



**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO  
SINCELEJO (Sucre)  
SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Sincelejo (Sucre), junio doce (12) de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN:	No. 70-001-33-33-006-2014-00101-00
DEMANDANTE:	IRWIN GUNTER BARTOCHA VALEST
DEMANDADO:	DEPARTAMENTO DE SUCRE
TEMA:	INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

**CONSTANCIAS PREVIAS**

Oportunidad hábil para dictar sentencias:

A través de la i) Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 en el territorio nacional; ii) el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades y los particulares que cumplan funciones públicas, y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas; así como el iii) Decreto 564 del 15 de abril de 2020 por medio del cual se determinó que los términos de prescripción y de caducidad previstos, en cualquier norma sustancial o procesal para derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales, y que esta suspensión no es aplicable en materia penal.

En consonancia, el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546 y PCSJA20-11549 suspendió los términos judiciales desde el día 16 de marzo de 2020, estableció algunas excepciones y adoptó otras medidas por motivos de salubridad pública y fuerza mayor con ocasión de la pandemia de la COVID-19,

la cual ha sido catalogada por la Organización Mundial de la Salud como una emergencia de salud pública de impacto mundial.

Por medio del ACUERDO PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, el Consejo Superior de la Judicatura decidió prorrogar la suspensión de términos judiciales en el territorio nacional, hasta el 30 de junio de 2020; y, en materia de lo contencioso administrativo contempló las siguientes excepciones de interés para este asunto:

6.5. Todos los medios de control establecidos en la Ley 1437 de 2011 cuando los procesos se encuentren para dictar sentencia, en primera, segunda o única instancia, así como sus aclaraciones o adiciones. Estas decisiones se notificarán electrónicamente, pero los términos para su control o impugnación seguirán suspendidos hasta tanto el Consejo Superior de la Judicatura lo disponga.

#### Redistribución de procesos

El Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre, por medio de los Acuerdos CSJSUA20-10 y CSJSUA20-29 de 25 de marzo y 29 de mayo de 2020, respectivamente, ordenó la redistribución de doce (12) procesos en estado de fallo, para dictar sentencia, del Juzgado 6º Administrativo del Circuito de Sincelejo al Juzgado 7º Administrativo del Circuito del mismo Distrito, entre los cuales se encuentra relacionado el proceso de la referencia.

La entrega de estos procesos se produjo de manera efectiva el día 5 de junio de 2020, según consta en Acta que al efecto se levantó en la misma fecha.

Con base en lo anterior, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo (Sucre), dicta la siguiente sentencia.

#### I. ASUNTO A DECIDIR

Agotado el trámite procesal ordinario previsto en la Ley 1437 de 2011, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en primera instancia, dentro del proceso promovido por IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST contra DEPARTAMENTO DE SUCRE.

## II. ANTECEDENTES.

### 1. La demanda.

Representado por apoderado judicial constituido al efecto, el señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST, en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO previsto en el artículo 138 del CPACA, presentó demanda en contra del DEPARTAMENTO DE SUCRE, pretendiendo la nulidad del Decreto 0757 de 1º de Noviembre de 2013, por medio del cual fue retirado del servicio al ser declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28 de la Gobernación de Sucre.<sup>1</sup>

A título de restablecimiento, pretende el señor BARTOCHA VALEST que se condene al DEPARTAMENTO DE SUCRE a reintegrarlo al cargo que ocupaba en el momento de su retiro, o a uno igual o semejante, de superior categoría y remuneración; y, se ordene el pago a su favor de los todos los sueldos, primas, vacaciones, subsidios, bonificaciones, auxilio de cesantías e intereses que se causen entre la fecha en que fue retirado del servicio y hasta cuando sea efectivamente reintegrado, se declare que no ha existido solución de continuidad en la relación laboral, se ordene el pago de aportes a salud y pensión y se ordene dar cumplimiento al art. 192 del C.P.A.C.A.

El demandante soporta sus pretensiones afirmando que se vinculó laboralmente al DEPARTAMENTO DE SUCRE el día 4 de septiembre de 2012 en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28; que por medio del Decreto 0757 de 5 de noviembre de 2013 fue declarado insubsistente su nombramiento, sin expresión de las causas o razones de la desvinculación laboral como lo exige la sentencia SU-917/2010 y la Ley 909 de 20024.

Agrega que su hoja de vida laboral y profesional es inigualable, no existe en ella ningún llamado de atención, lo que muestra que era un servidor intachable.

Finalmente informa que su última remuneración ascendió a la suma de \$4.030.530 y, que el acto administrativo acusado está afectado por los vicios de Infracción a la ley, Expedición irregular y Falta de motivación.

---

<sup>1</sup> Fl. 1 y ss

- de 2003 no están establecidas en el art. 46 de la Ley 336 de 1996.
- Normas violadas y concepto de violación.

Considera el apoderado judicial accionante que con la actuación de la entidad demandada se violaron los siguientes preceptos constitucionales y legales:

Arts. 2, 29, 53, 83 y 209 de la Constitución Política; 1, 3, 44, 97 de la Ley 1437 de 2011; 26 y 61 del Decreto 2400 de 1968, Ley 909 de 2004 y Ley 78 de 1986.

Al desarrollar el concepto de violación a la norma, el apoderado actor formula sus cargos haciendo énfasis en los mismos, así:

- Violación del párrafo 2º del art- 41 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 20045.

Afirma que desde la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, ningún empleo de carrera puede ser retirado del servicio, sino a través de acto motivado; y, el acto administrativo demandado desatiende y viola ostensiblemente la Ley 909 de 2004 en la medida en que el mismo no se encuentra debidamente motivado.

Expone que, de acuerdo con el mandato del art. 125 de la Constitución, todos los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y la excepción de libre nombramiento y remoción debe tener un soporte legal, expreso y taxativo, que no existe para el cargo de Profesional Especializado en lo territorial; tampoco dicho cargo tiene funciones de decisión, mando o manejo directo de bienes públicos o fijación de políticas públicas.

- Expedición irregular del acto y Falta de motivación.

Afirma que el acto administrativo acusado no tiene ningún tipo de motivación, ni fáctica ni jurídica, lo que lo hace anulable por el quebrantamiento directo de preceptos constitucionales y legales, ya que en este caso el nominador no podía hacer uso de la facultad discrecional y, finalmente afirma que no existía ninguna justa causa constitucional que autorizara el retiro del servicio del demandante.

## 2. Contestación.

El conocimiento de este proceso le viene asignado al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo (Sucre), el que con auto adiado el día

17 de julio de 2014 dispuso la admisión de la demanda<sup>2</sup>, el que le fue notificado en debida forma a la entidad demandada y por medio de apoderado constituido al efecto concurrió a oponerse a las pretensiones de la demanda por considerar que carecen de fundamentos legales y de hecho que las sustenten; que el acto administrativo acusado no está viciado de nulidad y corresponde a un acto discrecional que no implica arbitrariedad.<sup>3</sup>

Admitió parcialmente la veracidad de los hechos, propuso la excepción de mérito que llamó de Falta de causa para pedir; y, soportó la defensa de la entidad en el art. 230 Superior según el cual los actos de nombramiento y remoción de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, no están sujetos a motivación alguna, sino a la discrecionalidad del nominador, lo que no significa arbitrariedad.

### 3. Audiencia inicial

La audiencia inicial que contempla el art. 180 de la Ley 1437 de 2011 se llevó a cabo el día 19 de agosto de 2015<sup>4</sup>, y en dicha actuación se adoptaron las decisiones correspondientes a saneamiento de la actuación, se cumplió con la fijación del litigio, se declaró fallida la etapa de conciliación y se pronunció el decreto de pruebas.

### 4. Alegaciones Finales

Agotado el debate probatorio, de lo que se dejó constancia en audiencia llevada a cabo el día 19 de marzo de 2016<sup>5</sup>, se concedió a las partes la oportunidad de presentar alegatos escritos, lo que hicieron en los términos que se resaltan a continuación.

Alegatos de la parte demandante: Los alegatos presentados en esta oportunidad por el señor apoderado de la parte actora, no podrán ser tenidos en cuenta por el Juzgado, en atención a que los mismos se refieren a la reclamación laboral de la señora MARIA STELLA ALBORNOZ MIRANDA, en tanto que el demandante en este proceso lo es el señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Fl. 30

<sup>3</sup> Fl. 48 y ss

<sup>4</sup> Fl. 77-78 CD fl 79

<sup>5</sup> Fl. 254 CD fl. 255

<sup>6</sup> Fl. 256 a 280

Alegatos de la parte demandada: Estima que en este caso el DEPARTAMENTO DE SUCRE ha actuado conforme a derecho y a las normas que regulan la materia, configurándose la inexistencia del derecho reclamado, la falta de causa para pedir y la legalidad del acto demandado, dado que el señor BARTOCHA VALEST fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Agrega que el demandante no es claro en el concepto de violación y se limita a censurar el acto demandado por ser violatorio de normas constitucionales y legales, sin probar en qué radica la falta de motivación del acto administrativo; no demuestra la violación de su derecho y no logra probar que el cargo desempeñado por el demandante correspondía a un cargo en provisionalidad.

Apoya su alegación en sentencia de fecha 3 de diciembre de 2013 proferida por el Juzgado 6° Administrativo del Circuito de Sincelejo que negó las pretensiones de la demandante cuando se discutía la legalidad del acto de insubsistencia del nombramiento de la actora en el cargo de Secretaria Ejecutiva Código 525 Grado 19, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Sucre; así como en la sentencia 1471-14 del Consejo de Estado, con ponencia del H. Mag. Gustavo Gómez Aranguren.

5. Ministerio Público.

El representante del Ministerio Público delegado ante esta unidad judicial, no rindió concepto en esta oportunidad.

6. Saneamiento de la actuación.

Al momento de proferir esta providencia, la suscrita Juez no evidencia la configuración u ocurrencia de causal de nulidad, impedimento o irregularidad, que le impida decidir el presente asunto.

### III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

El Juzgado es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda, teniendo en cuenta que la cuantía de la misma no supera los cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes, conforme lo establece el numeral 2° del artículo 155 del CPACA; y porque el lugar donde el

demandante prestó su servicios es el Departamento de Sucre, lo que se ajusta a lo previsto el numeral 3º del 156 ibídem.

## 2. Actuación demandada.

Con la demanda se pretende la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto 0757 del 1º de noviembre de 2013, expedido por el Gobernador del DEPARTAMENTO DE SUCRE, por medio del cual se declara la insubsistencia del nombramiento del señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28.

Contra dicho acto no se dio la oportunidad de ejercer recursos en sede administrativa, razón por la cual, de acuerdo con las previsiones del ordinal 2º del art. 161 del C.P.A.C.A, se encuentra habilitada la parte demandante para acudir ante esta jurisdicción en procura del control de legalidad de que trata este medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

## 3. Problema jurídico.

Atendiendo el marco establecido en la etapa de fijación del litigio<sup>7</sup>, debe el juzgado establecer si ¿El cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 28, del que fue desvinculado el demandante, es un cargo de libre nombramiento y remoción o es de carrera? y, establecer si ¿El acto administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del demandante del cargo Profesional Especializado Código 222 Grado 28, está viciado de nulidad por falta de motivación y expedición irregular; en consideración a lo establecido en el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario No. 1227 de 2005?

Al resolver el problema jurídico así planteado, se decidirá también la excepción de fondo propuesta por la entidad demandada, que llamó Falta de causa para pedir.

## 4. Tesis.

En esta oportunidad, el Juzgado dirá que las pretensiones del demandante encontrarán prosperidad, al no aparecer demostrado que el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28 sea de Libre Nombramiento

---

<sup>7</sup> Fl. 77-78 CD fl 79

y Remoción; y, encontrarse afectado de nulidad el acto administrativo demandado, por la causal de Falta de Motivación.

5. Enfoque diferencial de Género (T-338 de 2018)

En el plenario no se advierte ninguna situación que pueda ser atendida con enfoque diferencial de género.

6. Caso concreto.

En este asunto, el señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST reclama la declaración de nulidad del Decreto 0757 del 1º de noviembre de 2013, expedido por el Gobernador del Departamento de Sucre, por medio del cual se dispuso su retiro del servicio al declarar insubsistente su nombramiento en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28. Como soporte de sus pretensiones afirma que ocupaba un cargo de carrera y, por tanto, su retiro procedía por medio de acto administrativo motivado.

A su turno, el DEPARTAMENTO DE SUCRE sostiene que el demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción y, en esa medida, no era necesaria la motivación del acto administrativo de desvinculación del servicio.

Para demostrar sus respectivos asertos, las partes trajeron al proceso los siguientes medios probatorios:

- Copia auténtica del Decreto No. 0565 de 4 de septiembre de 2012, suscrito por el Gobernador del DEPARTAMENTO DE SUCRE, por medio del cual se nombra al señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28 de la planta de personal de la Gobernación de Sucre.<sup>8</sup>
- Copia informal del Acta de posesión de fecha 11 de septiembre de 2012, en la que se deja constancia que el señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST tomó posesión del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28 de la planta de personal de la Gobernación de Sucre.<sup>9</sup>
- Copia auténtica de la Certificación de fecha 5 de abril de 2013, suscrita por la Asesora de Recursos Humanos de la Gobernación del DEPARTAMENTO DE

---

<sup>8</sup> Fl. 14

<sup>9</sup> Fl. 15

SUCRE, en la que se hace constar que el señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST desempeñaba el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28 en la Secretaría de Salud de la entidad territorial demandada, desde el 11 de septiembre de 2012, en condición de PROVISIONALIDAD.<sup>10</sup>

- Copia auténtica del Decreto 0757 del 1º de noviembre de 2013, expedido por el Gobernador del DEPARTAMENTO DE SUCRE, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28.<sup>11</sup>

- Copia del Manual Especifico de Funciones y de Competencias Laborales correspondientes al cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 28, remitido al proceso con oficio S/N de fecha 16 de septiembre de 2015, suscrito por la Líder del Programa Recursos Humanos de la entidad demandada.<sup>12</sup>

Este documento, a más de no haberse aportado al proceso en forma completa, no cuenta con información acerca del acto administrativo que lo adoptó según las reglas del art. 32 del Decreto Ley 785 de 2005 "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004." <sup>13</sup>, de manera que no tiene el Juzgado parámetros para verificar que el mismo se hubiese encontrado vigente para la época en que el demandante estuvo vinculado con la entidad demandada.

- Oficio S/N de fecha 16 de septiembre de 2015, suscrito por la Líder del Programa Recursos Humanos de la entidad demandada, con el que se trae al proceso los siguientes documentos:<sup>14</sup>

a) Planta de cargos de la Secretaría de Salud del Departamento de Sucre para el año 2012, en la que se lee que en dicha planta sólo existía un cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28, asignado a

---

<sup>10</sup> Fl. 16

<sup>11</sup> Fl. 17

<sup>12</sup> 18, 20-23, 86-90

<sup>13</sup> ARTÍCULO 32. Expedición. La adopción, adición, modificación o actualización del manual específico se efectuará mediante acto administrativo de la autoridad competente con sujeción a las disposiciones del presente decreto.

El establecimiento de las plantas de personal y las modificaciones a estas requerirán, en todo caso, de la presentación del respectivo proyecto de manual específico de funciones y de requisitos.

Corresponde a la unidad de personal de cada organismo o a la que haga sus veces, adelantar los estudios para la elaboración, actualización, modificación o adición del manual de funciones y de requisitos y velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto.

PARÁGRAFO. Toda certificación solicitada por particulares, servidores públicos y autoridades competentes, en relación con los manuales específicos de funciones y de requisitos, será expedida por la entidad u organismo responsable de su adopción.

<sup>14</sup> Fl 83 y ss

la División de Auditoría Médica y subordinado al cargo Líder de Programa Código 206 Grado 29.

b) Historia laboral del señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST, en la que consta su vinculación y retiro del servicio, y se encuentra, además, el Oficio No. 400.11.04/ORH de fecha 11 de septiembre de 2012, suscrito por la Líder del Programa Recursos Humanos de la Gobernación del DEPARTAMENTO DE SUCRE y dirigido al Secretario de Salud Departamental, por medio del cual presenta al señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST, para que desempeñe las funciones propias de su cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 28 en dicha área.<sup>15</sup>

- Oficio No. 400.24.03/ORH 2010 de fecha 6 de abril de 2016, suscrito por la Líder del Programa Recursos Humanos de la entidad demandada, con el que se traen al proceso los siguientes documentos<sup>16</sup>:

a) Decreto No. 1069 de 01 de diciembre de 2011 "Por el cual se incorporan y distribuyen los cargos y funcionarios de la planta de personal en las diferentes áreas de la Gobernación de Sucre".

b) Decreto Aclaratorio No. 1090 de diciembre 5 de 2011.

Revisado el texto de los anteriores Decretos, el Juzgado constata que en la planta de empleos de la entidad demandada, sólo existe un (1) cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28, asignado a la Secretaría de Salud Departamental.

En el mismo oficio, la Líder del Programa Recursos Humanos informa que el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28, no fue ofertado en procesos de concurso de méritos, por tratarse de un cargo de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

En este punto ha de resaltarse que, en Certificación de fecha 5 de abril de 2013, arriba relacionada, la misma funcionaria hizo constar que el demandante IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST desempeñaba el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO código 222 Grado 28, en condición de PROVISIONALIDAD, lo que es incompatible con el nombramiento ordinario propio de los cargos de libre

---

<sup>15</sup> Fl. 94

<sup>16</sup> Fl. 159 a 253

nombramiento y remoción, tal como lo prevé el art. 23 de la Ley 909 de 2004<sup>17</sup>; y, pone en entredicho la veracidad y certeza de la información suministrada por dicha funcionaria a este proceso.

A efectos de resolver los problemas jurídicos planteados en la audiencia inicial, se acudirá, en primer lugar a las reglas del art. 125 Superior<sup>18</sup>, en cuanto dispone que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; precepto que se desarrolla a través de la Ley 909 de 2004, en especial en el art. 5<sup>19</sup> al cobijar con reglas de carrera administrativa los empleos públicos, por regla general, contemplando como excepciones los cargos de elección popular, los de período fijo, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación; así

---

<sup>17</sup> ARTÍCULO 23. Clases de nombramientos. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley. Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

<sup>18</sup> Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

<sup>19</sup> ARTÍCULO 5. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de 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:

(...)

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

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

(...)

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.

como los cargos de libre nombramiento y remoción, que en lo que interesa a este proceso incluye los de Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

También se exceptúan del régimen de carrera administrativa, aquellos cargos que responden a los siguientes criterios, de acuerdo con la norma en cita:

- Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;
- 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.
- Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;
- 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.

Ahora bien, por medio del Decreto Ley 785 de 2005 se definieron para el nivel territorial las siguientes reglas en materia de clasificación del empleo público, según la naturaleza de sus funciones, las competencias y requisitos exigidos para su desempeño:

- Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.
- Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial.

- Nivel Profesional. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.
- Nivel Técnico. Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología.
- Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.

Con base en los anteriores parámetros y teniendo en cuenta el Manual Específico de Funciones allegado al proceso por la entidad demandada, encontramos que al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28 le vienen asignadas funciones de coordinación, apoyo a la gestión, análisis, acompañamiento y vigilancia en la labor de Auditoría Médica a los servicios de salud que presten las IPS públicas o privadas en el Departamento de Sucre para la atención de la población pobre no asegurada y a la asegurada en lo no cubierto con los recursos del subsidio a la demanda, etc.; es decir, que la naturaleza de las funciones y competencias asignadas, no permiten clasificar este empleo como uno de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, dado que la regla general es que todos los empleos en los organismos del Estado están sometidos al régimen de carrera administrativa, correspondía a la entidad demandada demostrar en este caso la situación exceptiva sobre la cual sustentó su defensa, esto es, que la naturaleza del cargo desempeñado por el demandante lo era de libre nombramiento y remoción, y no de carrera.

Para tal fin, a instancias de la parte demandante, se trajeron al plenario el Decreto Departamental No. 1069 de 01 de diciembre de 2011 "Por el cual se incorporan y distribuyen los cargos y funcionarios de la planta de personal en las diferentes áreas de la Gobernación de Sucre" y su aclaratorio No. 1090 de

diciembre 5 de 2011; actos administrativos estos en los que no se clasifican los empleos que integran la planta de cargos del DEPARTAMENTO DE SUCRE, sino que incorporan a ellos a las personas que en ese momento ocupaban tales empleos; pero, sí se echan de menos en el plenario los Decretos No. 1059 del 25 de noviembre de 2011 por medio del cual se *ajustó y modificó la Planta de Personal de la Gobernación de Sucre*; y el Decreto No. 1068 de 1º de diciembre de 2011 que modificó el anterior, los que aparecen citados en el texto de los primeros actos citados.

A más de lo anterior, como ya antes se dijo, la Líder del Programa de Recursos Humanos de la Gobernación de Sucre expidió una certificación el día 5 de abril de 2013, en la que hizo constar que el señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST se encontraba vinculado en PROVISIONALIDAD al cargo tantas veces citado, pero en oficio de fecha 6 de abril de 2015 le informó al Juzgado del conocimiento, que el mismo cargo estaba clasificado como de Libre Nombramiento y Remoción y por ello no había ofertado en los concursos de méritos para selección de personal. Contradicción que impide ahora valorar dicha información de manera objetiva.

En ese orden de ideas, forzoso resulta concluir que el señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST desempeñaba un cargo de carrera administrativa, en condición de provisionalidad, cuando se produjo su desvinculación del servicio del DEPARTAMENTO DE SUCRE.

Tal conclusión hace imperioso, entonces, que se aboque el estudio del acto administrativo acusado, a efectos de determinar si el mismo se ajusta a las previsiones del Parágrafo 2º del art. 41 de la Ley 909 de 2004<sup>20</sup>, en cuanto regula el retiro del servicio de las personas que ocupen cargos clasificados como de carrea y dispone que el mismo sólo procede mediante acto administrativo motivado.

En efecto, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación

---

<sup>20</sup> PARÁGRAFO 2. 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.

de servidores públicos nombrados en provisionalidad, se compendia en la sentencia de unificación SU-917 de 2010, en la que se destaca que (i) la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho; (ii) la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso; (iii) la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático, en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas; (iv) la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa.

Así mismo, para el Consejo de Estado la desvinculación del empleado en provisionalidad se deberá motivar siempre que se dé por terminado el vínculo antes de cumplirse el término. Al respecto adujo:

*"A partir de la sentencia del 23 de septiembre de 2010, el Consejo de Estado ha considerado que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, cuya desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 41 de esta ley (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)<sup>21</sup>.*

En ese sentido, se tiene que la administración puede en cualquier tiempo declarar insubsistentes a los empleados nombrados en provisionalidad, siempre que se tenga como fin el buen servicio y satisfacer los intereses comunes de la sociedad, es decir, se persigan los fines del Estado; advirtiendo que el acto administrativo que contiene tal decisión debe ser siempre motivado.

---

<sup>21</sup>Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección "A", sentencia del 23 de septiembre de 2015, Consejero ponente: Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ (E), radicado No. 050012331000200202327 01.

En este caso, por medio del Decreto 0757 del 1º de noviembre de 2013, el señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST fue retirado del servicio al ser declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de profesional especializado, el que desempeñaba en la Secretaría de Salud del Departamento de Sucre; y, tal como lo afirma el demandante, dicho acto carece de motivación, pues en el mismo únicamente aparece consignado que el Gobernador del DEPARTAMENTO DE SUCRE, haciendo uso de sus facultades y en especial de las que le confieren el numeral 2º y 7º del art. 305 de la Carta Superior y la Ley 909 de 2004, declara insubsistente el nombramiento del demandante, lo que lo afecta con el vicio de nulidad por Falta de Motivación.

Así entonces, se accederá a las pretensiones del demandante y se declarará la nulidad del citado Decreto 0757 del 1º de noviembre de 2013, por carecer de motivación, como se dirá en la parte resolutive de esta providencia.

#### 7. Del restablecimiento del derecho

Como consecuencia de la prosperidad de su pretensión principal, el señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST reclama se ordene al DEPARTAMENTO DE SUCRE reintegrarlo al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222, Grado 28 y, se ordene el reconocimiento y pago de todos los salarios, prestaciones y emolumentos laborales que haya dejado de percibir por causa de su retiro.

Al respecto, ha de tenerse en cuenta el precedente constitucional determinado en las Sentencias SU-556 de 2014 y SU-053-15, y las consecuencias de la declaración de nulidad de los actos administrativos que ponen fin a la vinculación en provisionalidad de quienes desempeñan empleos de carrera administrativa, que se condensan en los siguientes lineamientos:

*114. En efecto, y siguiendo los lineamientos señalados en la sentencia SU-556 de 2014 y lo referido en la presente providencia, en esos asuntos la Corte:*

*· Declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, el reintegro sólo será procedente, sin solución de continuidad, cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.*

· Igualmente, deberá examinarse para el reintegro, si el servidor público cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios.

· Para restablecer el derecho, se deberá considerar la reparación del daño derivado al perder injustamente el empleo, lo cual debe corresponder al pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir durante el tiempo que dure la desvinculación.

· La suma indemnizatoria que se reconozca al trabajador que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es despedido sin motivación, debe descontarse todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (6) meses que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, atribuible a la ruptura del nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, término este último que, a su vez, se establece teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.

Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio. (Sentencia SU-556-14) (Resaltado impuesto por el juzgado)

Ahora bien, la Corporación de cierre de la jurisdicción desde mucho tiempo atrás ha sostenido que el pago que se ordena de los salarios y prestaciones dejados de percibir por el trabajador a quien se ordena su reintegro, tiene carácter indemnizatorio y no remuneratorio, razón por la cual, haciendo la correspondiente disanalogía (Ley 270 de 1996) este Despacho se aparta parcialmente del precedente constitucional referenciado para, en su lugar, apropiarse en un todo de lo dicho por el H. Consejo de Estado, tal como se lee en el siguiente aparte de una sentencia dictada en el marco de la acción constitucional de tutela:

3. *Posición de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la indemnización en los retiros de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.*

*Lo primero que debe precisarse en relación con los servidores públicos nombrados en provisionalidad que ocupan cargos de carrera es que no gozan de las prerrogativas de aquellos que participaron y obtuvieron un cargo mediante un concurso de méritos. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo -luego de varias tesis- ha advertido la necesidad de expresar los motivos por los cuales un servidor en provisionalidad es retirado del servicio.*

*Pues bien, tratándose del restablecimiento del derecho en casos como el descrito procede el reintegro, siempre que no se haya provisto el cargo por concurso, y la indemnización consistente en el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento del retiro.*

*No obstante, recientemente el máximo tribunal constitucional profirió la sentencia SU-556 de 2014 mediante la cual cambió el precedente sobre el título y el monto indemnizatorio de los servidores públicos desvinculados sin motivación de un cargo de carrera, pero desempeñado en provisionalidad. Al respecto, la Corte Constitucional dispuso que las órdenes que deben adoptarse en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a 6 meses ni pueda exceder de 24 meses de salario.*

*De lo anterior, se concluye que actualmente la posición de la Corte Constitucional en relación con la indemnización de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera consiste en el pago de*

los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el retiro hasta la sentencia con descuento de los dineros percibidos por concepto laboral, sin que la suma sea inferior a 6 meses o superior a 24.

De otro lado, se advierte que esta Corporación no ha emitido pronunciamiento respecto de la aplicación de la mencionada sentencia (SU-556/2014). Empero, es de anotar que la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia del 29 de enero de 2008, con ponencia del magistrado Jesús María Lemos Bustamante, actor: Amparo Mosquera Martínez, consideró que cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Por lo cual, si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Asimismo, manifestó que adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Por último, en la sentencia de la referencia se destacó que como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal, no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición prevista por el artículo 128 de la Carta Política.

*Así las cosas, se concluye que no existe un sólo criterio del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la indemnización en los casos antes descritos.<sup>22</sup> (Subrayas impuestas por el juzgado)*

En ese orden de ideas, se accederá a las súplicas de la demanda y se ordenará el reintegro del demandante IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222, Grado 28 de la planta de cargos del Departamento de Sucre Secretaría de Salud Departamental, en las siguientes condiciones:

- a) El reintegro del demandante sólo será procedente, sin solución de continuidad, siempre que el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222, Grado 28 no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido y el demandante no haya llegado a la edad de retiro forzoso.
- b) Para que proceda el reintegro, el demandante deberá cumplir con los requisitos para acceder al cargo público, es decir, carecer de antecedentes penales y disciplinarios.
- c) Para restablecer el derecho, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir durante el tiempo que dure la desvinculación, así como los respectivos pagos al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensión.
- d) La indemnización oscila entre 6 meses y 24 meses. En este caso, atendiendo a la duración de este proceso, se dispone que el pago de salarios previsto en el numeral anterior corresponda a dos (2) años o veinticuatro (24) meses), contados a partir de la fecha en que el demandante fue retirado del servicio. las sumas de dinero resultantes se pagarán debidamente actualizadas.
- e) Para todos los efectos se tendrá como base la asignación mensual salarial demostrada por el demandante, que asciende a la suma de \$4.030.530, como lo certifica la Líder del Programa de Recursos Humanos de la entidad demandada (fl. 16).

---

<sup>22</sup> CONSEJO DE ESTADO SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ. Bogotá, D.C., doce (12) de julio de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 11001-03-15-000-2017-00496-01(AC)

Todo lo cual se dirá en la parte resolutive de esta providencia, y se ordenará que la sentencia cumpla las previsiones de los arts. 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

#### 8. 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 condenará en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por Secretaría conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo - Sucre, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del DECRETO 0757 de 1º de noviembre de 2013 expedido por el Gobernador del DEPARTAMENTO DE SUCRE, por medio del cual declaró insubsistente el nombramiento del señor demandante IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222 Grado 28.

SEGUNDO: CONDENAR al DEPARTAMENTO DE SUCRE a reintegrar al señor IRWING GUNTER BARTOCHA VALEST al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222, Grado 28 de la planta de cargos del Departamento de Sucre Secretaría de Salud Departamental, en las siguientes condiciones:

- a) El reintegro del demandante sólo será procedente, sin solución de continuidad, siempre que el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO Código 222, Grado 28 no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido y el demandante no haya llegado a la edad de retiro forzoso.
- b) Para que proceda el reintegro, el demandante deberá cumplir con los requisitos para acceder al cargo público, es decir, carecer de antecedentes penales y disciplinarios.

- c) Para restablecer el derecho, se ordenará el pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir durante el tiempo que dure la desvinculación, así como los respectivos pagos al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensión.
- d) La indemnización oscila entre 6 meses y 24 meses. En este caso, atendiendo a la duración de este proceso, se dispone que el pago de salarios previsto en el numeral anterior corresponda a veinticuatro (24 meses), contados a partir de la fecha en que el demandante fue retirado del servicio. las sumas de dinero resultantes se pagarán debidamente actualizadas.
- e) Para todos los efectos se tendrá como base la asignación mensual salarial demostrada por el demandante, que asciende a la suma de \$4.030.530, como lo certifica la Líder del Programa de Recursos Humanos de la entidad demandada (fl. 16).

TERCERO: COSTAS DE LA INSTANCIA a cargo de la demandada DEPARTAMENTO DE SUCRE. TASENSE conforme las previsiones de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

CUARTO: DAR cumplimiento a esta sentencia, en los términos previstos en los artículos 192 a 195 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO  
Juez