



JUZGADO SÉPTIMO (7º) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA

“Sistema Oral – Ley 1437 de 2011”

SENTENCIA

Santa Marta, veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013).

Expediente: No.47-001-3333-0007-2012-00075-00

Demandante: MARCELA GARCIA PADILLA

Demandado: MUNICIPIO DE CHIBOLO

Medio de control: N Y R DEL DERECHO

Jueza Administrativa: Dra. BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA

Evacuadas todas las etapas procesales dispuestas en la Ley 1437 de 2011, y al no observarse causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, este Juzgado procede a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia, para decidir las pretensiones del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, incoadas por la señora MARCELA GARCIA PADILLA, por intermedio de apoderado en contra del MUNICIPIO DE CHIBOLO.

I. ANTECEDENTES

El señora MARCELA GARCIA PADILLA, actuando mediante apoderado judicial, acudió ante esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con las siguientes,

1. PRETENSIONES:

Solicita la parte actora se declare la nulidad del DECRETO No. 030 del 03 de abril de 2012, por medio del cual la Administración Central del Municipio de Chibolo declara insubsistente a la señora MARCELA GARCIA PADILLA del cargo de Técnico de SISBEN, que venía desempeñando en provisionalidad.

En consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicita la actora que se ordene su reintegro en el cargo que venía desempeñando y se le reconozca la indemnización a que haya lugar.

Finalmente requirió se condenara a la entidad demandada en costas.

2. HECHOS DE LA DEMANDA:

Expuso como sustento fáctico de las pretensiones lo que a continuación se resume:

Bajo el epígrafe de hechos, la actora señala que fue nombrada legalmente en el Municipio de Chibolo Magdalena en el cargo de Técnico del Sisbén, desde el 21 de enero de 2003, del cual fue debidamente posesionada, ejerciéndolo con idoneidad, eficiencia, honestidad y el más alto criterio de servidor público, posterior mente fue promovida a técnica de SISBEN SEGÚN decreto N° 034 DEL 10 DE MARZO DEL 2004 Y ACTA DE POSECION del 10 de marzo del ante 2004 hasta el 03 de Abril de 2012, fecha en que fue declarada insubsistente mediante Decreto número 030 de ese mismo día.

Así mismo indica que la autoridad nominadora, expedidora del acto administrativo que se impugna, incurrió en protuberante desviación de sus atribuciones al fundamentar el decreto de insubsistencia en una norma del Decreto 1227 modificado por el Decreto 2820 de 2005, que a su vez fue modificado por el parágrafo transitorio del artículo 1º del Decreto 4968 de 2007, que de haber sido aplicado, le habría favorecido a la demandante.

Relata la parte actora que en la planta de personal del Municipio de Chibolo Magdalena existen otros cargos de carrera administrativos que vienen siendo provistos con nombramientos provisionales sin que haya mediado la mencionada solicitud de autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo que significa que la declaratoria de insubsistencia de la demandante no obedece realmente a las razones expuestas en el acto de insubsistencia con lo que se configura una falsa motivación.

Por último alega, que el Municipio de Chibolo Magdalena tampoco ha dado inicio a un proceso de selección concurso de mérito para proveer el cargo de técnico de Sisbén, por lo que las razones que se dieron al expedir el acto resultan falsas y carentes de piso jurídico.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA:

La parte actora previamente cita como fundamento de su acusación las siguientes disposiciones legales:

- Constitución Política de Colombia, artículos 2, 6, 13, 29, 25 y 125.
- Ley 909 de 2004, artículos 41
- Decreto 4968 de 2007, Artículo 1
- Decreto-Ley 2400 del 1968, artículo 1
- Decreto 1950 de 73.

Asegura la parte demandante que el acto acusado se encuentra falsamente motivado por tratarse de un acto reglado al contener una motivación expresa y clara pero que no corresponde con la realidad fáctica y jurídica de la

accionante; Así mismo, indica que existe una falsa motivación del acto, por error de derecho al considerar el nombramiento de la actora como ordinario, cuando en realidad se trataba de un nombramiento provisionalidad, razón por la cual debía motivarse el acto acorde con los preceptos de los artículos 13, 123 y 125 de la constitución política, 3º y 41 de la ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227.

Sumado a esto, señala que el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por cuanto se dio aplicación de una norma que fue modificada por el párrafo transitorio del artículo 1º del decreto 4968 de 2007 la cual le es más favorable a la actora- principio pro operario.

Por último manifiesta que el acto administrativo demandado viola lo dispuesto en el artículo 7 del decreto 1227 de 2005, por cuanto la situación de la actora en nada le impedía seguir ocupando el cargo de TÉCNICO DE SISBEN.

II. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el día 05 de septiembre de 2012 (fl17), seguidamente en auto de fecha 24 de septiembre de 2012 se admitió el presente medio de control y se ordenó la notificación personal al señor alcalde de MUNICIPIO DE CHIBOLO, a la agencia nacional de defensa jurídica del estado, al agente del ministerio público, y por estado a la parte actora, este auto se notificó por estado electrónico el día 24 de septiembre de 2012 (fl.44-45).

Seguidamente fueron cancelados los gastos procesales el día 2 de octubre de 2012 (fl.46) y se recibió contestación de la demanda por parte del ente demandado (fl.54)

1. AUDIENCIA INICIAL:

Mediante auto del 03 de abril de 2013 se fijó fecha para audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se realizó el saneamiento de las posibles nulidades, ahondó acerca de la posibilidad de conciliación entre las partes, se decretaron las pruebas y se procedió a fijar el litigio circunscribiéndolo a los siguientes puntos:

- a- Determinar cuál de las formas de retiro establecida en la ley, fue utilizada por la administración local, para retirar del servicio a la SEÑORA MARCELA GARCIA PADILLA.
- b- Analizar si el Decreto 030 del 03 de abril de 2012, debía ser motivado, por tratarse de la insubsistencia de una persona que se encontraba nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, y si lo era, establecer si el mismo se encuentra motivado o se encuentra motivado en forma falsa.

c- Evidenciar si los argumentos esbozados en el acto demando son motivos procedentes para declarar la insubsistencia de la demandante.

2. AUDIENCIA DE PRUBAS:

El día 04 de junio de 2013, se realizó audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de C.P.C.A., en la cual se allegaron y exhibieron los siguientes documentos:

➤ **Informe allegado por el Municipio de Chibolo.**

El día 24 de mayo de 2013, se remitió por parte del Municipio de Chibolo la información requerida (fl.110-111), en la cual consta lo siguiente:

- Que hasta la fecha el municipio de Chibolo, no ha iniciado proceso de selección de meritos o concurso para proveer el cargo de técnico del sisben.
- Que revisados los archivos del municipio, no se encontró nombramiento en provisionalidad alguno en cargos de carrera administrativa, realizados con anterioridad al 03 de abril del año 2012.
- Que revisados los archivos del municipio, no se encontró solicitud de autorización para proveer provisionalmente cargos de carrera administrativa.
- Por último se allego el listado de las personas que fueron nombradas de provisionalidad a partir del 03 de abril de 2012.

La anterior información, fue acompañada de los anexos que se indican a continuación:

- Copia de la solicitud de autorización de nombramientos, realizada por el señor alcalde del municipio de Chibolo, el día 15 de mayo de 2012, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para proveer de manera provisional los cargos de inspector central, técnico administrativo, auxiliar administrativo y secretaria general. (fl.112)
- Copia de la autorización dada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, al municipio de Chibolo, para realizar los nombramientos en provisionalidad solicitados. (fl.113)
- Copia de la Resolución No. 372 del 06 de junio de 2012, por medio de la cual se nombra en provisionalidad a la señora DINAIRA DE LEÓN ANDRADE, en el cargo de Técnico Administrativo código 367 grado 02, cargo en que se venía desempeñando la demandante. (fl.115-116)

En este sentido téngase como pruebas las allegadas por el Municipio de Chibolo.

➤ **3.1. De las pruebas aportadas por la CNSC.**

El día 30 de mayo de 2013, se remitió por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la información requerida (fl.125-126), en la cual consta lo siguiente:

- Que no se encuentra dentro de los archivos autorización alguna otorgada por la entidad para proveer en forma provisional el cargo de Técnico de Sisben.
- Así mismo se indica que obra convocatoria para proveer el referido cargo.

3. AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO:

En atención a lo establecido por el en inciso final del artículo 181, el Despacho consideró que la audiencia de alegaciones y juzgamiento era innecesaria, por lo cual se ordenó la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia de pruebas.

4. ALEGATOS:

- **Alegatos de la parte demandante (fl.145-153):** la parte demandante reitera los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, indicando que el acto acusado se encuentra falsamente motivado por tratarse de un acto reglado al contener una motivación expresa y clara pero que no corresponde con la realidad fáctica y jurídica de la accionante; Así mismo, indica que existe una falsa motivación del acto, por error de derecho al considerar el nombramiento de la actora como ordinario, cuando en realidad se trataba de un nombramiento provisionalidad, razón por la cual debía motivarse el acto acorde con los preceptos de los artículos 13, 123 y 125 de la constitución política, 3º y 41 de la ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227.
- **Alegatos de la parte demandada (fl.129-138):** la parte demandada reitero los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, indicando que el acto acusado, si se encuentra motivado, y en tal sentido indica que la motivación del acto versa sobre la situación particular del nombramiento de la señora MARCELA GARCIA PADILLA, quien según el demandante fue nombrada en forma irregular e ilegal.

- **Alegatos del ministerio público (fl.139-144):** el señor Agente del Ministerio Público, solicita sean atendidas las suplicas de la demanda por cuanto el estudio del acto demandado se advierte que el mismo no tuvo como motivo la necesidad del servicio que justificara el retiro de la empleada, sino el supuesto poder discrecional del nominador, razón que la administración considero suficiente para proceder al retiro de la demandante.

III. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico a dilucidar en el presente asunto, versa sobre los siguientes:

1.1. Problema jurídico principal:

El problema jurídico principal se circunscribe a determinar si el Decreto 030 de fecha 03 de abril de 2012, por medio del cual se declaro insubsistente a la señora MARCELA GARCÍA PADILLA, se encuentra viciado de nulidad, por no estar motivado o estarlo en forma falsa.

1.2. Problema jurídico secundario:

Establecer si es procedente, el pago de las prestaciones sociales presuntamente adeudadas a la demandante, por parte del Municipio de Chibolo, con ocasión al tiempo dejado de laborar con ocasión al acto de insubsistencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho abordará el marco jurídico procedente, para luego analizar si en el caso concreto, de acuerdo con las pruebas recabadas, y en consecuencia establecer si es dable conceder las pretensiones esbozadas por el demandante.

2. HECHOS PROBADOS:

Tiendo en cuenta la relación de pruebas allegadas al proceso se puede establecer con claridad que se encuentran probadas las siguientes premisas:

- Que la señora MARCELA GARCIA PADILLA, fue nombrada, mediante Decreto 013, expedido por el señor Alcalde del Municipio de CHIBOLO, el día 21 de enero del 2003, para desempeñar el cargo de Técnica sisben municipal. (fl. 69)
- Que mediante Decreto 030 de fecha 03 de abril de 2012, expedido por el señor Alcalde del Municipio de CHIBOLO, se declaro insubsistente a la señora MARCELA GARCIA PADILLA, alegándose que el nombramiento de la referida señora se realizo en forma ordinaria, al no

mediar autorización por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil(fl.71-73).

- Que la señora MARCELA GARCIA PADILLA, se desempeñó en la entidad demandada como técnica SISBEN municipal desde el 10 de marzo de 2004 al 3 de abril de 2012. (Fl.74).
- Que la demandante solicitó inscripción extraordinaria en carrera administrativa con fecha 17 -07 del 2009.(fl.32-40).
- Que dentro del expediente administrativo (hoja de vida) de la Señora MARCELA GARCIA PADILLA, no se encuentra llamado de atención alguno.(Fl.69-91).
- Que dentro del expediente administrativo (hoja de vida) de la Señora MARCELA GARCIA PADILLA, no se encuentra proceso disciplinario alguno. (Fl.69-91).
- Que hasta la fecha el municipio de Chibolo, no ha iniciado proceso de selección de meritos o concurso para proveer el cargo de técnico del sisben.
- Que en el ente demandado, no se ha realizado nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, con antelación al 03 de abril del año 2012.
- Que el ente demandado, no ha realizado solicitud de autorización para proveer provisionalmente cargos de carrera administrativa.
- Que no existe autorización de la CNSC, para que el ente Municipal demandado provea en forma provisional el cargo de técnico de sisben.
- Que obra convocatoria para proveer el referido cargo.

3. TESIS DEL DESPACHO:

Teniendo en cuenta los hechos que se encuentran probados dentro del plenario, el Despacho accederá a las pretensiones de la demanda, conforme a los argumentos que a continuación se explican.

4. MARCO JURÍDICO:

4.1 . La Provisionalidad en la Ley 909 de 2004.

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

- a) Empleos públicos de carrera

- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción}
- c) Empleos de período fijo
- d) Empleos temporales (art. 1 Ley 909/2004).

El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la misma normatividad (art. 2 ídem).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 ídem¹, los empleos de los organismos y entidades regulados por la misma ley, son de CARRERA ADMINISTRATIVA, excepto:

“1.- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

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, según lo previsto en la misma norma.

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 funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).

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) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) 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.

¹ Conc. Art. 125 C.P.

La ley 909 restringe los nombramientos provisionales de manera drástica, y privilegia el encargo para proveer los empleos de carrera **“mientras se surte el proceso de selección (...) una vez convocado el respectivo concurso”**, situación administrativa que no podrá prolongarse por más de seis meses (art. 24).

Los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados de estos empleos si cumplen los requisitos previstos en el artículo 24 ibídem y al efecto se establece un procedimiento conducente a garantizar el cubrimiento de las vacantes internamente con los servidores activos mediante designación sucesiva de quienes desempeñan cargos inferiores.

Los nombramientos provisionales se reducen a precaver las siguientes situaciones:

- Las vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados ². (Art. 25)
- Mientras se produce la calificación del período de prueba (art. 31.5).

Además, la ley en el artículo 51 prohíbe el retiro de las funcionarias con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a su vigencia, mientras se encuentren en estado de embarazo o en licencia de maternidad (num.1º) y ordena reconocerles indemnización por maternidad por supresión del cargo (num.4º).“

4.2. La provisionalidad en el decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004:

El decreto 1227 de 2005, establece el régimen de Vinculación a los empleos de carrera Provisión de empleos, indicando lo que a continuación de señala:

“Artículo 7º. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad”.

Artículo 8º. **Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos**, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto

² Decreto 1227/05, art. 9º. “De acuerdo con lo establecido en la ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron”.

en el presente decreto, **caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.**

Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y 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 encargo o nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en casos de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P: GERARDO ARENAS MONSALVE, en sentencia del 23 de septiembre 2010 se pronunció dejando sentado lo siguiente:

“Los nombramientos provisionales sólo podrán ser declarados insubsistentes, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado.

La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del

vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

Conforme al artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 "Antes de cumplirse el término de duración (...) **del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado**". **Esta disposición modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen.**

A juicio de la Sala, en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento³, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad."

Así las cosas, la jurisprudencia le honorable Consejo de Estado indica que los empleados en provisionalidad como en el caso que nos ocupa, que hubieren sido vinculados con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, deben ser retirados del cargo a través de acto administrativo motivado en el que se exprese las razones por las cuales se da por terminada la provisionalidad.

4-. CASO CONCRETO.

Teniendo en cuenta el referente normativo y jurisprudencial antes citado, el Despacho encuentra pertinente entrar a dilucidar el tema centro de la litis, para así llegar a una conclusión final que permita desatar en derecho el fondo del litigio.

4.1. De la nulidad del acto administrativo acusado:

Ahora bien, examinado lo expuesto se encuentra necesario entrara a desatar el primer objeto de la litis, esto es, si el Decreto 030 de fecha 03 de abril de 2012, se encuentra viciado de nulidad, por no encontrarse motivado o estarlo en forma indebida o ilegal.

En este sentido, es necesario iniciar un análisis del material probatorio contenido en el expediente, para así llegar al centro de la controversia suscitada por el actor.

Es así, como se debe señalar que se encuentra debidamente probado en el proceso, que la señora MARCELA GARCIA PADILLA, se desempeñaba como

³ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

Técnica SISBEN Municipal o Técnico Administrativo Código 367, adscrita a la planta global de la Alcaldía del Municipio de Chibolo, nombramiento en Provisionalidad realizado el 10 de marzo de 2004, mediante Decreto No.034.

Aunado a esto se tiene, que mediante Decreto 030 de fecha 03 de abril de 2012, la demandante fue declarada insubsistente, exponiendo se las razones que a continuación se transcriben:

“que no obstante la naturaleza del la naturaleza del cargo, la vinculación de la prenombrada señora es ordinaria, por no ajustarse al procedimiento establecido por la CNSNC en la circular No. 008 de 2005, que señala las solicitudes de autorización de provisión de vacancia definitivas mediante nombramiento provisional.

(Subrayas y negrillas del Despacho)

Visto lo anterior, se tiene que el Decreto 030 de fecha 03 de de 2012, fue sustentado en razón a la aparente ilegalidad del acto de nombramiento del demandante, esto es, el Decreto No.034 del 10 de marzo de 2004, el cual **según el acto de insubsistencia carece de sustento legal por cuanto en nominador de la fecha no contaba con autorización por parte de la comisión nacional de servicios civiles para realizar este tipo de nombramientos en provisionalidad**, siendo esto contrario a lo establecido en la Ley 909 de 2004.

Al compás con lo que antecede, aflora con claridad para el Despacho que el Decreto 030 del 03 de abril de 2012, por medio del cual se da por terminado el nombramiento provisional y se declara insubsistente a la señora MARCELA GARCIA PADILLA, se encuentra viciado de nulidad, atendiendo que **el mismo debió ajustarse a lo previsto en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004**, el cual indica:

“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;
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) 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) 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.”

A la luz de lo expuesto, el acto administrativo demandado, **debió motivarse en necesidades del servicio o en la culminación del proceso de selección para la provisión del empleo mediante el sistema de mérito**, toda vez que acorde con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2004, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado.

De suerte pues, se evidencia que **no existe motivación** en dicha resolución, pues en tal acto nunca se expusieron fundamentos de hecho o de derecho con respecto a la prestación del servicio de la señora MARCELA GARCIA PADILLA, ya que lo planteado por la Administración Municipal, hizo referencia a la supuesta ilegalidad del acto de nombramiento lo cual escapa de la órbita de la figura de la insubsistencia.

Lo anterior, tiene asidero al advertir que el acto de retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia, debe estar sustentado en una evaluación no satisfactoria del desempeño laboral, y en el caso que nos ocupa, los argumentos esbozados por la administración en el acto acusado, son de la estirpe de una revocatoria directa.

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

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado, señaló en jurisprudencia reciente lo que a continuación se indica⁴:

⁴ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCION SEGUNDA-Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE-Bogotá, veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08).

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

(Subrayas y negrillas del Despacho)

Conforme a lo anterior, la resolución No. 030 del 03 de ABRIL de 2012, de la cual se pretende su nulidad, se encuentra basada en argumentos de ilegalidad del acto de nombramiento de La señora MARCELA GARCIA PADILLA, situación que no es de debate en el presente asunto.

En consecuencia, Concluye el Despacho que la resolución en mención es ilegal, por cuanto se evidencia que no se encuentra motivada, en virtud de que no se aducen los hechos razón de la declaratoria de insubsistencia y se utilizan como soportes presuntas irregularidades que podrían viciar de nulidad el acto por medio del cual se dio nombramiento al demandante.

Siendo así, y en vista que el Municipio de Chibolo no motivó el acto de declaratoria de insubsistencia de su empleado, y que durante todo el proceso no se aportaron elementos probatorios que demostraran las razones de la declaratoria de insubsistencia; avizorándose una falta de motivación del acto demandado, este es, el Decreto 030 del 03 de Abril de 2012, este despacho procederá a declarar la nulidad del referido acto tal como se hará constar más adelante.

4.3. Del restablecimiento del derecho:

En punto del restablecimiento del derecho el Despacho debe precisar que, en lo que toca con el reintegro al cargo, **éste es procedente sólo y en las mismas condiciones en que se encontraba el actor al momento de su retiro del servicio, esto es, en provisionalidad.**

El demandante ocupaba un cargo en provisionalidad respecto del cual no demostró derechos de carrera administrativa que lo legitimen para ocupar en propiedad un cargo igual o similar en la entidad.

Así las cosas, teniendo en cuenta lo indicado, el Despacho ordenará a título de restablecimiento del derecho lo siguiente:

a). Reintegrar al cargo de Técnica SISBEN Municipal o Técnico Administrativo Código 367, de la planta global de la Alcaldía del Municipio de Chivolo, o a otro de igual o de superior categoría con funciones afines al antes mencionado, al señora MARCELA GARCIA PADILLA.

b). Reconocer y Pagar a la señora MARCELA GARCIA PADILLA, todos los salarios, primas, vacaciones, cesantías que se hayan causado desde el momento de la desvinculación hasta cuando sea incluido en nomina.

c). Declárese que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la señora MARCELA GARCIA PADILLA, como Técnica SISBEN Municipal o Técnica Administrativo Código 367, de la Alcaldía del Municipio de chivolo.

Las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de salarios, primas, vacaciones, cesantías se ajustaran en su valor, dando aplicación a 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).

En este orden de ideas, las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar, reintegrando en el cargo a la señora MARCELA GARCIA PADILLA, sin solución de continuidad en la prestación del servicio, reconociendo y pagando los salarios, primas, vacaciones, cesantías que se hayan causado desde el momento de la desvinculación hasta cuando sea incluido en nomina, de conformidad con lo expuesto en líneas anteriores.

3. Condena en Costas:

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. procede el despacho a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de Procedimiento Civil.

En ese orden de ideas el numeral 1º del artículo 392 del C.P.C. dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, a quien se

le resuelva de manera desfavorable la formulación de excepciones previas, como ocurre en el presente caso, respecto de la actuación del MUNICIPIO DE CHIBOLO

También se debe precisar que las costas están conformadas por dos rubros distintos: las expensas; que corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo. Y las agencias en derecho, esto es, la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora.

Por lo tanto, se condena en costas a la parte demandada EL MUNICIPIO DE CHIBOLO, al pago de las expensas, de acuerdo a la liquidación que hiciere el Secretario, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 393 del C.P.A.C.A., en favor de la Señora MARCELA GARCIA PADILLA.

Así mismo, teniendo en cuenta el tope máximo previsto en el numeral 3.1.2 del capítulo III del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 2222 de 2003, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se condena a título de agencias en derecho la suma correspondiente al 7% del valor de las pretensiones reconocidas.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARASE la nulidad del Decreto 030 del 03 de Abril de 2012 expedida por el Alcalde del Municipio de Chibolo – Magdalena, por medio del se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, quien ocupaba un cargo de carrera administrativa en provisionalidad.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la entidad demandada a reincorporar a la señora MARCELA CENITH GARCIA PADILLA, sin solución de continuidad para todos los efectos legales y en condición de provisionalidad, al mismo cargo que ocupaba al momento del retiro del servicio o a uno similar o equivalente teniendo en cuenta lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDÉNASE al Municipio de Chibolo, pagarle a la actora los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 03 de abril de 2012 hasta la fecha en

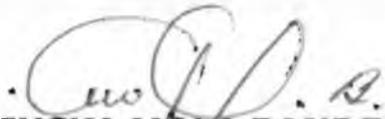
que se produzca su reintegro efectivo al cargo en las condiciones descritas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: El pago de las sumas adeudadas deberá efectuarse con aplicación de la fórmula y pautas señaladas en las partes considerativa y resolutive de este fallo.

Quinto: Condenar en costas a la parte demandada. Por Secretaria dese el trámite previsto en el artículo 393 del C.P.C.

SEXTO: Si no fuere apelada la Sentencia ordénese su **archivo**.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.



BERNA MARIUSKA MOLA BANDERA
Jueza,