



## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

---

Sincelejo, catorce (14) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho.  
**Radicado N°:** 70-001-33-33-003-2014-00105-00.  
**Demandante:** Orlando Enrique Monterroza Gómez.  
**Demandado:** Municipio de Sincelejo.  
**Temas:** Insubsistencia.

### SENTENCIA N° 65

#### OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

#### 1. ANTECEDENTES.

##### 1. 1. LA DEMANDA

##### 1.1.1. PARTES.

- Demandante: **ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 92.521.620 expedida en Sincelejo, quien actuó a través de apoderado judicial<sup>1</sup>.
- Demandado: **MUNICIPIO DE SINCELEJO**.

---

<sup>1</sup> Folio 19 del expediente.

### 1.1.2. PRETENSIONES.

**Primera:** Que se declare la nulidad del decreto N° 538 del 14 de octubre de 2013, expedida por el representante legal del municipio de Sincelejo - Sucre, por medio del cual se declara insubsistente al señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ, del cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36.

**Segunda:** Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro del señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ, en el cargo de Técnico, código 401, grado 23, adscrito a la oficina del SISBEN u otro empleo equivalente o de superior jerarquía, con retroactividad al 29 de octubre de 2013, fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia.

**Tercera:** Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene al municipio de Sincelejo, a reconocer y pagar al actor, o a quien represente sus derechos, los siguientes conceptos:

- Salarios dejados de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Prima de servicios dejadas de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Prima de Navidad dejadas de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Prima de vacaciones dejadas de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Compensación de las Vacaciones dejadas de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Bonificación por Servicios Prestados dejadas de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.

- Cesantías dejadas de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Intereses de Cesantías dejados de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Aportes Pensionales dejados de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Aportes de Salud dejados de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Aporte de Riesgos Profesionales dejados de percibir desde el 29 de octubre de 2013 fecha en la que fue comunicada la declaratoria de insubsistencia, hasta que se produzca efectivamente su reintegro.
- Demás factores salariales y emolumentos prestacionales de que gozan los empleados públicos, de conformidad con el decreto 1042 y 1045 de 1978.

**Cuarta:** El reconocimiento respectivo será actualizado de conformidad con lo previsto en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha en que debió reconocérsele los derechos aquí reclamados y hasta que se verifique el pago total de las obligaciones adeudadas.

**Quinta:** Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 de la ley 1437 d3 2011.

**Sexta:** Que en caso de no efectuarse el pago de manera oportuna, la entidad liquide intereses comerciales y moratorios como lo ordena el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

**Séptima:** Que se condene a la entidad demandada en costas procesales y agencias en derecho en virtud del artículo 188 de la ley 1437 de 2011.

### 1.1.3. HECHOS.

Se indica que, fue vinculado en provisionalidad a través de decreto N° 166 del 26 de mayo de 2004, expedido por el señor Alcalde del municipio de Sincelejo, para

desempeñar el cargo de Técnico, código 401, grado 23, adscrito a la Oficina del SISBEN, empleo del que tomó posesión en la misma fecha, mediante acta N° 0470.

Señala que, el municipio de Sincelejo, mediante decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013, lo declaró insubsistente en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 26, insubsistencia comunicada al demandante por el Jefe de Recursos Humanos del municipio de Sincelejo, el día 29 de octubre de 2013 a través oficio N° 0201-10.01-517-10-2013.

Refiere que, nunca ha sido nombrado, ni posesionado en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 26, empleo de libre nombramiento y remoción, debido a que el cargo en el que fue nombrado en provisionalidad y del cual tomó posesión, corresponde al de Técnico, código 401, grado 23, adscrito a la oficina del SISBEN, que ocupa desde el 26 de mayo de 2004 hasta la fecha de comunicación de la declaratoria de insubsistencia.

Informa que, el decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013, en su parte considerativa expresa que la resolución N° 003 de enero 02 de 2006 (por medio de la cual se hace la incorporación de la planta de personal de la alcaldía de Sincelejo), incorporó al accionante, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 35, adscrito al despacho del alcalde, empleo catalogado como de libre nombramiento y remoción; y que el paso del empleado de un cargo en provisionalidad, a un cargo de libre nombramiento y remoción, sin tomar posesión del último cargo, se convierte en una situación de hecho, dando por sentado que el actor es un funcionario de hecho.

Afirma que, fue vinculado al municipio de Sincelejo, en forma legal y reglamentaria en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, mediante acto administrativo de nombramiento y tomando posesión del mismo. La entidad demandada no le ha notificado, ni comunicado ninguna modificación a su vinculación inicial, ni le ha tomado posesión en otro cargo, por eso mal podría decirse que él es un funcionario de hecho.

Asegura que, el municipio de Sincelejo, para desvincularlo del cargo, no debió declararlo insubsistente, pues si consideraban que él era un funcionario de hecho o de investidura irregular, lo procedente era iniciar la actuación administrativa de revocatoria de los actos administrativos que modificaron su situación administrativa.

Por último menciona que, se realizó audiencia de conciliación prejudicial ante el Ministerio Público, con la entidad demandada, obteniendo resultado fallido, cumpliéndose el requisito de procedibilidad.

#### 1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales:

**Constitución Política:** Artículos 2, 6, 25, 29, 53, 93, 94, 122 y ss. Artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos

**Legales:** Decreto 1950 de 1973; Decreto 1042 de 1978; Decreto 1045 de 1978; Ley 4 de 1992; Ley 909 de 2004; Decreto 785 de 2005.

#### 1.1.5. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Manifiesta que, se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas, debido a que los empleados públicos tienen el derecho a exigir del Estado, que tanto los nombramientos como las remociones se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario, se generan irregularidades y las desviaciones de poder como las acontecidas en el caso sub lite, en donde la autoridad nominadora no sujeto sus atribuciones a los cánones supra legales.

Apunta que, en el caso bajo examen, el nominador desvió el poder legal del cual está revestido, al expedir el acto administrativo cuestionado con fines distintos al mejoramiento de la prestación del servicio en la administración pública, vulnerando los intereses de la administración, debido a que el actor fue declarado insubsistente en el nombramiento en un cargo en el cual legalmente no fue nombrado y del cual no ha tomado posesión alguna, es decir, el actor fue vinculado en provisionalidad en el cargo de Técnico, código 401, grado 23 adscrito a la Oficina del SISBEN, mediante decreto N° 166 del 26 de mayo de 2004 y tomó posesión del empleo en la misma fecha del nombramiento mediante acta N° 0470; Es declarado insubsistente mediante decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, que es un empleo de libre nombramiento y remoción, cargo

este último, que no corresponde al que se encuentra vinculado en forma legal y reglamentaria a la administración municipal.

Sostiene que, el Alcalde del municipio de Sincelejo, con la expedición del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, desbordó el poder discrecional del cual se encontraba revestido, máxime, que el acto administrativo no fue motivado para mejorar la prestación del servicio, pues su justificación giro en torno a la procedencia de la declaratoria de insubsistencia por ser un cargo de libre nombramiento y remoción, contrariando de esta manera lo señalado en la ley 909 de 2004, que indica que los cargos del nivel asistencial pertenecen por su naturaleza a la carrera administrativa.

Advierte que, la motivación expresada por el Alcalde del municipio de Sincelejo en la parte considerativa del decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013, se constituye en una falsa motivación, atendiendo que el nominador, está dando por sentado que el actor es un funcionario de hecho, por cuanto la resolución N° 0003 de enero 02 de 2006 (por medio de la cual se hace la incorporación de la planta de personal de la alcaldía de Sincelejo), la cual entre otras cosas, no fue comunicada, ni notificada al demandante, lo incorpora en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 35, adscrito al despacho del alcalde, empleo de libre nombramiento y remoción, decisión que a todas luces vulnera sus derechos, por cuanto el accionante se encuentra vinculado a la administración municipal en forma legal y reglamentaria en un cargo de naturaleza provisional y que pertenece al régimen de carrera administrativa.

Alega que, el Alcalde del municipio de Sincelejo, en forma indebida, procedió a declarar insubsistente al demandante, en el cargo en que no se encontraba nombrado y mucho menos posesionado, es decir, donde no tenía una vinculación legal o reglamentaria, lo cual implica que si existiere ese acto administrativo general que modificó su situación administrativa, sin su comunicación o notificación, lo que debió hacer la administración fue iniciar una actuación administrativa de revocatoria del nombramiento irregular que se encontraba consolidado en las modificaciones efectuadas a la planta de personal sin conocimiento alguno por parte del actor, previo a que se le garantizara el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de contradicción, pero no utilizar su poder discrecional para proceder a declararlo insubsistente, cuando el mismo actor, no estaba enterado de las irregularidades en las que había incurrido la administración municipal al modificar la planta de personal y cambiar la denominación del cargo.

## 1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 09 de mayo de 2014<sup>2</sup>.
- El Despacho mediante auto del 30 de mayo de 2014<sup>3</sup> admitió la demanda, decisión notificada a través de correo electrónico N° 56 del 3 de junio de 2014<sup>4</sup>.
- La demanda fue notificada a las partes el 7 de julio de 2014<sup>5</sup>.
- A través de memorial de fecha 23 de septiembre de 2014, la entidad demandada contestó la demanda<sup>6</sup>.
- El apoderado de la parte demandante, se pronuncia sobre las excepciones alegadas por la parte demandada, por escrito de fecha 30 de octubre de 2014<sup>7</sup>.
- Por auto del 18 de febrero de 2015<sup>8</sup>, se dio por contestada la demanda por parte de la entidad demandada y se fijó el día 3 de septiembre de 2015 a partir de las 09:00 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.
- Mediante providencia del 16 de septiembre de 2015<sup>9</sup>, se fijó nueva fecha para audiencia inicial para el día 24 de noviembre de 2015 a partir de las 04:30 p.m.
- Con fecha 24 de noviembre de 2015<sup>10</sup>, se llevó a cabo audiencia inicial, fijando fecha para audiencia de pruebas, para el día 13 de abril de 2016 a partir de las 09:00 a.m.
- Llegado el día 13 de abril de 2016<sup>11</sup>, se realizó audiencia de pruebas, corriendo traslado a las partes por el término común de 10 días, para presentar sus alegatos de conclusión.

## 1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>12</sup>.

El municipio de Sincelejo - Sucre, contestó la demanda en el término legal, señalando que se oponen a las pretensiones de la misma.

Atinente a los hechos de la demanda, aceptó como ciertos el 1º, 2º, 3º, 6º, los cuales hacen referencia a la vinculación del demandante a través de decreto N° 166 del 26

---

<sup>2</sup> Folio 33 del expediente.

<sup>3</sup> Folio 35 del expediente.

<sup>4</sup> Folio 36 del expediente.

<sup>5</sup> Folio 44 - 46 del expediente.

<sup>6</sup> Folio 50 - 93 del expediente.

<sup>7</sup> Folio 95 - 99 del expediente.

<sup>8</sup> Folio 102 del expediente.

<sup>9</sup> Folio 114 del expediente.

<sup>10</sup> Folio 122 - 128 del expediente.

<sup>11</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

<sup>12</sup> Folio 59 - 68 del expediente.

de mayo de 2004, a la planta de personal del municipio de Sincelejo – Sucre, como Técnico, código 401, grado 23 y a su posterior declaratoria de insubsistencia por medio del decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, último cargo que se encontraba ejerciendo. Consideró parcialmente cierto los hechos 4º, 7º, 8º y manifestaciones personales el hecho 11º. Catalogo como falsos los hechos 5º, 9º, 10º y 12º.

Fundamenta su defensa argumentando que, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente y las que se han logrado recaudar por parte de la administración municipal, se infiere que el cargo que venía desempeñando el actor al momento de la declaratoria de insubsistencia, era un cargo de libre nombramiento y remoción. De manera que, el demandado, podía en cualquier momento utilizar la facultad discrecional que le otorga la ley para removerlo, pues no estaba obligado a manifestar los motivos que tuviera para tomar su determinación, por tratarse de un empleado de libre nombramiento y remoción.

Expresa que, la existencia de un vicio material en la expedición de un acto administrativo, debe demostrarlo plenamente con el fin de que prospere tal aspecto, pues de lo contrario, se estaría frente una mera apreciación subjetiva, teniendo en cuenta que todos los actos de declaratoria de insubsistencia de nombramiento, son proferidos en aras de buen servicio público. En este sentido, las pretensiones del demandante, no tiene vocación de prosperar, pues dentro del plenario no se encuentra demostrado que para la declaratoria de insubsistencia del demandante, se tuvieron en cuenta intereses particulares y caprichosos.

Asevera que, el actor fue vinculado a la planta de personal de la alcaldía, por nombramiento en provisionalidad, en el cargo de Técnico, código 401, grado 23, adscrito a la oficina del SISBEN, cargo del cual se posesionó.

Posteriormente, según oficio de fecha 15 de diciembre de 2005, emandado de la Coordinadora de Recursos Humanos, se le comunicó al señor ORLANDO MONTERROZA, que le habían sido concedidas sus vacaciones como coordinador mediante resolución N° 8534 del 14 de diciembre de 2005. Cargo del cual se encuentra soportado que se trató de un cambio de denominación, al inicialmente ocupado, obedeciendo al establecimiento de una nueva planta de cargos en la entidad en virtud de lo establecido en el decreto N° 785 de 2005 y el Acuerdo Municipal N°

018 de 2005; destacando que en la hoja de vida del demandante no obra decreto de nombramiento ni acta de posesión sobre el cargo de Auxiliar Administrativo.

Por otro lado, declara que, la resolución municipal 0005 del 2 de enero de 2006, por medio de la cual se hace la incorporación de la planta de personal de la alcaldía, se puede constatar que dentro del listado de cargos y empleados que son incorporados a la planta del municipio, concretamente en los adscritos al despacho del alcalde, se encuentra el que estaba ocupando el señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, incorporado al cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, calidad reiterada en otros actos administrativos presentes en su historia laboral.

En tal sentido, ante la inexistencia de acta de posesión, sobre el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, se infiere que el demandante tenía pleno conocimiento de los cambios, modificaciones y reforma sobre la planta de personal que se había llevado en la alcaldía, en razón a que en su historia laboral sí aparece escrito de 22 de febrero de 2006, dirigido al alcalde de la época, suscrito por el señor ORLANDO MONTERROZA, en su condición de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, donde solicita se le autorice la liquidación parcial de cesantías, situación que evidencia el pleno conocimiento del ahora convocante, de encontrarse vinculado en otro cargo al inicialmente nombrado de manera provisional. Así mismo se tiene la resolución N° 2837 del 29 de septiembre de 2011 y el oficio SPM-0500.10.01.0480 DEL 27 de julio.

Instruye que, en el manual de funciones vigente para la entidad demandada, concretamente el correspondiente a la oficina del SISBEN, dependencia donde se vinculó inicialmente al demandante, no existe el cargo de Técnico, código 401, grado 23.

Contrario sensu, se observa que en los empleos adscritos al despacho del alcalde, se tiene acreditado la existencia de dos cargos de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, uno de ellos el que venía desempeñando el actor, no obstante la situación irregular configurada ante la inexistencia de acto administrativo de incorporación y posesión del mismo.

El cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 36, es un cargo de libre nombramiento y remoción.

Por último revela que, los considerandos del decreto N° 538 del 2013, no es más que la explicación de la situación irregular o atípica sobre lo acontecido en la vinculación del señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, dentro del cargo que venía ocupando para cuando es declarado insubsistente y de acuerdo a la cual se le venía cancelando sus derechos laborales y prestacionales, configurándose lo que la jurisprudencia denomina funcionario de hecho.

Como excepciones propuso la de falsa desviación de poder, inexistencia de violación de la ley 909 de 2004, inexistencia de causa legal - carencia del derecho del demandante y la inexistencia de causa para pedir.

#### **1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

##### **1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE<sup>13</sup>.**

Se reafirma en los fundamentos fácticos y pretensiones.

Arguye que, el presente caso, en forma indebida el nominador procedió a declarar insubsistente al demandante en un cargo en el cual no se encontraba nombrado y mucho menos posesionado, es decir, en un cargo con el que no tenía vinculación legal o reglamentaria, lo cual implica que si existiere ese acto administrativo general que modificó su situación administrativa, sin su notificación o comunicación, lo que debió hacer la administración, fue iniciar una actuación administrativa de revocatoria del nombramiento irregular que se encontraba consolidado en las modificaciones efectuadas a la planta de personal sin conocimiento alguno por parte del actor, previo a que se le garantizara el debido proceso, el derecho a la defensa y el principio de contradicción, pero no utilizar su poder discrecional para proceder a declararlo insubsistente, cuando el mismo actor no estaba enterado de las irregularidades en que había incurrido la administración municipal al modificar la planta de personal y cambiar la denominación del cargo.

##### **1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA:** No presentó alegatos de conclusión.

##### **1.4.3. MINISTERIO PUBLICO:** Se abstuvo de emitir concepto de fondo.

---

<sup>13</sup> Folio 155 - 157 del expediente.

## 2. CONSIDERACIONES.

### 2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

### 2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013, expedido por el Alcalde del municipio de Sincelejo - Sucre, mediante la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, de la planta de personal del municipio de Sincelejo.

### 2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿hay lugar al reintegro del señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ, al cargo de Técnico, código 407, grado 23, de la planta de personal del municipio de Sincelejo, por existir falsa motivación o desviación de poder, en el decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013, expedido por el Alcalde del municipio de Sincelejo, que declaró la insubsistencia del demandante.

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) marco normativo de la carrera administrativa, y la provisionalidad en Colombia (ii) Situación del empleado provisional (iii) caso concreto.

#### 2.4. NORMATIVIDAD DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, Y LA PROVISIONALIDAD EN COLOMBIA<sup>14</sup>.

Desde la Carta Política de 1886, se elevaron a rango constitucional, las reglas generales sobre el acceso, organización y administración del servicio público y sobre quienes se vincularan laboralmente al mismo, así se extrae del artículo 62 de la norma superior.

Luego de un amplio desarrollo legal, la Carta Política de 1991, varió de manera trascendente el texto del artículo 62 de la anterior Constitución hasta el punto de dedicar a la Función Pública, todo el Capítulo 2º, es decir, de los artículos 122 a 131.

Es así como en el artículo 125 prescribe, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y expresamente exceptúa de la misma a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, a los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Señala además que, los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por 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 ocurrirá 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; y en ningún caso la filiación de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

En su artículo 130, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Con relación a la carrera administrativa, cabe resaltar que son también concordantes el numeral 13 de su artículo 189, que estableció que es al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa a quien le corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones,

---

<sup>14</sup> El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, agosto 4 de 2010, Expediente N° 15001-23-31-000-2001-00354-01 (0319-08)

según la Constitución o la ley. Y determinó que en todo caso, al Gobierno le asiste la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes. En el artículo 209 estableció, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones; con lo que adquirieron rango constitucional los principios que hasta el momento solo encontraban consagración legal.

**La Ley 909 de 2004** señala en su artículo 1º, que su objeto es la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos reguladores de la gerencia pública y señala que los empleos de carrera, los de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales hacen parte de la Función Pública. En su artículo 3º describe en forma taxativa sus destinatarios.

En el artículo 4º por primera vez se define lo que es un sistema específico de carrera. Enlista las carreras específicas agregando a las que traía la normativa anterior, las Superintendencias, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la U.E.A de la Aeronáutica Civil.

En el artículo 19, precisa lo que es un empleo público y en su artículo 22, contempló la ordenación de la jornada laboral.

El artículo 23 señala que las clases de nombramientos son: ordinarios, en periodo de prueba o en ascenso, de acuerdo a si se trata de empleo de libre nombramiento y remoción o de carrera.

En su artículo 24 en cuanto al encargo dispone, que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera y una vez convocado el concurso, los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados, previa acreditación de requisitos, aptitudes y habilidades, situación que no puede superar los 6 meses, este encargo debe recaer en empleado inferior. En el caso de empleos de libre nombramiento y remoción, cuando se trate de vacancia temporal o definitiva, procede el encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento, y en el caso de vacancia definitiva el término del encargo es de 3 meses, vencido el cual se debe proveer en forma definitiva.

En el artículo 25 establece, que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de su cargo, el mismo será provisto en **forma provisional**, *“sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”*.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, los que se producen 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) Inexequible. [Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004](#), por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; [Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005](#).
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-501 de 2005](#), en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.
- 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; literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1189 de 2005](#), en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° 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. Inexequible. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.

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.

El Parágrafo 2º del artículo 41 prescribe, que el retiro de los empleos de carrera debe efectuarse por acto motivado, y la remoción de los empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y por acto **no** motivado.

El artículo 42 establece las causas por las cuales se pierden los derechos de carrera, dentro de las que se encuentran el retiro, por las causales previstas en el artículo anterior y la posesión en cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado comisión. Señala que no se pierden los derechos de carrera si el empleado toma posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.

Se resalta que el artículo 56 establece la posibilidad de que los provisionales puedan concurrir a concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer cargos de carrera en forma definitiva, a quienes se les reconocería la experiencia,

antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio, pero dicha disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-733 de 2005.

El **Decreto 1227 de 2005** reglamentó la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con los empleos temporales y provisionales.

Definió el empleo temporal en el artículo 1º, como aquel creado en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento; está sujeto a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad; el estudio técnico debe contar con concepto previo favorable del DAFP y su régimen salarial y prestacional será el que corresponde a los empleos de carácter permanente. Como lo informa su artículo 4º, el nombramiento se debe efectuar teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal, mediante acto administrativo con indicación del término de duración, que una vez vencido, implica su retiro automático, teniendo en cuenta, según su artículo 3º, las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y si no existen, la Entidad realizará un proceso de evaluación del perfil.

En el Parágrafo Transitorio de su artículo 8º en cuanto a los **empleados provisionales** dispuso, que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio; **dicho encargo o nombramiento provisional no puede superar los 6 meses**, término dentro del cual se debe convocar a concurso y reitera que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

Esta norma fue modificada por el **Decreto 3820 de 2005**, en el sentido de establecer la prórroga de dichas figuras hasta la superación de las circunstancias que las originaron previa autorización de la Comisión del Servicio Civil. Este último a su vez, se modificó por el **Decreto 1937 de 2007**, que amplió el espectro de la prórroga, señalando que no se requiere autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera. Seguidamente por medio del **Decreto 4968 de 2007**, la norma sufrió variación en el sentido de que la Comisión Nacional del Servicio Civil debe resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo

de la solicitud y si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entiende prorrogado o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso. Especificó las vacancias temporales que no requieren de autorización de la Comisión y agregó que tampoco es necesaria la autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso.

El Decreto 1227 de 2005 en el artículo 9º reitera lo estipulado en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, relacionado con la separación temporal del cargo de carrera que admite provisión en **forma provisional**, sólo por el tiempo de duración de la separación temporal, cuando no sea posible el encargo e insistió en que cuando el empleado ejerza empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera, su vinculación tendrá **carácter provisional** y ese cargo de carrera se tiene que proveer en orden de prioridad por acto administrativo emitido por el nominador. Y en su artículo 10 señaló, que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador puede darlos por terminados, tal como lo estableció en el artículo 7º Decreto 1572 de 1998, pero agregando que la resolución debe ser motivada.

Empero, estos dispositivos fue suspendida provisionalmente por el H. Consejo de Estado<sup>15</sup>, en providencia del 5 de mayo de 2014; por considerar entre otras cosas que, la Comisión Nacional del Servicio Civil no puede inmiscuirse en temas regulados específicamente por la normativa especial; en este sentido señaló:

“(...).El Despacho resalta que el objeto de esta providencia es establecer si del cotejo entre el Decreto 4968 de 2007 proferido por el Presidente de la República y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Circular No. 005 de 2012, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, con las normas invocadas en la solicitud de medida cautelar, se violan los preceptos Constitucionales y legales y en consecuencia, es procedente suspender provisionalmente los efectos jurídicos de los actos administrativos acusados.

Para resolver lo anterior, debe precisarse que los sistemas de carrera administrativa se clasifican en: general, específico (de creación legal) y especial

---

<sup>15</sup> El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente N° 11001-03-25-000-2012-00795-00 (2566-12)

(de origen constitucional) y que la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, se encuentra facultada para administrar y vigilar la carrera administrativa de los servidores públicos con excepción de las carreras que tengan carácter especial.

Sobre la facultad de la CNSC para ejercer las funciones de administración y vigilancia de los regímenes general y específicos de carrera administrativa de origen legal, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C- 1230 de 2005, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 4 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

*“La Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador sistemas específicos de carrera, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal y como ocurre con el sistema general de carrera. Distintas son las razones que apoyan esta interpretación.*

*La Constitución del 91 consagró el sistema de carrera como la regla general para el acceso al servicio público, y con ese mismo propósito le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia "de las carreras de los servidores públicos".*

*Si ello es así, no queda duda que la exclusión de competencia prevista en el artículo 130 Superior para la Comisión es de alcance excepcional y de interpretación restrictiva y, por tanto, debe entenderse que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional, o lo que es igual, para aquellos señalados expresamente por la propia Carta Política. Si el artículo 130 Superior dispone que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad "responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos", excepción hecha de las que tengan carácter especial", está definiendo dos aspectos puntuales sobre su ámbito de competencia.*

*El primero, que la referida competencia es sobre "las carreras de los servidores públicos"; es decir, que tiene alcance general y que, por tanto, no se puede agotar en un sólo sistema de carrera, la carrera ordinaria o común, sino que se proyecta también sobre otros que, de acuerdo con la exclusión de competencia*

*prevista en la misma preceptiva, no pueden ser sino los sistemas especiales de origen legal. El segundo, que las funciones a ella asignada para administrar y vigilar las carreras se constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible. Acorde con los artículos 125 y 130 de la Carta, la interpretación que se ajusta al espíritu de dichas normas, es aquella según la cual, es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales que tengan origen constitucional. Ello significa que se constituye en un imperativo constitucional, que se le asigne a dicha Comisión tanto la administración como la vigilancia de la carrera general y de las carreras especiales de origen legal, estas últimas, denominadas por el legislador carreras específicas. Cabe destacar que, aun cuando es cierto que el legislador goza de un amplio margen de configuración política para desarrollar lo concerniente a la implementación del sistema de la carrera, tratándose de la carrera general y de los sistemas especiales de carrera de origen legal, dicha habilitación no comprende ni compromete la definición de competencia sobre las funciones de administración y vigilancia de las carreras, por ser éste un asunto del que se ha ocupado directamente la Constitución Política, precisamente, al asignarle a través del artículo 130 las dos funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Corte encuentra que en lo que respecta al numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004, acusado en esta causa, el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa contraria al ordenamiento Superior, al reducir la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil únicamente a la "vigilancia" de las carreras específicas".*

De la transcripción de la jurisprudencia anterior se infiere que la CNSC está plenamente facultada para administrar y vigilar la carrera administrativa general y la carrera administrativa específica de orden legal, la cual rige a algunas entidades del orden nacional y territorial, entre otros, la carrera de los servidores de la DIAN y de las Superintendencias.

Encuentra el Despacho que del cotejo entre el texto de los actos administrativos acusados y las normas invocadas como vulneradas se evidencia la vulneración de estas últimas<sup>16</sup>, por cuanto el Decreto 4968 de 2007, crea procedimientos y

---

<sup>16</sup> De la Ley 909 de 2004: **"Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa.** En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

trámites adicionales para la provisión de empleos públicos en las modalidades en encargo y de provisionalidad, además de establecer las prorrogas de los encargos, los cuales tienen por ley un término perentorio de 6 meses, tal como lo expuso por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia de 12 de abril de 2012, proferida dentro del proceso (9336-2005).

De otra parte advierte el Despacho que dentro de las facultades conferidas a la Comisión Nacional de Servicio Civil está la de para instruir sobre la aplicación de las normas de la carrera administrativa pero no para crear o modificar los procedimientos para acceder a los empleos públicos, excediendo lo dispuesto en la Constitución y la Ley.

Finalmente, se destaca que no es posible que la CNSC so pretexto de ejercer sus funciones de administración y vigilancia se atribuya la facultad de inmiscuirse en temas regulados específicamente por la normativa especial, adicionando los procedimientos para determinar la procedencia de los encargos, el nombramiento en provisionalidad y su prórrogas, así como la delegar la facultad nominadora en las entidades públicas (...)."

---

a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; (...)

h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;

j) Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;

k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa (...)"

**"Artículo 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa.** La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;(...)

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley; (...)

**Parágrafo 1º.** Para el correcto ejercicio de sus competencias en esta materia, la Comisión Nacional del Servicio Civil estará en contacto periódico con las unidades de personal de las diferentes entidades públicas que ejercerán sus funciones de acuerdo con lo previsto en la presente ley (...)"

**"Artículo 24. Encargo.** Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva".

**"Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal.** Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera".

Así las cosas, en el funcionamiento de la administración, no puede estar supeditado a las autorizaciones o no, de la CNSC, para ejercer las facultades que el mismo legislador ya previó.

Ahora, en cuanto al retiro de los servidores públicos, hoy objeto de estudio, la Corte Constitucional ha señalado que ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad<sup>17</sup>.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “*cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal*”<sup>18</sup>. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “*no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo*”<sup>19</sup>.

## 2.5. DE LA SITUACIÓN DEL EMPLEADO PROVISIONAL

Siguiendo el mismo hilo conductor de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, agosto 4 de 2010, Expediente N° 15001-23-31-000-2001-00354-01 (0319-08), encontró el Consejo de Estado, de conformidad con el recuento normativo que antecede, que en nuestro País existe como garantía para los servidores públicos, que les permite la permanencia en los cargos, el principio general de la carrera administrativa, que ha atravesado por diversas condiciones circunstanciales de las dinámicas políticas, que inevitablemente en veces la han convertido en la excepción.

---

<sup>17</sup> En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5° del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4° de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8° de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

Es así como en la Carta Política de 1886 inicialmente se consagraron las reglas generales sobre el servicio público, entre las que se hizo alusión a la carrera administrativa, que en los primeros cincuenta años de su vigencia se tornó en una figura extinta, pero que renació con la expedición de la Ley 165 de 1938, en la que se proyectaron los principios fundamentales de mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y ascenso en la misma. Sin embargo, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968, en tanto que admitió el ingreso automático a la misma, favoreciendo a los empleados que estuvieron desempeñando el empleo de carrera, solo por el hecho de estarlo haciendo al momento de la expedición de la ley; obviando con ello, que uno de los pilares básicos es el mérito que se debe demostrar previo al ingreso en el servicio público, situación que encontró su fin solo hasta el año 1997, con la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional del artículo 22 de la Ley 27 de 1992 en la Sentencia C- 030.

De manera particular y tal como se advirtió, fue a partir del Decreto 1732 de 1960, que en forma expresa se contempló la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados provisionales. Aunque esta figura inicialmente se estableció con una duración de 15 días, término que una vez cumplido habilitaba al provisional para separarse del cargo, en tanto que no podía continuar ejerciendo las funciones del empleo, lo cierto es, que con el paso del tiempo adquiriría vocación de permanencia, pues en caso de persistir la ausencia de lista de candidatos elegibles para proveer el cargo, el mismo debía ser provisto en provisionalidad por el nominador.

El artículo 5º del Decreto 2400 de 1968, estableció por primera vez, las clases de nombramiento: el ordinario, en periodo de prueba y el provisional, debiendo tener ocurrencia este último, tal como lo señala su inciso 4º, solo cuando se tratara de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera, con un límite temporal de 4 meses. Por su parte el artículo 26, habilitó la declaratoria de inexistencia sin motivación alguna, del nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo, no perteneciente a la carrera y el artículo 25, contempló dentro de las causales de retiro del servicio, la inexistencia del nombramiento; de tal suerte que no asistiéndole derechos de carrera al provisional, es necesario establecer el alcance de los artículos 25 y 26 del citado Decreto, sobre su desvinculación vía acto discrecional.

Pues bien, observa la Sala que el análisis sistemático de estos preceptos permite deducir la siguiente percepción, que reviste especial importancia para aclarar los nexos entre la cesación definitiva de las funciones de los empleados provisionales y los actos discrecionales de insubsistencia.

En efecto es claro, que por orden legal, la designación del empleado provisional tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado; tal circunstancia en armonía con el inciso 3º del mismo artículo, permite deducir, que dicho nombramiento no tiene el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, no otorga la estabilidad propia del sistema; así las cosas, su desvinculación se producirá dentro de las hipótesis del artículo 25 ibídem, que bien desarrolló el artículo 26, pero con la ambigüedad relacionada a que la insubsistencia es propia de los que no pertenecen a una carrera, esto es, los nombramientos ordinarios o sea los de libre nombramiento y remoción, pues para los de carrera existen los motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios de insatisfactoria.

La manera como quedó redactado el precepto, en principio, no sería extendible a los funcionarios provisionales, pero tampoco estos vínculos generan derecho de estabilidad; de tal suerte, que la ambigüedad se resuelve en la identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, lo cual origina en forma lógica que la cesación definitiva de funciones comporta identidad de dispositivo de los señalados en el artículo 25 literal a), es decir, que el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, pueda y deba hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, pensar lo contrario supone atribuir al nombramiento provisional consecuencias que no tiene, es decir, someterlo al procedimiento del inciso 2º del artículo 26, sin que se comporte hipótesis material, porque el ingreso de estas personas no ocurrió previo un sistema de selección de mérito, lo cual como puede apreciarse, conduce a que la identidad material del ingreso al servicio por nombramiento ordinario comparta analogía real con el ingreso al servicio público por nombramiento en provisionalidad.

Esta identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, encuentra disposición expresa en el Decreto 1950 de 1973, por medio de su artículo 107 , que preceptúa que tanto el nombramiento ordinario como el provisional, pueden ser declarados insubsistentes sin motivación de la providencia, de

acuerdo con la facultad discrecional que le asiste al Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados.

Tal identidad que comparte el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, en razón de que puede declararse su insubsistencia sin motivación alguna, persiste aún, en razón de que la Carta Política de 1991 en su artículo 125, preceptuó como causales de retiro para los empleados de carrera, no solo la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario, las demás causales previstas en la Constitución, sino también las demás contempladas por *“la ley”*; última parte de la disposición Superior, que habilita de manera expresa la aplicación de lo prescrito en esta particular materia de tiempo atrás, por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

El empleado provisional seguía teniendo vocación de permanencia al interior del servicio público y no era de otra manera cuando la Ley 61 de 1987, con la estipulación de las excepciones al término de 4 meses de duración de la figura, habilitó tres posibilidades de ocupar un cargo en provisionalidad: la ordinaria ante la carencia de lista de elegibles, la del que ocupaba el cargo del empleado a quien se le otorgó comisión de estudios y la de quien laboraba en el cargo que fue prorrogado por solicitud de la entidad interesada debidamente motivada.

El nombramiento provisional, con las Leyes 27 de 1992 y Decretos Reglamentarios y con la Ley 443 de 1998, pasó a convertirse en figura suplente del encargo, que se constituyó en el derecho preferencial de los empleados escalafonados para ocupar los cargos de carrera; de suerte que, la provisionalidad en virtud de la segunda Ley, admitió varias excepciones a su temporalidad de 4 meses, aunque en el Parágrafo de su artículo 8º, expresamente contempló la imposibilidad de la prórroga de dicho término al igual que el impedimento para proveer nuevamente el empleo a través de dicho mecanismo.

Las causales de pérdida de los derechos de carrera, en tanto que siguen siendo las mismas que se dispusieron en la normativa que le precede a estas Leyes, permiten sin lugar a dudas afirmar la vigencia hasta ese momento, de los artículos 5º, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968 y del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

El Decreto 1572 de 1998 en su artículo 7º, continuando con el lineamiento expuesto en la normativa que le antecedió; expresamente habilitó la declaratoria de

insubsistencia del nombramiento del empleado provisional, a través de acto expedido por el nominador, es más, facultó a este para darlo por terminado mediante resolución, en cualquier momento antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga. Esta disposición corrobora aún más que la cesación de funciones del empleado provisional, puede y debe hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, que también aplica para los empleados con nombramiento ordinario.

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004, cuando establece que las clases de nombramiento son ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal; con lo que se torna aún más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, varía la situación, pero solo cuando se da por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, evento en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

De todo lo anterior emerge con claridad, que *in factum* no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación *in absurdo*, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

De lo anterior se extraen tres grandes causales de desvinculación de un servidor público en carrera, que también se le aplica a los que se encuentran en situación de provisionalidad, las cuales son: (I) por evaluación del desempeño, cuando hay calificación insatisfactoria; (II) por desvinculación o retiro impuesto como sanción, cuando se viola el régimen disciplinario; y (III) por otras razones previstas en la Constitución y la Ley. En este caso, el demandado afianza sus motivos en la tercera de ellas, que es por otras razones previstas en la Constitución y la Ley, como lo es, que venció el período de los 6 meses, por el cual se efectúa el nombramiento del demandante.

Por tanto, el nombramiento en provisionalidad no genera ninguna clase de estabilidad respecto al empleado que lo ocupa, dado que el mismo legislador previó las circunstancias para que se produzca dicha figura, así como la terminación de la misma; toda vez que su nombre de provisionalidad, aduce, transitorio; posición que impera hasta el día de hoy en el Tribunal Supremo de lo Contencioso.

## 2.6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la declaratoria de nulidad del decreto por medio del cual, la Alcaldía del municipio de Sincelejo - Sucre, declaró insubsistente al demandante, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, empleo de libre nombramiento y remoción y que ejercía al momento de la expedición del acto administrativo atacado y el consecuente reintegro y restablecimiento del derecho

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Copia del decreto N° 166 del 26 de mayo de 2004<sup>20</sup>.
- Copia del acta de posesión N° 0470 del 26 de mayo de 2004<sup>21</sup>, por medio de la cual el actor toma posesión del cargo de Técnico, código 401, grado 23 de la alcaldía de Sincelejo, en provisionalidad.
- Copia del decreto 538 del 24 de octubre de 2013<sup>22</sup>.
- Copia del oficio 0201-10.01-517-10-2013 del 25 de octubre de 2013 Generales<sup>23</sup>, expedido por el Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía de

---

<sup>20</sup> Folio 20 del expediente.

<sup>21</sup> Folio 21 del expediente.

<sup>22</sup> Folio 23 - 25 del expediente.

<sup>23</sup> Folio 22 del expediente.

Sincelejo, por medio del cual se notifica al demandante del contenido del decreto 538 del 24 de octubre de 2013.

- Acta de entrega de inventario de bienes muebles asignados al señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, de fecha 03 de octubre de 2013<sup>24</sup>.
- Copia del acuerdo N° 018 del Concejo Municipal de Sincelejo, por el cual se establece la escala de remuneración de las distintas categorías de empleos de la administración central del municipio de Sincelejo y se dictan otras disposiciones, de fecha 05 de diciembre de 2005<sup>25</sup>.
- Copia del decreto N° 044 del 05 de enero de 2012<sup>26</sup>, expedido por el Alcalde del municipio de Sincelejo, por el cual se adopta el manual de funciones de los empleos de la planta de personal de la alcaldía del municipio de Sincelejo y se fijan los requisitos para su ejercicio.
- Copia de apartes del manual de funciones de los empleos de la planta de personal de la alcaldía del municipio de Sincelejo, referidos al cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, de la alcaldía de Sincelejo<sup>27</sup>.
- Constancia expedida por el jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía de Sincelejo, de fecha 04 de septiembre de 2014<sup>28</sup>.
- Constancia expedida por el jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía de Sincelejo, de fecha 04 de septiembre de 2014<sup>29</sup>, que informa sobre la adopción del manual específico de funciones en la alcaldía de Sincelejo.
- Copia de oficio de fecha 22 de febrero de 2006<sup>30</sup>, enviado por el demandante al alcalde del municipio de Sincelejo, por medio del cual, solicita se autorice liquidación parcial de cesantías.
- Copia de la resolución N° 2837, de fecha 29 de septiembre de 2011<sup>31</sup>, por medio de la cual se autoriza retiro de cesantías parciales del fondo de cesantías al señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ.

De conformidad con el escaso material probatorio obrante en el expediente anteriormente relacionado, se encuentra acreditado que el señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ, a través del decreto N° 166 del 26 de mayo de 2004<sup>32</sup>, fue nombrado en provisionalidad, en la Alcaldía del municipio de Sincelejo,

---

<sup>24</sup> Folio 26 del expediente.

<sup>25</sup> Folio 71 - 78 del expediente.

<sup>26</sup> Folio 71 - 78 del expediente.

<sup>27</sup> Folio 81 - 84 del expediente.

<sup>28</sup> Folio 85 del expediente.

<sup>29</sup> Folio 86 del expediente.

<sup>30</sup> Folio 86 del expediente.

<sup>31</sup> Folio 93 del expediente.

<sup>32</sup> Folio 20 del expediente.

en el cargo de Técnico, código 401, grado 23, adscrito a la Oficina del SISBEN, empleo del que tomó posesión en la misma fecha a través de acta N° 0470<sup>33</sup>.

Igualmente se encuentra demostrado que, el municipio de Sincelejo, por medio del decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013<sup>34</sup>, declaró insubsistente al demandante, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, por ser este empleo el que ejercía el actor al momento de la expedición de tal decreto.

De las pruebas allegadas al plenario, se puede establecer que, si bien el señor MONTERROZA GÓMEZ, ingresó a la administración municipal de Sincelejo, en calidad de Técnico, código 407, grado 23, adscrito a la oficina del SISBEN, cargo este de carrera administrativa y del cual ostentó un nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que, a lo largo de los más de 9 años que permaneció vinculado al ente territorial, ejerció otros cargos con diferente denominación, como lo fueron el de Coordinador, código 501, grado 33 y por último el de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36.

Prueba de ello, se tiene el oficio del 22 de febrero de 2006<sup>35</sup>, enviado por el demandante al Alcalde del municipio de Sincelejo, por medio del cual, solicita se autorice liquidación parcial de cesantías, en el que el actor especifica el cargo desempeñado para esa fecha, documento que pone de presente, el conocimiento por parte del accionante, que para ese momento, ya se encontraba ejerciendo un nuevo cargo del que fue nombrado en provisionalidad.

En igual sentido se tiene copia de la resolución N° 2837 de fecha 29 de septiembre de 2011<sup>36</sup>, acto administrativo que goza de plena legalidad, por medio de la cual se autoriza retiro de cesantías parciales del fondo de cesantías al señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, en su calidad de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, en el que figura una constancia de recibido de fecha 04 de octubre de 2011, suscrita por el señor MONTERROZA GÓMEZ.

Tal cambio en el ejercicio del empleo por parte del señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, obedeció, como se extrae del acuerdo N° 018 de diciembre 5 de 2005<sup>37</sup>,

---

<sup>33</sup> Folio 21 del expediente.

<sup>34</sup> Folio 23 - 25 del expediente.

<sup>35</sup> Folio 92 del expediente.

<sup>36</sup> Folio 93 del expediente.

<sup>37</sup> Folio 71 - 78 del expediente.

expedido por el Concejo Municipal de Sincelejo, a la supresión del cargo de Técnico, código 407, grado 23, adscrito a la oficina del SISBEN, de la planta de personal de la Alcaldía de Sincelejo.

En efecto, el cargo de Técnico, código 407, grado 23, según se desprende de las constancias emitidas por el Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía de Sincelejo de fecha 04 de septiembre de 2014<sup>38</sup>, sufrió un cambio en su denominación, por lo que paso a ser, Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, situación que no es posible verificar con una comparación de funciones, pues la parte demandante omitió arrimar las funciones del cargo de Técnico, código 407, grado 23, lo cual hubiera permitido determinar de manera práctica, si lo que se dio frente a los dos cargos referenciados fue un simple cambio en su nombre o se trataba de una verdadera supresión y creación de un nuevo cargo con funciones distintas.

A pesar de lo anterior, salta a la vista, de la descripción de las funciones asignadas al cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, y de la constancia emitida por el Jefe de Recursos Humanos relacionada, que este último empleo se trataba de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Según el manual de funciones<sup>39</sup>, este es un empleo del nivel asistencial, con dependencia del despacho del alcalde, quien a su vez es su jefe inmediato.

El propósito principal del empleo descrito en el mismo manual de funciones, es el de desarrollar actividades administrativas de apoyo, propias del despacho de la alcaldía o secretarías recepcionado, administrando y distribuyendo información general de la dependencia tanto del personal interno y externo de la entidad.

Con respecto a las funciones se describen las siguientes:

1. Atención personalizada y telefónica de la comunidad o visitas especiales interesadas en tener comunicación con el despacho del alcalde, para dar a conocer los procedimientos y requisitos de las necesidades solicitadas.
2. Acompañar al señor alcalde a los eventos y visitas protocolarias e invitaciones de la comunidad, con el fin de apoyar en la organización logística y presentación del alcalde.

---

<sup>38</sup> Folio 85 del expediente.

<sup>39</sup> Folio 81 - 84 del expediente.

3. Mantener organizados los documentos, respuestas y prioridades suministradas por el señor alcalde a la comunidad, con el fin de garantizar las correctas respuestas a la comunidad.
4. Mantener la comunicación permanente de la comunidad, con el despacho del alcalde, referentes a las peticiones y solicitudes realizadas, con el fin de garantizar la veracidad de las solicitudes.
5. Diagnosticar permanentemente las necesidades más prioritarias de la comunidad, a través de la recepción y verificación de las solicitudes al despacho del alcalde.
6. Mantener periódicamente contactos con los medios de comunicación, con el fin de garantizar que la información del despacho sea divulgada de forma transparente y objetiva.
7. Buscar y organizar la información para la gaceta municipal, de acuerdo a las normas legales.
8. Montar el bosquejo de la gaceta municipal, para llevarlo a la tipografía, para su debida impresión.
9. Hacer seguimiento a la difusión de la gaceta, con el objeto de darle cumplimiento a las normas legales municipales.
10. Revisar la documentación y solicitudes realizadas por la comunidad, con el fin de comunicar a las diferentes secretarías y hacer seguimiento al cumplimiento de las peticiones de la comunidad.
11. Asistir al alcalde, en los asuntos administrativos, en pro del cumplimiento de los procesos y procedimientos en los que participa.
12. Apoyar la preparación y presentación de excusas protocolarias de la administración municipal, cuando por motivos ajenos a la voluntad del alcalde, no pueda asistir a un evento programado, dando cumplimiento a las normas de protocolo y programación de eventos.
13. Mantener relación permanente con los asesores y funcionarios del despacho, brindando retroalimentación de las actividades, programas y/o proyectos que se desarrollan en el despacho y que por disposición del alcalde o secretarios deban ser difundidos y dados a conocer a las diferentes secretarías y divisiones u oficinas de la entidad.
14. Visitar las obras de infraestructura ejecutadas por el municipio, con el fin de informar al señor alcalde el estado de las mismas.
15. Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por las normas legales y que correspondan a las funciones propias de la dependencia.

De lo antes expuesto, se encuentra que el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, es un empleo de libre nombramiento y remoción, atendiendo que es uno de los que implican especial confianza, con funciones asistenciales o de apoyo, que se encuentra al servicio directo e inmediato del señor alcalde, criterios estos acordes con lo expresado en el artículo 5°, numeral 2°, literal B, de la ley 909 de 2004.

El hecho de cambiar la naturaleza de un cargo del régimen de carrera administrativa al de libre nombramiento y remoción, constituye la supresión definitiva del anterior empleo y la creación de uno totalmente nuevo, que es reglamentado por normas diferentes al suprimido.

Determina el artículo 6° de la ley 909 de 2004:

*Artículo 6°. Cambio de naturaleza de los empleos. El empleado de carrera administrativa cuyo cargo sea declarado de libre nombramiento y remoción, deberá ser trasladado a otro de carrera que tenga funciones afines y remuneración igual o superior a las del empleo que desempeña, si existiere vacante en la respectiva planta de personal; en caso contrario, continuará desempeñando el mismo cargo y conservará los derechos de carrera mientras permanezca en él.*

*Cuando un empleo de libre nombramiento y remoción sea clasificado como de carrera administrativa, deberá ser provisto mediante concurso.*

Es importante dejar sentado, que el señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, era como lo dejó expresado el decreto N° 166 del 26 de mayo de 2004<sup>40</sup>, expedido por el Alcalde de Sincelejo, un empleado en provisionalidad, situación que pone de presente que no tenía los derechos inherentes a los funcionarios o empleados de carrera administrativa, en los que se encuentran el derecho preferente a ser incorporado a un cargo igual o equivalente en la nueva planta de personal de la entidad o a la indemnización correspondiente; ello en atención a que los empleados de carrera, por su forma de ingreso al servicio público, tienen un tratamiento especial y preferente sobre los demás empleados vinculados a la Administración en las otras modalidades, tales como el de libre nombramiento y remoción o la provisionalidad.

---

<sup>40</sup> Folio 20 del expediente.

Así las cosas, la administración municipal de Sincelejo, en primera instancia no estaba obligada a motivar la declaratoria de insubsistencia del señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ, conforme al artículo 41, parágrafo 2° de la ley 909; pero al hacerlo, el Juez Contencioso Administrativo, puede realizar su control de legalidad independientemente de si el cargo es de libre nombramiento y remoción.

#### DE LA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO ATACADO.

Como motivos para declarar la insubsistencia del demandante en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, que ejercía el actor, se dieron las siguientes:

“... ”

*Que el municipio de Sincelejo mediante resolución N° 0003 de enero 02 de 2006, por medio de la cual se hace la incorporación de la planta de personal de la Alcaldía de Sincelejo, incorporo al señor ORLANDO MONTERROZA GOMEZ, en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO – CODIGO 407 – GRADO 35, adscrito al despacho del Alcalde cargo este que es de libre nombramiento y remoción.*

*Que le señor ORLANDO OMNTERROZA GOMEZ, desde la fecha mencionada en el inciso anterior, se ha venido desempeñando en el cargo de libre nombramiento y remoción AUXILIAR ADMINISTRATIVO –CODIGO 407 – GRADO 35, devengando la remuneración establecida para dicho cargo.*

*Que el artículo 41 de la ley 909 de 2004, establece que el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción, se produce por declaratoria de insubsistencia del nombramiento.*

*Que muy a pesar de que el CARGO que se encuentra desempeñando el señor ORLANDO MONTERROZA GOMEZ es de libre nombramiento y remoción, y la declaratoria de insubsistencia no requiere motivación, es necesario aclarar, que el paso del empleado de un cargo en provisionalidad (TECNICO – CODIGO 401 – GRADO 23, adscrito a la Oficina del Sisben), a un cargo de libre nombramiento y remoción (AUXILIAR ADMINISTRATIVO – CODIGO 407 – GRADO 36), sin tomar posesión del último cargo, se convierte en una situación de hecho que requiere ser mencionada.*

*Que el artículo 122 de la CN, no dispone que ningún servidor público puede ejercer el cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que lo incumben.*

*Que a su vez el decreto 1950 de 1973, en su artículo 25 en concordancia con el artículo 4 del decreto 2400 de 1968, disponen que para ejercer un empleo público de la rama ejecutiva del poder público se requiere “ser designado regularmente y tomar posesión”.*

*Que la posesión es entonces una formalidad de estirpe constitucional que tiene por objeto comprometer el ejercicio de la función pública por parte de los empleados públicos, dentro del marco de la constitución y la ley.*

*Que no habiendo transcurrido la formalidad anterior en el caso del señor ORLANDO MONTEROZA GOÑEZ, este encuadra dentro de lo que la doctrina y la jurisprudencia conocen como funcionario de hecho, que no es más que aquel funcionario que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular.*

*Que tanto la doctrina como la jurisdicción contenciosa, han aceptado la validez de los actos proferidos por los funcionarios de hecho, esencialmente para conservar el orden jurídico, proteger las relaciones entre la administración y los administrados y dar seguridad a las relaciones jurídicas, sin que este reconocimiento lo convierta en un funcionario de iure.*

*Que respecto de los efectos jurídicos de la falta de posesión y d los funcionarios de hecho, el Código de Régimen Político y Municipal, en su artículo 252, inciso 2 dispuso: “Las irregularidades de la diligencia de posesión y aún la omisión de tal diligencia no anulan los actos del empleado respectivo, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones”.*

*Que nuestro Honorable Consejo de Estado en reiteradas oportunidades ha manifestado que:*

*“no existe ninguna razón para que el funcionario de facto tenga una situación de privilegio con relación a los funcionarios de iure, por el solo hecho de ser un funcionario irregular”.*

*“Así las cosas, la irregularidad por la falta de posesión del señor..., a juicio de esta Sala no tiene la virtud suficiente para viciar de nulidad el acto de insubsistencia acusado. Lo anterior porque es evidente que se emitió en la misma forma y apariencia a como lo hubiera expedido un funcionario debidamente posesionado y no hay duda de que para la opinión general se trataba de un empleado público con el lleno de los requisitos legales.”*

*Que por todo lo anterior y con el fin de preservar el ordenamiento jurídico, respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos, y teniendo en cuenta la facultad establecida en el artículo 41 de la ley 909 de 2004, se*

**RESUELVE:**

*ARTICULO PRIMERO: Declárese insubsistente el nombramiento del señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GOMEZ, identificado con la cedula numero 92.521.620 expedida en Sincelejo, quien ejerce el empleo de libre nombramiento y remoción AUXILIAR ADMINISTRATIVO – CODIGO 407 – GADO 36.”*

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, señaló las causales de retiro del servicio en los siguientes términos:

*“Artículo 41. 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) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada;(Inexequible C- 501 de 2.005)*
- 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.*

**PAR. 1º— <Parágrafo INEXEQUIBLE>**

*PAR. 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”. (Negrillas de la Sala)*

(...)

En sentencia de fecha 26 de enero de 2012, al resolver un caso de declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, el Tribunal Administrativo del Cauca, acotó que:

*“La declaratoria de insubsistencia es la figura jurídica mediante la cual se retira a un empleado del cargo para el cual fue nombrado sin existir acto expreso de ello; para el caso de aquellos empleados que se encuentran vinculados bajo el régimen de libre nombramiento y remoción, dicha declaratoria encuentra sustento en el poder discrecional del agente nominador, el cual, cabe aclarar, debe encontrar límite en los fines que la ley imponga al servicio que se presta con la provisión, y, de manera general, la remoción de los empleados siempre deberá obedecer al mejoramiento del servicio público, de forma que una declaración podrá entenderse como motivada cuando las calidades del empleado que se nombra permitan ver, sin mayor dificultad, que el servicio que se pretende prestar con el nombramiento se encontrará mejor garantizado y cuya eficiencia será superior al estado en que se encontraba; es decir que, el reemplazo de un empleado por otro no tendrá otra finalidad que el mejoramiento de las condiciones de la función pública, no existiendo causales para el ejercicio de dicho poder discrecional del nominador.*

*No se hace un juicio respecto de la idoneidad del empleado removido, sino que eventualmente, a juicio del nominador, pueden presentarse otras circunstancias que amenacen la garantía de la prestación de un buen servicio, motivos que no debe explicar en el acto de insubsistencia, pero que de todas formas, deben quedar impresos en el ánimo de remoción.*

*A continuación, se debe decir que un funcionario vinculado a un cargo gobernado por el régimen de libre nombramiento y remoción, carece de estabilidad, por lo que su vinculación es la más precaria dentro de la Función Pública, pues esta clase de cargos desarrollan funciones de dirección, confianza y manejo, lo cual sirve de sustento, dentro de los límites ya establecidos, para el agente nominador pueda remover al funcionario en cualquier momento.*

*Sin embargo, existen eventos en que la remoción de un funcionario vinculado como de libre nombramiento y remoción no obedece al fin máximo de la función Pública,*

*a saber, el mejoramiento de la calidad de prestación del servicio, sino que denota un ejercicio arbitrario del poder discrecional otorgado por la ley; en los eventos que esto sea así, en efecto, podrá hablarse de la desviación de poder como la forma que tiene el funcionario de atacar el acto de remoción investido de legalidad presunta.*

Al respecto de la motivación de los actos administrativos que declaran la terminación de un nombramiento en provisionalidad, en vigencia de la Ley 909 de 2004, sostuvo el Consejo de Estado - Sección Segunda, en providencia del 12 de octubre de 2011, Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11), lo siguiente:

*“Ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público. La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año)”*

En cuanto a los motivos del retiro, se debe decir que, la declaratoria de insubsistencia debe tener referencia a la labor desempeñada, es decir, en razón al trabajo y al buen cumplimiento de sus funciones.

El H. Consejo de Estado ha manifestado que los actos que retiran a un empleado independientemente de ser provisto de manera temporal, deben ser motivados, pero no argumentando de cualquier manera, es decir, debe atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario teniendo en cuenta sus responsabilidades:

*“Ahora bien, frente el **contenido de la motivación** correspondiente, puede entenderse de las providencias previamente reseñadas que esta no puede ser arbitraria, y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.*

*La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.*

*En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:*

*“(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”<sup>41</sup>.*

*En ese punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública, por ello, la motivación en caso de retiros de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional).*

*De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó: “Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”.*

*En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina*

---

<sup>41</sup> Sentencia SU 917 de 2010.

*y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.”<sup>42</sup>*

Frente al caso en concreto, resulta claro y evidente, que las razones que motivaron la declaratoria de insubsistencia del señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, por parte de la administración del municipio de Sincelejo, fue el considerarlo como un funcionario de hecho, muy a pesar de que este se encontraba ejerciendo un empleo de libre nombramiento y remoción como ya se dejó planteado anteriormente.

Lo anterior, significa, que desde el punto de vista formal, el acto cumple con lo expresado por la Ley 909 de 2004, en el sentido de que la decisión se encuentra motivada; no obstante lo anterior, los motivos allí expuestos, no obedecen a razones constitucional y legalmente admisibles para la declaratoria de una insubsistencia de un empleado, así este, se encuentre vinculado a un cargo de libre nombramiento y remoción, toda vez que la única argumentación válida para estos casos, son aquellas referidas a causas puntuales, relacionadas directamente con la prestación del servicio.

En este caso, se muestra claramente que los motivos alegados por el municipio de Sincelejo, para decretar la insubsistencia del señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, encajan en el mecanismo de revocatoria directa, pues si la administración municipal consideraba como irregular y violatoria de los preceptos constitucionales y legales la vinculación del demandante, debió acudir a tal procedimiento solicitando el respectivo consentimiento del afectado y de no obtenerlo, acudir ante la jurisdicción a demandar su propio acto.

Por lo anterior, se declararan no probadas las excepciones de falsa desviación de poder, inexistencia de violación de la ley 909 de 2004 y del decreto 785 de 2005, inexistencia de causa legal y carencia del derecho del demandante, propuestas por la entidad demandada, toda vez que se logró demostrar la indebida motivación o desviación de poder en la expedición del acto administrativo demandado.

A pesar de lo anterior, como quiera que, la declaratoria de insubsistencia del señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, en el cargo d Auxiliar Administrativo, código

---

<sup>42</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda – subsección “a”- Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá D.C., 12 de abril de 2012

407, grado 36, por parte de la administración del municipio de Sincelejo, fue el considerarlo como un funcionario de hecho, se procederá a realizar un estudio de la situación particular del demandante, para determinar si es realmente era un funcionario de facto.

Sobre la figura de funcionario de hecho, ha sido reiterativa la jurisprudencia del Honorable Consejo de estado al establecer que se denomina habitualmente funcionario de hecho a la persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese verdadero funcionario<sup>43</sup>.

El Consejo de Estado. En sentencia del 8 de marzo de 2001, la Sección Segunda, Subsección “A” sostuvo<sup>44</sup>:

*“Para la Sala es indudable que el nombramiento del actor, como Auditor del Grupo de Auditoría Interna, por ser de nivel profesional, conforme a los Estatutos del ente demandado (f.11), requería de la previa aprobación por la Junta Directiva, lo cual no ocurrió, según se deduce del respectivo acto (f.3) y frente a la inexistencia de ella en el expediente, como lo alegó el Hospital en la contestación de la demanda.*

*Según la jurisprudencia de la Corporación (ver sentencia 16 agosto/63, Anales 2º semestre 1963, tomo 67, pag. 57), el funcionario de hecho “es aquel que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular.”; como es el caso del actor, que ingresó al servicio sin que la Junta Directiva hubiera aprobado su nombramiento (f.3).”*

Es así, que los requisitos esenciales para la configuración del funcionario de hecho son que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo ha de haberse ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

La Subsección A de la Sección Segunda, del máximo tribunal en la jurisdicción administrativa, también se ha ocupado del tema del funcionario de hecho en los siguientes términos:

---

<sup>43</sup>SAYAGUES LASO. Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo 1974, páginas 300 a 302.

<sup>44</sup>Expediente No. 08001-23-31-000-1995-9370-01 (417-00). Actor. Edmundo Drago M. Magistrado Ponente. Nicolás Pájaro Peñaranda.

*“Estas circunstancias, lo ubican en lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “funcionario de hecho”, en virtud de que no se reúnen a cabalidad las condiciones que demanda la investidura del funcionario público.*

*La doctrina, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado, han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular<sup>45</sup>, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado<sup>46</sup> y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de iure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, tal como lo hacen éstos, de modo que la opinión general cree razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de función pública<sup>47</sup>.*

*Para la Sala, una irregularidad en la designación no puede ir en detrimento de las condiciones mínimas fijadas para el servidor público, pues existen postulados de rango constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, la remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, que se traduce en los principios “a trabajo igual salario igual” e irrenunciabilidad de los beneficios establecidos (artículos 25 y 53 de la C.P.).”<sup>48</sup>*

Luego entonces, atendiendo los parámetros jurisprudenciales traídos a colación y del material probatorio con que cuenta la presente actuación, se tiene, como bien lo afirma la parte demandada y el mismo demandante en el aparte de los hechos de la demanda, el señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, nunca fue nombrado en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, de la Alcaldía de Sincelejo, por funcionario competente, del mismo modo, nunca tomó posesión de tal cargo, pero si lo ejerció como si fuera un funcionario debidamente vinculado a la administración pública, lo que lo constituye en un funcionario de hecho.

Así se concluye de lo expresado por el mismo demandante en el hecho cuarto de la demanda, cuando afirma que “El señor ORLANDO MONTERROZA GOMEZ nunca

---

45 Sentencia proferida por la Sala Plena de esta Corporación de 6 de octubre de 1992, radicación AC-273.

46 Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Consejo de Estado de 96/08/15, radicación 8886.

47 Sentencia de la sección primera de 91/09/26, radicación 1453.

48 Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 26 de marzo de 2009, Exp. No. 25000-23-25-000-2004-03773-01 (689-2006), Actor: Jorge Alejo Calderón Perilla.

ha sido nombrado, ni posesionado en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO, Código 407, grado 36 de libre nombramiento y remoción, debido a que el cargo en que fue nombrado en provisionalidad y tomó posesión corresponde al de TÉCNICO, Código 401, grado 23, adscrito a la Oficina del Sisben, cargo que ocupa desde el 26 de mayo de 2004 hasta la fecha de comunicación de la declaratoria de insubsistencia”.

Ahora bien, la afirmación realizada por la parte demandante, en el hecho transcrito, en cuanto a que el señor MONTERROZA GÓMEZ, ocupó el cargo de TÉCNICO, Código 401, grado 23, adscrito a la Oficina del Sisben, desde el 26 de mayo de 2004 hasta la fecha de comunicación de la declaratoria de insubsistencia, resulta a todas luces ajena a la realidad, pues es el mismo demandante, a través de oficio del 22 de febrero de 2006<sup>49</sup>, enviado al Alcalde del municipio de Sincelejo, por medio del cual, solicita se autorice liquidación parcial de cesantías, quien especifica el cargo desempeñado para esa fecha, con lo cual se pone de presente, el conocimiento por parte del accionante, que para esa tiempo, ya se encontraba ejerciendo un nuevo cargo del que fue nombrado en provisionalidad.

Llegado a este punto, y como es requisito para que esta jurisdicción ordene el reintegro de un funcionario, que el nombramiento que recobraría vigencia por la nulidad del acto que lo declaró insubsistente, se acomode a derecho, y ya se vio que el del demandante no lo está, es evidente que aun partiendo de la nulidad del acto de remoción acusado, por la misma razón de carecer de acto administrativo de nombramiento y del requisito de la respectiva posesión en el empleo público, no podría ordenar su reintegro y la consecuente orden del pago de los haberes dejados de percibir, porque ello implicaría revivir una situación jurídica contraria a derecho, argumento que resulta suficiente para negar estas pretensiones de la demanda.

En igual sentido, no se podría ordenar el reintegro, sobre un cargo que ya no existe en la planta de personal de la Alcaldía de Sincelejo, como lo es el de Técnico, código 407, grado 23, adscrito a la Oficina del SISBEN, y mucho menos si se tiene en cuenta que el señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, no era un funcionario de carrera administrativa.

El funcionario de hecho no puede asimilarse a un empleado vinculado a la planta de personal, pues la situación de ejercer funciones publica con ocasión de una relación

---

<sup>49</sup> Folio 86 del expediente.

de hecho con la administración, no implica conferir la condición de empleado público, pues dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

*“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público<sup>50</sup>.*

Es pertinente manifestar igualmente, que si el señor ORLANDO MONTERROZA GÓMEZ, se encontraba en desacuerdo con la supresión del empleo que el ostentaba en provisionalidad, debió una vez conocido el acto administrativo que reestructuraba la planta de personal de la Alcaldía de Sincelejo, demandar la nulidad de tal determinación administrativa, y ya quedó demostrado que el demandante, a contrario sensu de lo que afirma en la demanda, si tenía conocimiento, por lo menos desde el día 22 de febrero de 2006, que estaba ejerciendo otro cargo en la planta de personal de la Alcaldía de Sincelejo, del que fue nombrado en provisionalidad.

Colofón de lo anterior, se decretará la nulidad del decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013<sup>51</sup>, por medio de la cual se declaró la insubsistencia del señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, de la planta de personal de la Alcaldía de Sincelejo, por falsa motivación o desviación de poder y se negarán las demás pretensiones de la demanda.

### **3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:**

Corolario de todo lo expuesto, en el sub examine solo se limitara a la declaratoria de la nulidad del decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013<sup>52</sup>, expedida por el Alcalde del municipio de Sincelejo, sin restablecimiento alguno, según lo aquí expuesto.

### **CONCLUSION:**

En lo que hace al interrogante principal, será parcialmente positivo puesto que, el acto desvinculador del señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, de la planta de personal de

---

<sup>50</sup> Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

<sup>51</sup> Folio 23 - 25 del expediente.

<sup>52</sup> Folio 23 - 25 del expediente.

la Alcaldía de Sincelejo; estuvo falsamente motivado, ya que a pesar de ser de libre nombramiento y remoción, no se refiere al mejoramiento del servicio público, toda vez que un acto administrativo de insubsistencia deberá tenerse como verdaderamente motivado cuando las calidades del empleado que se nombra permitan ver, sin mayor dificultad, que el servicio que se pretende prestar con el nombramiento se encontrará mejor garantizado y cuya eficiencia será superior al estado en que se encontraba, lo que trae consigo la declaratoria de nulidad del acto demandado.

A pesar de lo anterior, no procede la orden de reintegro y el consecuente restablecimiento del derecho solicitado, en atención a que, el demandante ejercía el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, como funcionario de hecho, lo que impide tomar una decisión que acarrearía revivir una situación jurídica contraria a derecho.

Con todo, el empleo de libre nombramiento, es de aquellos considerados de confianza y manejo, por lo que es discrecional su vinculación como lo es igualmente su retiro.

#### **4. CONDENA EN COSTAS:**

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

#### **5. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** no probada, las excepciones planteadas por la parte demandada, según quedó demostrado en este asunto.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del decreto N° 538 del 24 de octubre de 2013<sup>53</sup>, expedida por el Alcalde del municipio de Sincelejo - Sucre, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor ORLANDO ENRIQUE MONTERROZA GÓMEZ, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 36, del municipio de Sincelejo.

**TERCERO:** Negar las demás pretensiones de la demanda, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense.

**QUINTO:** La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

**SEXTO:** En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS**  
**JUEZ**

---

<sup>53</sup> Folio 28 – 30 del expediente.