



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, diecisiete (17) de junio del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Medio de Control :	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No. :	7000133330052012-00006-00
Demandante :	Yohana Margarita Tovar Badel
Demandado :	Municipio de Corozal – Sucre.

Se procede a dictar sentencia en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL contra el MUNICIPIO DE COROZAL.

I. ANTECEDENTES

A – PRETENSIONES

1. Que es nulo el decreto No. 024 de 23 de enero de 2012, expedido por el alcalde del municipio de Corozal, mediante el cual se retiró del servicio a la demandante.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento laboral ordenando a la entidad demandada a reintegrar a la demandante en un cargo igual, semejante o de superior categoría y remuneración al que desempeñaba en el momento en que fue ilegalmente retirada del servicio.

3. Que se ordene a favor de la demandante el pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, subsidios, bonificaciones, auxilio de cesantías, intereses,

dotaciones que se causen entre la fecha en que fue ilegalmente retirada del servicio hasta aquella en que fuere efectivamente reintegrada.

4. Que se declare que no existió solución de continuidad de la relación de empleo público, en todo el tiempo que dure ilegalmente separada del servicio.

5. Que se reembolsen a la demandante los aportes que debieron hacerse a la seguridad social (salud y pensiones) por todo el tiempo de servicios o, en su lugar se envíen a un fondo de pensiones, respectivamente, donde disponga el accionante.

6. Que se ordene a la demandada al pago de los intereses previstos en el artículo 192 del CPACA.

7. Que se ordene al demandado al pago del ajuste de valor a favor de su defendida.

8. Que se ordene dar cumplimiento al fallo que le de fin al proceso dentro de los términos establecidos en el art. 192 del CPACA.

9. Que se condene a la entidad demandada en costas que se causen como resultado de la iniciación y trámite del proceso (sent. C-539/99).

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Se expresa que la demandante que se vinculó a través de una relación legal y reglamentaria de trabajo con la alcaldía del municipio de Corozal, mediante el decreto No. 058 de 2011, para ocupar el empleo en provisionalidad de auxiliar administrativo código 407, grado 07, del cual tomó posesión el día 31 de marzo del mismo año. En su hoja de vida no aparece ningún tipo de tacha, amonestación o sanción, sino que muestra a una servidora pública de las más altas calidades y de un excelente rendimiento laboral.

Que el día 24 de enero de 2012 se le comunicó el retiro del servicio, con ocasión de la expedición del Decreto 024 de fecha 23 de enero de 2012, por parte del alcalde del municipio de Corozal.

Finalmente manifiesta que trabajó interrumpidamente desde el día 30 de marzo de 2011 al 24 de enero de 2012 y su última asignación básica mensual fue de \$924.270.

C - FUNDAMENTOS DE DERECHO.

La actora invoca como normas violadas: artículos 2, 29, 53, 83 y 209 de la C.P. Legales: Arts. 1º y 3º, 44, 97 del CPACA. Arts. 26 y 61 del dcto 2400 de 1968, leyes 909/04 y 78/86.

Dentro de las causales de nulidad que vician el acto administrativo cuestionado invoca: a) Infracción de la ley 78/86 (despidos masivos).- Para lo cual señala que entidad accionada desconoció el lit.c del art. 11 y art. 12 de esa ley que prohíbe los despidos masivos de funcionarios municipales, en la medida que procedió a retirar del servicio a un número significativo de empleados (aproximadamente 15), entre éstos a la demandante sin razón valedera, siendo la consecuencia de ello la nulidad del acto como lo señala el art. 12 de la ley en mención.

b) Desviación de poder.- Consistente en que el motivo que en últimas determinó la desvinculación de la demandante no fue el mejoramiento del servicio sino el afán del revanchismo político del alcalde de Corozal (liberal), quien a los pocos días de tomar posesión de su nuevo cargo comenzó una campaña de ilegales despidos masivos de todos los funcionarios de la antigua administración nombrados por el anterior alcalde (conservador). Pudiéndose constatar que entre el 1º de enero de 2012 hasta el día 30 de marzo de 2012 se produjo por iniciativa del alcalde de ese municipio un despido masivo de empleados, todos de diferentes vertientes política de ese alcalde. Por tanto al carecer el acto acusado de motivación amplia, suficiente, singular respecto de la demandante, la falta de verdaderos motivos aunado a los despidos masivos hacen suponer la desviación de poder.

c) Inexistencia de justa causa constitucional para la desvinculación.- Fundada en que la provisionalidad de suyo lleva implícita la finalidad de ser utilizada mientras se provee el cargo en propiedad a través del correspondiente concurso. Por ello solo 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. En el caso de la demandante no se da ninguna de estas justas causas constitucionales para la desvinculación del nombramiento en provisionalidad, puesto que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores, sino que debe hacerlo motivadamente con razones claras, detalladas, concretas referidas a la persona individual afectada y con base en motivos que lleven a una justa causa, que sólo son aquellas admitidas constitucionalmente.

d) Inexistente motivación constitucional del Dcto 043 de 2012, contenido material de la motivación: SU-917/2010.- El acto administrativo cuestionado no cumple el estándar de motivación constitucional establecido en la sentencia en mención, dado que los cuatro (4) considerandos del mismo no se refieren a la relación laboral individual de la demandante, por lo que su motivación es insuficiente desde la perspectiva administrativa laboral, e inexistente en la órbita de la jurisprudencia constitucional, lo cual hace que el mismo sea nulo por violar el art. 29 C.P., en la medida que no proporciona unas causas concretas y relevantes para proceder a desvincular a la actora, es decir se incumplió la obligación de hacer explícitos los fundamentos o razones de hecho y de derecho de sus decisiones, que no es más que explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las que se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión. Así mismo su nulidad se predica por desconocer el parágrafo 2º del art. 41 de la ley 909/04 en concordancia con dicha sentencia.

e) Infracción del debido proceso y el derecho a la defensa (art. 29 C.P).- Referente a que lo acontecido realmente fue una destitución-sanción disfrazada de insubsistencia o mejor, la revocatoria de una situación individual y concreta sin adelantarse el procedimiento legal correspondiente previsto en el art. 73 del C.C.A. (actual art. 97 CPACA, y su parágrafo referido a que el acto administrativo que creó una situación particular y concreta no podía ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Así que al no haber solicitado la administración el consentimiento aludido sino que procedió “haciendo justicia por mano propia” y omitiendo cualquier forma de aviso o defensa a la demandante, con ello vulneró las disposiciones en mención, haciendo anulable el acto acusado.

II. TRAMITE PROCESAL

A – Previa inadmisión de la demanda para su corrección, la misma fue admitida mediante providencia de fecha 8 de agosto de 2012 y notificada a la entidad accionada, su representante legal constituyó apoderada judicial quien contestó la demanda en los siguientes términos:

En cuanto a los hechos de la demanda expresó que el 1º no es cierto, debido a que no se contó en su momento con el respectivo permiso de la Comisión Nacional del Servicio Civil. El 2º, 3º, 4º, 5º y 6º son ciertos; y el 7º no es un hecho sino una interpretación errónea realizada por el apoderado de la parte actora. Respecto a las pretensiones se opuso a todas, dado que el municipio de Corozal en ningún momento le ha vulnerado a la demandante los derechos invocados como conculcados, pues su desvinculación mediante el dcto 024 de 23 de enero/12 se ciñó a la ley, en especial a la 909/04.

Argumenta que el decreto de insubsistencia en su parte considerativa en forma diáfana define las razones de orden legal y fáctico que hicieron viable su expedición, para lo cual señala que el nombramiento de la demandante en el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07, fue indebido, dado que él se realizó luego de haber declarado insubsistente a la señora Bony Suárez Arrieta, es así como hay una contradicción en lo expuesto en la declaratoria de la misma, además que para nombrarla no se tuvo en cuenta que el municipio de Corozal se había comprometido a disminuir y controlar los gastos de funcionamiento para dar aplicación al dcto 180/09, mediante el cual se adoptó el plan de desempeño. Además el acto cuestionado señala que el nombramiento en provisionalidad de la actora no se apegó a la normatividad de la ley 909/04 y mucho menos a la resolución No. 29/07 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, puesto que la administración anterior declaró insubsistente a la señora Suárez Arrieta y nombró a la demandante en el mismo cargo sin mediar permiso de esa comisión. Siendo estas las razones por las cuales se declaró insubsistente a la demandante, sin que se le haya violado ningún derecho fundamental y mucho menos el debido proceso y el derecho a la defensa. Pues esa decisión se tomó en aras de cumplir con los límites de gastos de funcionamiento que exige la ley 617/00 y sobre todo con el dcto 028/08 que contiene el compromiso suscrito por ese ente territorial con el Ministerio de Hacienda, denominado plan de desempeño, en lo cual existe una contradicción irreconciliable ya que se busca mejorar la calidad del servicio y reducir los gastos de funcionamiento.

De igual forma esbozó que la ley 909/04 no reguló la forma como se debe retirar del empleo a las personas que desempeñen cargos de carrera en provisionalidad, lo cual si consagró respecto de los cargos de libre nombramiento y remoción (art. 41). Que para la época de declaratoria de insubsistencia de la demandante la posición del H. Consejo de Estado indicaba que el nombramiento en provisionalidad no otorgaba ningún fuero de estabilidad por lo que no era necesario motivar el acto de insubsistencia, en atención a ello ratifica que el acto demandado es totalmente apegado a la ley y al precedente judicial.

B- AUDIENCIA INICIAL Y DE PRUEBAS.- Mediante providencia de fecha 28 de enero de 2013 se fijó el día 5 de marzo como fecha para la celebración de audiencia inicial, y en ésta se señaló el día 12 de abril para la celebración de audiencia de pruebas, debido a que no se recaudaron en su totalidad las pruebas decretas se señaló el día 29 ibídem como fecha para continuar esta audiencia, y en aplicación del inc.3º del art. 181 del CPACA se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarla innecesaria y se ordenó a las partes y al Ministerio Público presentar sus alegatos por escrito.

En esta oportunidad el apoderado de la parte actora reitera los argumentos expuestos en el escrito de demanda y corrección de la misma referentes a que el acto administrativo acusado fue expedido con graves vicios de ilegalidad e inconstitucionalidad como son 1) infracción del debido proceso (parágrafo art. 97 CPACA), 2) Violación de la ley (arts. 11 y 12 ley 78/86), 3) Falta de competencia, 4) Inexistencia motivación constitucional, 5) Inexistencia “justa causa” constitucional, y 6) Desviación de poder. Atendiendo el fundamento de esas causales expone en su orden que el acto cuestionado es nulo porque constituye realmente una revocatoria del acto de nombramiento, sin haber permitido la defensa del afectado o lo que es lo mismo es una sanción de destitución disfrazada de insubsistencia sin garantías de defensa. En Segundo lugar porque se incumplió en la motivación en “razón suficiente” de ese acto conforme lo ordena la Corte Constitucional en la sentencia SU-917/2010. Así mismo, por cuanto se aduce en su parte motiva razones irreales y falsas, y adicionales al pretender modificar o revocar razones de la administración anterior de forma “retroactiva”, puesto que si la administración actual, consideraba que con el acto administrativo de nombramiento de la demandante se causó un delito cuyo autor fue el alcalde anterior debió entonces demandar su propio acto a través de la acción de lesividad, o poner la “presunta” conducta típica en conocimiento de las autoridades competentes, pero en ningún caso hacer justicia por sus propias manos, al proceder a

sancionar con la insubsistencia y sin juicio previo. Y, porque el alcalde del municipio de Corozal carece de competencia para retirar discrecionalmente a un provisional, conforme al párrafo 2º del art. 41 de la ley 909/04, es decir sin soporte de una justa causa, que de ninguna forma existió.

Indicando además que de conformidad con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado para los provisionales existe una estabilidad intermedia dada no un plazo sino una condición suspensiva, conforme a la cual el provisional debe permanecer en su cargo mientras o hasta cuando se provea el mismo por concurso de méritos, previo agotamiento de las etapas legales del mismo, en atención a ello la provisionalidad en empleos de carrera es totalmente reglada al tenor del párrafo 2º de la ley 909/04, y no existe en ese evento margen de discrecionalidad alguno, al predicarse ésta solamente de los empleos de libre nombramiento y remoción.

La entidad accionada ni el Ministerio Público presentaron alegatos de conclusión.

II. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A- PROBLEMA JURIDICO.- Consiste en determinarse si la demandante quien desempeñaba un cargo en provisionalidad en la planta de personal del municipio de Corozal, tiene derecho a ser reintegrada a uno de igual o de superior categoría previa verificación de las causales de nulidad que se endilgan contra el acto acusado, que la declaró insubsistente.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: 1. Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, 2. Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Contitucional, 3. material probatorio, y 4. el caso concreto.

1. Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.- La Ley 909 de 2004, en su Art. 1º, establece de conformidad con lo

previsto en la Constitución Política y la ley, que empleos hacen parte de la función pública, ad litteram:

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

En lo que respecta a los empleos públicos de carrera el artículo 27 de la ley en mención dispone:

Artículo 27: Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

En cuanto a la clasificación de estos empleos, el artículo 5° ídem dispone que los empleos regulados por la presente ley son de carrera administrativa, exceptuando:

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

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).

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

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

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

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

En lo tocante a los nombramientos en provisionalidad, el artículo 25 de la citada ley dispone, 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 nombramiento en provisionalidad se presenta en los siguientes eventos:

1. Para suplir vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados (art. 25)

2. Mientras se produce la calificación del período de prueba (art. 31.5).

Conforme lo anterior, se tiene que la provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pues el nombramiento en provisionalidad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente hasta que se pueda hacer la designación por el sistema de concurso de méritos, tratándose de cargos de carrera; ya que para acceder a éstos por disposición constitucional y legal se requiere, además de satisfacer los requisitos exigidos para cada cargo en particular, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección, y una vez concluido éste se obtiene el fuero como empleado de carrera, que es el que le da estabilidad para permanecer en el cargo.

De igual manera, el Decreto 1227 de 2005 que reglamentó la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con los empleos temporales y provisionales estableció que los nombramientos en provisionalidad no pueden superar los seis meses legales de

duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, conforme lo regulado en el artículo 10 del Decreto en mención, el cual prevé: “*Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado*”.

En el mismo sentido el H. Consejo de Estado¹, ha dejado claro que los actos que retiran del servicio a un empleado de carrera, independientemente que este provisto de manera provisional debe ser motivado, por cuanto esto obedece a una competencia reglada, al respecto sostuvo esa Corporación:

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

*Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3° y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo **motivado**, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.*

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos³ de carrera administrativa, y que de

¹ Sección Segunda, Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).

² De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

³ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado...”

De otra parte, respecto a los efectos de este tipo de nombramiento hay que resaltar, que este no da derecho a la estabilidad en el empleo, ni queda amparado por las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, ni el nominador pierde la facultad para nombrar mediante esa figura a alguien más en ese cargo, mientras se provea a través de concurso de merito.

No obstante se reitera que en vigencia de la Ley 909 de 2004, cuando se trate de cargos de carrera desempeñados por personas nombradas en provisionalidad, el H. Consejo de Estado ha establecido 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 2004 y 10 del decreto 1227 del mismo año).

Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento⁴, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad⁵.

2) Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del consejo de estado.

En primer término es de señalar que de conformidad con los Decretos Reglamentarios 1950 de 1973, art 107 y 1572 de 1998, art. 7°. los empleados designados de manera provisional podían ser retirados discrecionalmente.

⁴ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de fecha 12 de octubre de 2011, Rad. No. 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11)

En efecto, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 107 establece: "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o **provisional, sin motivar la providencia**, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados...".

A su vez, el Decreto 1572 de 1998 en su artículo 7° dispone: que el término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.

De otro lado, La Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario 1227 de 2005, le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales, al señalar que éstos no pueden superar los seis (6) meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

En punto a la provisionalidad, el Consejo de Estado ha reiterado, que ésta no genera fuero de estabilidad alguno, de tal manera que le es dable al nominador dar por terminada la relación laboral, incluso antes del vencimiento del período de la misma.⁶

Así mismo, ha sido criterio reiterado de esa corporación el precisar que, la situación del nombrado provisionalmente, aunque no es idéntica, tiene importantes semejanzas con la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y

⁶ Sentencia de fecha primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012), Sección Segunda", C.P.: DR. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Rad. 15001-23-31-000-2001-01612-01(0768-11).

remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger, en beneficio del servicio, a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función, y el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.⁷

Bajo la línea del precedente judicial, nuestro alto tribunal al estudiar la situación de los provisionales frente a los derechos de estabilidad laboral en Sentencia de fecha 29 de abril de 2010, Sección Segunda” Subsección B”. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez.⁸ Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03490-01(1998-09), manifestó lo siguiente.

“Cabe reiterar que la provisión de los cargos de Carrera mediante el nombramiento en provisionalidad, tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto -concurso de méritos- sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente, porque así no lo consagra la Ley.

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, modalidad que no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público.

La Administración puede, en aras de mejorar el servicio, aún cuando no haya vencido el término de provisionalidad o el término de la prórroga del nombramiento del empleado, removerlo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo definitivamente en propiedad, se puede hacer, nuevamente, en provisionalidad.

*En este orden de ideas, la remoción de esta clase de funcionarios sin los requisitos que la ley establece para el personal de Carrera, no viola las disposiciones legales que regulan dicha materia”.*⁹

En ese sentido, se tiene que la administración puede en cualquier tiempo declarar a los empleados nombrados en provisionalidad insubsistente, mediante la facultad discrecional que le otorga la ley, siempre que se tenga como fin el buen servicio y satisfacer los intereses comunes de la comunidad, es decir, se persigan los fines del Estado, advirtiendo que el acto administrativo que contiene tal decisión debe

⁷ Sentencia de diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011).. Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente No. de Referencia: 05001-23-31-000-2004-03585-01(1543-10).

⁸ Tesis sostenidas en el Consejo de Estado, en sentencia de fecha Sentencia del 17 de mayo de 2007, Bertha Lucia Ramírez De Páez.. Rad. número: 63001-23-31-000-2001-00892-01(7068-05), sentencia 26 de marzo de 2009, Rad. Número 68001-23-31-000-2001-01834-01(1707-07),

⁹ Sent. Sección Segunda” Subsección B”. M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Radicación número: 68001-23-31-000-2001-01834-01(1707-07), de fecha 26 de marzo de 2009.

ser motivado. En igual sentido ha reiterado que los nombramientos en provisionalidad no gozan de estabilidad alguna¹⁰.

Sin embargo, la Corte constitucional en sentencia SU – 917 de 2010¹¹ M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, con respecto a la estabilidad laboral de los empleados en provisionalidad, manifiesta lo siguiente:

“Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción (Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de 2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1240 de 2004). Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada (T-081 de 2006, C-031 de 1995). Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo (T-1310 de 2005, T-222 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-1206 de 2004 y T-392 de 2005).”

¹⁰ Sent. de tutela Sección Segunda” Subsección B”. DR. GERARDO ARENAS MONSALVE 11001-03-15-000-2008-01238-00 de fecha 21 de enero de 2009.

¹¹ Tesis reiterada en sentencias SU- 691 de 2011, y en T- 159 de 2012, M.P.: Nelson Pinilla Pinilla: “En resumen, los servidores en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa, que les garantiza que solo puedan ser desvinculados para que provea el cargo que ocupan una persona que ha ganado el concurso público de méritos o, como se explicó, por quien encontrándose en un cargo de carrera en propiedad cumple con el lleno de los requisitos para obtener un traslado; por lo tanto si la terminación del vínculo laboral tiene como causa lo anterior, no se desconocen derechos de esos servidores.”

3. LO PROBADO EN EL PROCESO: Al proceso se arrimaron las siguientes pruebas:

- Decreto No. 058 de 30 de marzo de 2011, por medio del cual se nombró en provisionalidad a la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL, identificada con la C.C. No. 22.864.960 de Corozal, en el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07 (fl. 14, 35 c.p. 1)

- Acta de posesión de fecha 31 de marzo de 2011, por medio del cual la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL toma posesión del cargo en “*provisionalidad*”. (fl. 15)

- Decreto No. 024 de 23 de enero de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad recaído en la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL, en el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07. (fl.17 y 18, 55 y 56 c.p.1)

- Oficio de comunicación de declaratoria de insubsistencia de fecha 24 de enero de 2012 dirigido a la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL (fl, 54 y 19 del c.p 1).

- Constancia de tiempo de servicio de la demandante, suscrita por el Secretario General Administrativo y de Gobierno del municipio de Corozal, en la que se indica que la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL prestó sus servicios al Municipio de Corozal, en el cargo de Auxiliar Administrativo, nombrada en provisionalidad mediante el dcto 058 de 30 de marzo/11, posesionada el 31 de marzo/11 hasta el 24 de enero de 2012, y asignación básica de \$924.270. (fl.20).

- Certificación sobre cargos existentes en la planta de personal del municipio de Corozal, expedida por Secretaria General, Administrativa y de Gobierno de ese municipio. F. 3 c.p.1

- Certificación sobre los administrativos expedidos declarando insubsistencia para el período comprendido entre el 1° de enero al 30 de julio/12, (6) actos y relación de nombramientos realizados en el municipio de Corozal en ese mismo período. Fls. 5 -29. c.p. 1.

- Hoja de vida de la demandante. (fls34 a 86 c.p.1).
- Decreto No. 066 de 13 de octubre de 2005, mediante el cual se ajusta la escala salarial y la planta de personal del nivel central de la administración municipal de Corozal. (Fls.97 c.p.1).
- Decreto No. 067 del 13 de octubre de 2005, por el cual se ajusta el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal del municipio de Corozal. (fls. 98 a 169 c.p.1).
- Solicitud de autorización de fecha 29 de febrero de 2012, suscrita por el Alcalde de Corozal, dirigida al Presidente de la Comisión Nacional de Servicio Civil, en la que le pide autorización para realizar nombramientos en provisionalidad por un término de 6 meses, por existir actualmente la necesidad del servicio, en el cargo de vacancia de auxiliar administrativo código 407, grado 01, adscrita a la Secretaria General Administrativa y de Gobierno, con un sueldo básico mensual \$ 837.335 (fl. 179 a 181 del cuaderno de pruebas).
- Recepción de los testimonios de los señores Katherine Lucia Valencia y Orlando García Herrera. Folios 78 y 79 del expediente y grabado en video a folio 82.

4 - EL CASO CONCRETO.- De conformidad con el material probatorio allegado al proceso, se tiene que la actora laboró en el Municipio de Corozal en el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07, adscrita a la Secretaria General Administrativa y Gobierno, posesionada el día 31 de marzo/11 hasta el 24 de enero /12, lo cual se corrobora con la certificación visible a folio 20 del expediente, cargo que desempeñó en provisionalidad hasta que fue declarada insubsistente mediante Decreto No. 024 de 23 de enero de 2012, expedido por el Alcalde de Corozal.

Ahora, comoquiera que la parte actora invoca varias causales de nulidad contra el acto acusado, por medio del cual fue declarado insubsistente la demandante, el despacho procederá a estudiar las mismas, y serán éstas las que limitarán el juicio anulatorio.

1.) Infracción del debido proceso (parágrafo art. 97 CPACA): fundada en el hecho de que el acto cuestionado es nulo porque constituye realmente una revocatoria del acto de nombramiento, sin haber permitido la defensa del afectado o lo

que es lo mismo es una sanción de destitución disfrazada de insubsistencia sin garantías de defensa.

La figura jurídica de la revocatoria directa busca suprimir del mundo jurídico un acto administrativo de carácter particular y concreto que resulta contrario al interés general y al orden jurídico, de manera expresa (acto administrativo que literalmente revoca) o tácita (acto contrario a uno anterior).¹²

El Consejo de Estado frente a la revocatoria directa ha dicho que es una forma de desaparición o extinción del acto administrativo, si se tiene en cuenta que la administración decide, de oficio o a petición de parte, sacar del ordenamiento jurídico un acto dictado por ella misma, de tal manera que ejerce un autocontrol al examinar sus propias decisiones. Las causales de revocatoria están expresamente señaladas en el artículo 69 del C.C.A, hoy art. 97 del CPACA. En este tema debe tenerse en cuenta que para revocar actos administrativos creadores de situaciones particulares, la administración debe contar con el consentimiento expreso y escrito del titular, según lo dispone el artículo 73 ibídem. Cuando no es posible obtener el consentimiento del afectado para revocar directamente un acto administrativo, la administración puede demandar su propio acto a través de la acción de lesividad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.¹³

En el asunto, el Decreto No. 024 de fecha 23 de enero de 2012, que declaro insubsistente a la demandante, tiene como fundamento de su motivación lo siguiente:

“Que el citado nombramiento de la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL no se contó con el respectivo permiso de la Comisión Nacional del Servicio Civil, requisitos legales dejando al descubierto una presunta conducta en marcada en el delito de prevaricato por acción.

Que el nombramiento de la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL, es en consecuencia improcedente y por ello rebasa la legalidad que exige la Ley 617 de 2000, e igualmente en la Ley 909 de 2004, ya que hay una contradicción en lo expuesto en la declaratoria de insubsistencia de la señora BONNY SUAREZ ARRIETA, por parte del mandatario de turno, e igualmente se hace evidente una contradicción irreconciliable

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de noviembre 14 de 1975, C.P. Luis Carlos Sachica, ACE, T.lxxxix, N°s 447-448, 1975, p.79 “... busca no permitir que continúe vigente y produzca efectos un acto contrario al orden jurídico o al interés público o social, es decir, el imperio del principio de legalidad y el de la oportunidad y conveniencia de la Administración, entendida como servicio público y obrando en función de ese servicio...”

¹³ Consejo de Estado, Sentencia de fecha veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009), C.P.: Martha Teresa Briceño De Valencia. (AC).

con los compromisos del municipio suscritos con el Ministerio de hacienda, en el plan de desempeño en mejorar la calidad de servicio y reducir los gasto de funcionamiento.”

De lo anterior se colige, que la administración declaró insubsistente a la demandante por cuanto consideró que existió un *indebido nombramiento*, al haberla designado en el cargo de auxiliar administrativo código 407, grado 07, el cual venía desempeñando con anterioridad la señora Bonny Suarez Arrieta , toda vez que i).- el municipio se comprometió a disminuir y controlar los gastos de funcionamiento, y con el nombramiento de la actora, no se cumplió dicho fin, y ii).- que esa misma entidad territorial al momento de realizar el nombramiento de la actora no contó con el respectivo permiso de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Ahora, si bien es cierto, que los yerros antes mencionados, motivos de la declaratoria de insubsistencia, fueron realizados bajo la representación del alcalde anterior, independientemente de quien este al mandato, la administración es una sola, y el administrado no debe sufrir, ni está en la condición de soportar un detrimento en su integridad sin justo título, por los vicios de que adolezcan sus actos administrativos expedidos por este, debido a que quien tenía la responsabilidad de velar y verificar que los requisitos estipulados por la ley se cumplieran a cabalidad al momento de realizar una vinculación legal y reglamentaria y que está a su vez no causara un detrimento en el erario público, era la misma administración.

Por tanto, en el momento en que el municipio de Corozal se percató de que el acto de nombramiento en provisionalidad a la demandante, esto es, el Decreto No. 024 de 23 de enero/11, estaba viciado por las razones antes expuestas, debió proceder a revocar su propio acto de oficio, con el previo consentimiento expreso y escrito de la titular, según lo dispone el artículo 73 del C.C.A., norma aplicable a la fecha de expedición del acto acusado, a fin de garantizar sus derechos de defensa y contradicción, y en caso de no obtener su consentimiento, demandar su propio acto a través de la acción de lesividad; y no cubrir sus falencias bajo la figura de la insubsistencia, con detrimento del debido proceso de la demandante.

Por lo anterior, estima el despacho que le asiste razón a la parte actora, cuando esboza que el acto acusado no es más que una revocatoria del acto de nombramiento de la demandante, sin que se le haya permitido ejercer su derecho de

defensa, violándole así su derecho al debido proceso. En atención a lo expuesto, se encuentra así probada la primera causal de nulidad alegada.

2) Falsa motivación: Fundada en que el acto acusado se aparta de la verdad, al considerar que para dejar a la demandante continuar con su empleo en provisionalidad, debía contar con la autorización por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual es jurídicamente falso, por cuanto el provisional goza de una estabilidad relativa o intermedia según la Corte Constitucional.

Al respecto el tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha reiterado¹⁴ que la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

En efecto, de las pruebas arrimadas al proceso se observó:

i)- Que la entidad demandada en el oficio de fecha 18 de febrero de 2013, al allegar las pruebas requeridas, informó al despacho que no ha solicitado autorización alguna ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en el transcurso del año 2012, para la realización de nombramientos en provisionalidad, debido a que no ha realizado los mismos y que para los años 2011 y 2012, no ha desarrollado concurso de merito, para desarrollar empleos públicos, y

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P.; Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia 15 de marzo de 2012, : Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660).

ii)- Que la Comisión Nacional del Servicio Civil, a folios 179 a 181 del cuaderno de prueba No.1, ajunta solicitud de autorización de fecha 29 de febrero de 2012, suscrita por el Alcalde de Corozal, dirigida al Presidente de la Comisión Nacional de Servicio Civil, en la que le pide autorización para realizar nombramientos en provisionalidad por un término de seis (6) meses, por existir actualmente la necesidad del servicio, en el cargo de vacancia de auxiliar administrativo código 407, grado 01, adscrita a la Secretaria General Administrativa y Gobierno, con un sueldo básico mensual \$837.335; y la respectiva autorización de nombramientos provisionales de fecha 6 de marzo de 2012, suscrita por el presidente de la comisión, dirigido al alcalde del municipio de Corozal.

Para esta dependencia judicial, es cuestionable e inaceptable el hecho de que el día 24 de enero/12 se le comunica a la demandante que es declarada insubsistente, por cuanto no se tuvo en cuenta el cumplimiento de disminuir y controlar los gastos de funcionamiento del municipio al momento de nombrarla, y luego 26 días después, esa entidad territorial solicita autorización para realizar nombramientos en provisionalidad, entre los cuales se encuentra el de la demandante, y manifiesta que existe la necesidad del servicio, que se hace indispensable cubrir ese cargo y que se encuentra vacante.

Atendiendo lo anterior, carece de fundamentos válidos entonces lo alegado por la entidad demandada en el acto No. 024 de 23 de enero de 2012, al indicar que uno de los motivos por los cuales declaró insubsistente a la demandante fue el hecho de que el acto administrativo por medio por el cual se nombró en provisionalidad, causa un detrimento al erario público, debido que al nombrarla no se tuvo en cuenta que el municipio de Corozal se había comprometido a disminuir y controlar los gastos de funcionamiento, y que el mismo no ha solicitado autorización alguna ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en el transcurso del año 2012, cuando las pruebas allegadas por esa comisión desvirtúan esa manifestación.

Con respecto a la motivación señala nuestro tribunal de cierre en sentencia de 12 de abril de dos mil doce (2012), C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Sección Segunda – Subsección “A”, Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00378-00, que:

“Frente el contenido de la motivación correspondiente, debe entenderse 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”¹⁵.

(…)

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, lo 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”.

Ahora bien, en vista de que lo argumentado por el municipio demandado se desvirtúa con las pruebas allegadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es claro entonces de acuerdo con los supuestos jurisprudenciales en cita que la motivación de insubsistencia que se invoca no tiene 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, y que los servidores en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa, en sentir solamente de la H. Corte Constitucional¹⁶. Atendiendo lo expuesto, el despacho encuentra probada igualmente la causal de nulidad por falsa motivación.

3) Desviación de poder.- Fundada en que el alcalde del municipio de Corozal carece de competencia para retirar discrecionalmente a un provisional, conforme al parágrafo 2º del art. 41 de la ley 909/04, es decir sin soporte de una justa causa, que de ninguna forma existió.

¹⁵ Sentencia SU 917 de 2010.

¹⁶ Sentencia T- 159 de 2012.

De lo expuesto en la causal de nulidad antes citada y analizada a la luz de la jurisprudencia constitucional, se puede llegar a inferir que hubo desviación de poder, sin embargo, ésta puede que no se produzca como consecuencia directa de la existencia de la falsa motivación, porque la desviación descende sobre el aspecto subjetivo del funcionario que produjo el acto demandado cuya prueba se centra en evidenciar que actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar¹⁷. Es así, como de las pruebas recaudadas no se observa prueba documental o testimonial que lleve al grado de certeza con respecto al elemento subjetivo que debe existir en el funcionario que produjo el acto de insubsistencia, toda vez, que para el despacho los testigos resultan sospechosos, por cuanto se encontraban en las mismas circunstancias de la actora, y de lo manifestado por ellos se alcanza estimar que solo se tratan de simples conjeturas o apreciaciones sobre persecución política de la cual alegan haber sido objeto, además a la parte actora le corresponde la carga de probar de que el alcalde de Corozal haya obrado con fines personales y contrarios a la Constitución Política y la Ley.

Así las cosas, se declarará la nulidad por Infracción del debido proceso (parágrafo art. 73 del C.C.A., norma aplicable a la fecha de expedición del acto acusado, hoy art. 97 del CPACA) y falsa de motivación, por lo antes expuesto. En consecuencia se releva al Despacho del examen del resto de cargos de nulidad alegados en contra de la legalidad del acto demandado.

En ese orden de ideas y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad Municipio de Corozal, a reintegrar a la demandante a un cargo igual, similar o de superior jerarquía, y a reconocerle la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro del servicio, 23 de enero de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro, en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es en “provisionalidad” y siempre que dicho cargo no se encuentre provisto mediante concurso y que el mismo no sea desempeñado por quien adquirió el mencionado status. Sumas que se reconocerán indexadas, aplicándose los ajustes al valor, según lo contemplado en el artículo 192 del CPACA.

Para todos los efectos legales, se entenderá que no ha habido solución de continuidad en la relación de servicio entre la demandante y la entidad demandada,

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. C.P. Dr. Eduardo Gomez Aranguren.

desde la fecha de su retiro del servicio 23 de enero de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro.

El valor que resulte adeudar el ente demandado hasta la fecha en que se produzca el reintegro de la demandante, será ajustado en los términos del artículo 192 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

COSTAS

Atendiendo lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado sobre la materia, donde para el reconocimiento de las mismas hay que observar la conducta asumida por las partes en el proceso, el despacho al verificar que ésta no fue dilatoria ni temeraria, procederá a negar la condena en costas solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad del Decreto No. 024 de 23 de enero de 2012 por medio de la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL, identificada con la C.C. No. 22.864.960 de Corozal, como auxiliar administrativo código 407, grado 07, adscrita a la Secretaria General Administrativa y Gobierno.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENASE** al Municipio de Corozal a reintegrar a la señora YOHANA MARGARITA TOVAR BADEL, identificada con la C.C. No. 22.864.960 de Corozal a un cargo igual, similar o de superior jerarquía al que fue desvinculada, y pagar a su favor la totalidad de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por ella, como consecuencia de su retiro, desde el día 23 de enero de 2012 hasta que sea efectivamente reintegrada en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es en “provisionalidad”, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Para todos los efectos se entenderá que no ha existido solución de continuidad en la relación de servicio de la demandante y la demandada, entre las fechas anotadas.

CUARTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios, de conformidad con el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: No se condena en COSTAS a la parte demandada.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, si la misma no es apelada, archívese el expediente previo el envío de las comunicaciones a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza