulada; argumento totalmente pobre, por decir lo menos, porque primero, la autonomía administrativa territorial deprecada debe sujetarse a los parámetros constitucionales y legales, y segundo, es iluso pretender que un solo cargo como lo es la Inspección Central de Policía de Chimichagua, solucione el problema de desempleo profesional dado a entender por el apoderado de la entidad accionada.

Expresa que el acuerdo que creó el cargo y estableció que éste era de libre nombramiento y remoción está vigente, entonces carece de fundamento fácticos que el apoderado de la demandante sostenga que se le debe restituir en el cargo, cuando no está acreditado por parte de la demandante que se le hubiere violado el debido proceso o se estén vulnerando sus garantías constitucionales, argumento que se desvirtúa con la excepción de constitucionalidad que se planteó y que el despacho dilucidará más adelante.

Por lo anterior solicita se declaren infundadas las pretensiones de la demandante puesto que no existen razones jurídicas para restituir en el cargo a la demandante, pues como lo ordena la norma, el acto administrativo está ajustado a la ley lo mismo que el acuerdo municipal que creó el cargo.

Aunado a esto, expone el apoderado judicial del municipio demandando que la demanda fue presentada extemporáneamente, pues aduce que bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984 los hoy demandantes tendrían un término de 02 meses para demandar el acto administrativo de desvinculación y no el término de 04 meses como lo ordena la ley 1437 de 2011; por lo que en relación a ésta se debe proferir un fallo inhibitorio, lo cual no es cierto, pues para el efecto solo basta leer el numeral segundo del artículo 136 del C.C.A.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandante, en su escrito de alegatos de conclusión expone que, en el caso concreto se tiene que el acto administrativo de retiro del servicio de la demandante fue expedido en vigencia de la ley 909 de 2004, razón por la cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el parágrafo 2° del artículo 4 ídem, y no a lo establecido por el acuerdo N°002 de enero 22 de 2011, del Concejo Municipal del Municipio de Chimichagua; esto por ser una competencia reglada, lo que quiere decir que solo procede por las causales consagradas en la Constitución Política y la ley.

Así mismo, solicita darle aplicación a los artículos 125 de la Constitución Política y 5 de la ley 909 de 2004, y no al acuerdo N° 002 de 2011, que establece que el cargo de inspector de policía es de libre nombramiento y remoción, por ser contrario al ordenamiento jurídico, ejerciendo la excepción de inconstitucionalidad conforme lo estipula el artículo 4 de la Carta Política.

Expone, que mediante providencia de fecha 12 de Marzo de 2013, el juzgado Sexto Administrativo Oral de Valledupar, ordeno *suspender la expresión “Libre nombramiento y remoción” contenida en el artículo 2° del acuerdo N° 002 de enero 22 de 2011, argumentando que al afrontar la expresión demandada con el artículo 125 de la Constitución política, se encuentra que la clasificación de un empleo de libre nombramiento y remoción es excepcional y requiere previa determinación de la ley. A su vez, al examinar el artículo 5 de la ley 909 de 2004, que regula la materia, no se encuentra que el cargo de inspector de Policía encaje claramente en algunos de los criterios allí señalados para clasificarlo como de libre nombramiento y remoción.*

A su vez señala que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre la motivación de los actos administrativos de desvinculación sobre personas nombradas en provisionalidad ha sido clara en disponer que no existen razones suficientes para aceptar que la administración omita su deber de motivar este tipo de actos; tanto así, que en el año 2010 se profirió por parte de la Sala Plena de esa Corporación la sentencia SU-917, en la que se unificaron reglas jurisprudenciales sobre la materia.

De la misma manera manifiesta que la ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es reglada y deberá efectuarse mediante acto motivado, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia discrecional mediante acto no motivado.

Arguye que el hecho de que un funcionario ejerza un cargo de provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, lo cierto es que si tienen derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera”.

Incoa la sentencia de la Corte Constitucional T 206/12 para esgrimir que si bien quienes ejercen cargos en provisionalidad no pueden asimilarse a un empleado público de carrera y, por lo tanto no puede pretender que le sean aplicables los derechos inherentes a la misma, ya que no se han sometidos a las reglas que impone la ley para el efecto (participar en el concurso de méritos y culminarlo con éxito, etc). Pero así mismo, tampoco pueden equipararse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública, mientras se lleva a cabo el correspondiente procedimiento para efectuar el nombramiento en propiedad. De esta manera concluyó:

“En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continua con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuales fueron las razones que motivaron esa decisión.

Por otra parte, también se dispuso que la falta de motivación de los actos de retiro de cargos en provisionalidad, constituye un vicio de nulidad, “ en la medida en que, además de la violación de un derecho fundamental al debido proceso (art 29 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.”

Finaliza diciendo que la Corte Constitucional ha dado suficientes argumentos para sostener que es un deber inexcusable de la administración motivar los actos de retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, en aras de salvaguardar el derecho al debido proceso y los principios de participación democrática y publicidad, que rigen el Estado Social de derecho; por lo que solicita a este Despacho acceder a las pretensiones de la demanda.

Anexa el apoderado judicial de la parte demandante en su escrito de alegatos de conclusión copia de la providencia de fecha 12 de mayo de 2013, emanada por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Valledupar.

VI. CONSIDERACIONES

6.1. Pronunciamiento sobre Nulidades, Presupuestos Procesales y Caducidad.

No encuentra el Despacho irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad parcial o total de lo actuado. Encuentra sí cumplidos los presupuestos procesales. En efecto, esta agencia judicial es competente en razón de la naturaleza del asunto y el lugar donde ocurrió el hecho. La demanda fue presentada dentro del término legal para ello, de tal manera que no ha ocurrido el fenómeno de la caducidad de la acción.

Como el apoderado judicial del municipio demandado no esgrimió ningún tipo de excepción pues no contestó oportunamente la demanda, y éste Despacho no encuentra probada alguna, se procede a resolver lo que en derecho corresponde.

6.2. Problema Jurídico.

Debe el Despacho dilucidar en el presente proceso si el ente territorial accionado violó normas superiores cuando expidió el acto administrativo acusado y en consecuencia este debe ser anulado conforme se solicita en las pretensiones; o si por el contrario la actuación cuestionada se encuentra ajustada a la Constitución y a la Ley conforme lo afirma el apoderado judicial del municipio accionado. La acusación en concreto consiste en que la administración con la expedición del acto administrativo demandado violó las disposiciones constitucionales y legales contenidas en el los arts. 53, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 228 de la Constitución Política; el art. 52 de la ley 4ª de 1913; el art. 150 parágrafo único de la ley 100 de 1993; y la ley 909 de 2004. En el sentir de la parte actora, como quiera que los funcionarios del ente territorial accionado se niegan a reintegrarlo al mismo cargo que venía desempeñando antes de ser desvinculado, contraviniendo la normatividad invocada como violada por las razones expuestas en el concepto de la violación transcrito renglones atrás.

6.3. Antecedentes y Normatividad Aplicable.

El artículo 125 de la Constitución Política Colombiana, establece:

“... Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los

méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción..."

La Ley 909 de 2004, regula el empleo público, la carrera administrativa y las situaciones jurídicas a que están sujetos los servidores públicos, estableciendo su campo de aplicación en el art. 3º:

"... Artículo 3º. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:...

.... c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados....."

Dicha ley en su artículo 5, realiza la clasificación de los empleos de quienes prestan sus servicios al Estado:

ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. *Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:...*

..... 2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

(.....)

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

(.....)

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

(....)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

(.....).

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

(.....).

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

En cuanto al retiro del servicio de quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, señala el art. 41 de la Ley 909 de 2004 las causales o motivo que dan lugar a ello:

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

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

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

6.4. Lo Probado en el Proceso:

Con las pruebas allegadas al proceso se pudo demostrar que:

-  Mediante el acuerdo N° 002 del 22 de Enero de 2011 el Concejo Municipal del municipio de Chimichagua crea la Inspección Central de Policía del Municipio de Chimichagua adscrita a la Secretaria de Gobierno del municipio, dicho acuerdo que fue sancionado por el alcalde Municipal de Chimichagua - Cesar.(fls 17 – 22).

- Mediante el Decreto N° 002 del Primero (01) de Febrero de 2011, el alcalde municipal del municipio de Chimichagua – Cesar, nombra a la señora LINEY MERCADO CALLEJA en el cargo de Inspectora Central de Policía de la planta del personal del municipio de Chimichagua (fls 10 – 11).
- Mediante acta de posesión N° 0576 expedida por la Alcaldía Municipal de Chimichagua – Cesar la señora LINEY MERCADO CALLEJAS fue debidamente posesionada del cargo descrito con anterioridad (fl 15).
- Mediante el Decreto N° 015 del Tres (03) de Febrero de 2012, el Alcalde del Municipio de Chimichagua – Cesar resolvió decretar la insubsistencia en el nombramiento de la demandante LINEY MERCADO CALLEJAS del cargo que venía desempeñando como Inspectora Central de Policía del municipio de Chimichagua – Cesar Grado 03 (fls. 13 - 14).
- Mediante oficio de fecha Tres (03) de Febrero de 2012 el Alcalde Municipal del municipio de Chimichagua notifico a la señora LINEY MERCADO CALLEJAS la declaración de insubsistencia del cargo que venía desempeñando (fl 12)

6.5. El Caso Concreto.

Luego del analizar pormenorizado del material probatorio allegado al expediente, este servidor judicial considera que la presunción de legalidad que pesa sobre el acto administrativo acusado quedará desvirtuada, tal y como se pasa a explicar en las siguientes argumentaciones, veamos:

Sea lo primero manifestar, que como regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son considerados de carrera administrativa, exceptuándose de tal régimen los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley - según lo establece el artículo 125 de la Constitución Política Colombiana-, en este sentido deben ser tomados como empleos de carrera, todos aquellos cargos en los que halla vinculación con el estado, exceptuando solo aquellos que por mandato expreso de la ley deban tener otra denominación.

Ahora, el artículo 313 de la Constitución Nacional, numeral 6 faculta al Concejo a determinar la estructura de la administración municipal y las Funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a Iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas

Industriales o comerciales y autorizar la constitución de Sociedades de economía mixta, de conformidad con esa norma se expide el acuerdo N° 002 de Enero 22 de 2011 que creó el cargo de Inspección de Policía del municipio de Chimichagua, por tanto, ese acto está ajustado a la ley en cuanto desarrolla la función descrita con anterioridad, con excepción de la parte de su artículo segundo que expresa "*Clasificación Libre nombramiento y remoción*", como se verá más adelante.

Sin embargo, si hacemos referencia al Control por vía de excepción que de acuerdo al artículo 4° de la Constitución Política que indica que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, deberán aplicarse las disposiciones constitucionales; control por medio del cual el juez o autoridad que conozca de un determinado asunto puede abstenerse de aplicar una norma que se considere contraria a la Constitución en el momento de tomar una decisión.

Al cotejar el acuerdo en el que la administración del municipio de Chimichagua basó su decisión de declaración de insubsistencia del cargo que ocupaba la demandante LINEY PATRICIA MERCADO CALLEJA con lo establecido en la ley, encontramos que la clasificación de un empleo de libre nombramiento y remoción es excepcional y requiere de previa determinación de la ley (facultad que solo está en cabeza del legislador, no del Concejo Municipal), a su vez, al examinar el artículo 5 de la ley 909/2004 que reglamenta todo lo relacionado a la carrera administrativa, no se encuentra que el cargo de Inspector de Policía encaje de manera adecuada en uno de los criterios allí señalados para clasificarlo como un cargo de libre nombramiento y remoción, máxime cuando repetimos la regla general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado son considerados de carrera administrativa.

De la misma manera es necesario traer a colación, luego de hacer un análisis de las funciones que desempeñaba la demandante cuando ostentaba cargo en mención (véase en el acápite de DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES del acuerdo N° 02 de Enero 22/2011. Fls 18-19) es claro que dichas funciones no corresponden a las que el espíritu de la Ley 909 de 2004, en su artículo 5°, quiso tener en cuenta para distinguir los cargos de libre nombramiento y remoción desempeñados en la administración descentralizada del nivel territorial; por lo que vale decir que el cargo de violación que fundamenta el actor tiene vocación de prosperidad, sobre todo porque tenemos el precedente del numeral 7 del artículo 4 de la Ley 27 de 1992¹, que fue declarado inexecutable por la Honorable Corte Constitucional, Corporación que en esa oportunidad y mediante la sentencia C-306 de 1995 dijo²: "*En lo relativo a los apartes*

¹ Norma que incluía a los Inspectores de Policía como de libre nombramiento y remoción.

² Se trae a colación esta sentencia porque no han variado las condiciones fácticas ni jurídicas del cargo de

acusados del numeral séptimo, considera la Corte que no existe razón para que a los Inspectores de Policía y a los agentes del resguardo territorial se les ubique por fuera de las garantías inherentes a la carrera administrativa; ninguno de los criterios que justifican la adscripción al régimen de libre nombramiento y remoción se presenta en este caso; además, tal como lo indica el señor Viceprocurador General de la Nación "la profesionalización y consecuente estabilización" de los llamados a ocupar estos cargos "serán prenda de garantía del importante servicio que les compete cumplir." (resaltado no es el texto original).

Considera esta Agencia Judicial, que al no corresponder las funciones del cargo de Inspector General de Policía, a aquellas que el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, utilizó para distinguir los cargos de libre nombramiento y remoción de los de carrera en la Administración Descentralizada del nivel territorial, el cargo desempeñado por la accionante es un cargo de carrera, así la entidad demandada le otorgue la denominación de cargo de libre nombramiento y remoción, y por ende para justificar el retiro del servicio de quien ejerza dicho cargo, el ente nominador se debe sujetarse a las reglas señaladas en la Ley 909 de 2004, en especial de su parágrafo del artículo 41, que señala "Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado", norma de la cual se sustrajo el Municipio demandado al aplicar lo dispuesto en el acuerdo N° 002 de Enero 22 de 2011, que vale decir, es un acto administrativo de menor jerarquía jurídica que la ley.

Por lo que al considerar que el cargo que ostentaba la demandante era de carrera y no de libre nombramiento y remoción, el acto que declaro insubsistente y sus causales de retiro no solo tiene que ajustarse a las causales establecidas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004, sino además debió motivarse en debida forma so pena de violar el debido proceso a la señora LINEY MERCADO CALLEJA.

Por lo anterior, es necesario traer a colación la sentencia de SU-917 de 2010, que en cuanto a la necesidad de motivación del acto de retiro de servidores vinculados en provisionalidad, dijo la Corte Constitucional:

".....En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en

provisionalidad. Aquí es importante precisar que "las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional", de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que "sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores".

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es "reglada" y "deberá efectuarse mediante acto motivado", mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia "discrecional" mediante "acto no motivado". Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos... "

Providencia que deja claro no solo que el acuerdo N° 002 de Enero 22 de 2011 no podía servir como sustento normativo para apoyar la declaratoria de insubsistencia del cargo que venía desempeñando la señora LINEY MERCADO CALLEJA por encima de lo estipulado en el artículo 125 de la Constitución Nacional, por lo que por vía de excepción se declarará inconstitucional la parte que dice "Clasificación Libre nombramiento y Remoción" del referido acuerdo emanado del Concejo de Chimichagua, tal como fue solicitado en la pretensión primera del libelo de demanda.

Pero además de la Constitución, el acto administrativo demandado transgredió la ley, por cuanto la declaración de insubsistencia, debió motivarse conforme a lo establecido en la ley 909 de 2004, sin que se hayan cumplido ninguno de estos supuestos; quedando así la presunción de legalidad del Decreto N° 015 del Tres (03) de febrero de 2012, totalmente desvirtuada, sin que pueda objetar la parte demandada que expidió dicho decreto basado en las atribuciones conferidas por la ley.

Así las cosas, son muchos los fundamentos que tiene este Despacho para establecer que por no ser el cargo que ocupaba la demandante un cargo de libre nombramiento y remoción, no tendría entonces motivos por los cuales la administración del Municipio de Chimichagua argumentar que la declaración de insubsistencia del cargo de Inspectora Central de Policía que ostentaba la señora LINEY PATRICIA MERCADO CALLEJA, está

ajustada a la ley; por lo que esta Agencia Judicial, con fundamento en lo explicado anteriormente concluye que el Decreto N° 015 del Tres (03) de febrero de 2012, por el cual el Municipio de Chimichagua - Cesar, declaró insubsistente, sin motivación acorde a la ley, el nombramiento de la actora en el cargo que desempeñaba, quebranta las normas en que debió fundarse (Ley 909 de 2004 artículo 41 parágrafo 2°).

Los argumentos expuestos en líneas anteriores servirán de fundamento para que este Juzgado proceda, como en efecto se hará, a declarar la nulidad del Decreto N° 015 del Tres (03) de febrero de 2012 expedido por el Municipio de Chimichagua y por ende a acceder las suplicas de la demanda, y se procederá al reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejadas de cancelar a la Liney Patricia Mercado Callejas, durante el tiempo que estuvo cesante, y hasta que efectivamente sea reintegrada, los cuales se indexaran conforme a la siguiente formula, resaltando que se entenderá para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios,.

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). La corrección monetaria será reconocida en la forma señalada en el artículo 187 del C.P.A.C.A. y los intereses según lo establecido en el artículo 192 ejusdem.

Establecida la nulidad del Decreto N° 015 del Tres (03) de febrero de 2012 expedido por el alcalde Municipal de Chimichagua, el Despacho debe precisar que, en lo que concierne con el reintegro al cargo, y de acuerdo con el criterio jurisprudencial en la sentencia del 23 de septiembre de 2010, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, éste es procedente sólo y en las mismas condiciones en que se encontraba la actora al momento de su retiro del servicio, esto es, en provisionalidad, la cual, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005³, no

³ Parágrafo Transitorio. <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 4968 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no

podrá exceder de 6 meses, con la posibilidad de prórroga en los términos señalados en la misma disposición.

En consecuencia se decretará la nulidad del Decreto N° 015 del Tres (03) de febrero de 2012 expedido por el Municipio de Chimichagua y a título de restablecimiento del derecho se ordenará al Municipio de Chimichagua, reintegrar a la señora LINEY MERCADO CALLEJA al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y como consecuencia de ello, deberá cancelarle los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde su desvinculación (06 de Febrero de 2012, fecha en que se le notificó su desvinculación, ver folio 12) hasta cuando sea efectivamente reintegrada, para lo cual se tendrá en cuenta que no ha existido solución de continuidad.

6.6. Costas. Finalmente, por cuanto en la presente litis no se ventiló un interés público y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA se ordenará condenar en costas al municipio de Chimichagua.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar la inconstitucionalidad por vía de excepción la parte que dice: "*Clasificación Libre nombramiento y Remoción*", del artículo segundo del Acuerdo Municipal No. 002 del 22 de enero de 2011 emanado del Concejo de Chimichagua.

SEGUNDO: Declarar la Nulidad del Decreto 015 del tres (03) de febrero de 2012, expedido por el Alcalde del Municipio de Chimichagua – Cesar, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento de la demandante LINEY PATRICIA MERCADO CALLEJA identificada con Cedula de Ciudadanía N° 49.753.873 de Chimichagua - Cesar, del cargo de Inspectora Central de Policía código 303 de la planta de personal del municipio de Chimichagua con base en el acuerdo N° 002 de Enero 22 de 2011.

podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, el Municipio de Chimichagua - Cesar deberá reintegrar a la señora LINEY PATRICIA MERCADO CALLEJA al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y en consecuencia de ello, deberá cancelarle los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde su desvinculación (06 de Febrero de 2012) hasta su reintegro, para lo cual se tendrá en cuenta que no ha existido solución de continuidad.

CUARTO: Los valores que resultaren liquidados deberán actualizarse en la forma prevista en el artículo 192 del C.P.A.C.A., de conformidad la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

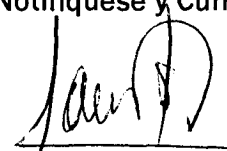
Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último párrafo del artículo 187 del C.P.A.C.A.

QUINTO: El municipio de Chimichagua - Cesar cumplirá esta sentencia dentro de los términos consagrados en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Condenar en costas al municipio de Chimichagua, liquídense.

SEPTIMO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

Notifíquese y Cúmplase.


JAIME ALFONSO CASTRO MARTÍNEZ
Juez Primero Administrativo