



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

SENTENCIA No. de 2014

Tunja, 16 DIC 2014.

Medio de Control :REPETICIÓN
Radicación No. :150013333012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante :MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado :CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de Repetición, consagrado en el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, interpuesto por el MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA en contra del señor CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO.

I. ANTECEDENTES

1. Objeto de la demanda.

Mediante apoderado judicial, el MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA solicita se declare civil y extracontractualmente responsable al señor CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO, quien con su conducta dolosa o gravemente culposa habría causado la condena pecuniaria en contra de la Entidad Territorial, como consecuencia de la terminación irregular del nombramiento en provisionalidad de la señora Blanca Nieves López Briceño.

Como consecuencia de tal declaración solicita:

"SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, se condene al demandado a pagar a favor del Municipio de Ventaquemada la suma de SESENTA Y TRES MILLONES CUARENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS UN PESOS (\$63.045.901), con su respectiva actualización hasta el momento en que se verifique el pago total.

TERCERA: Que se condene en costas al demandado"

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Como fundamentos de Hecho, el apoderado de la parte demandante manifestó que, la señora Blanca López fue vinculada mediante Órdenes de Prestación de Servicios desde el cuatro (04) de Enero de 1993 hasta el veintiocho (28) de Mayo de 1998, fecha para la cual fue nombrada en provisionalidad hasta el día cinco (05) de Agosto de 1998, cuando el entonces alcalde del Municipio, expidió el Decreto 026 de 1998, por medio del cual dio por terminado el nombramiento anotado.

Comenta que, ante dicha situación, la señora López instauró demanda contenciosa en contra del Municipio de Ventaquemada y con ocasión de ello, el Tribunal Administrativo de Boyacá accedió a las pretensiones de la demanda, condenando al reintegro y el pago de indemnización, sin que operara la solución de continuidad; por dicho concepto, la entidad pagó alrededor de treinta y ocho millones de pesos, motivo por el cual, se instauró la demanda de repetición en contra del entonces alcalde.

Continúa su relato fáctico, indicando que el demandado terminó el nombramiento en provisionalidad de la señora López, a través del Decreto 040 del veintiocho (28) de Diciembre de 2006, motivo por el cual la mencionada empleada volvió a instaurar demanda contenciosa en contra de la Entidad Territorial, correspondiéndole el conocimiento al Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Tunja, el cual, mediante fallo emitido el doce (12) de Mayo de 2012 (sic), accedió a las pretensiones de la demanda.

Indica que, durante la audiencia de conciliación, posterior al fallo, que se realizó entre las partes, se logró conciliar por éstas, el pago de la condena, toda vez que, la demandante

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radicación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

de aquel momento, renunció al reintegro y mantuvo la acreencia de sesenta y tres millones aproximadamente, a efectos que el Municipio le reparara los perjuicios que le hubieran sido ocasionados, los cuales fueron pagados en dos cuotas, en los meses de Diciembre de 2011 y Marzo de 2012.

Finalmente indica que, ante lo ocurrido, el comité de conciliaciones de la entidad decidió iniciar la presente acción de repetición, por haber visto un actuar doloso o gravemente culposo.

3. Fundamentos de derecho.

El apoderado de la Entidad demandante manifiesta que las pretensiones de la acción que inicia, se encuentran fundamentadas en lo dispuesto por los artículos 6, 90, 122 y 124 de la Constitución Política, así como el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el numeral 369 del artículo 48 de la ley 734 de 2002 y la ley 678 de 2001.

A continuación indica, que la conducta realizada por el agente estatal que se demanda en la presente, se enmarca en aquellas establecidas en el artículo segundo de la ley 678 de 2001, donde manifiesta que se puede evidenciar la culpa grave y el dolo en la terminación del nombramiento de la señora Blanca López.

Argumenta que la conducta del agente fue dolosa por cuanto, se enmarcó dentro de los presupuestos que encajan en la teoría de la desviación de poder, para la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, toda vez que el no obtuvo el fin que la ley persigue.

Suma a lo anterior, que también se presentó la culpa grave en la actuación administrativa desarrollada por el funcionario, por cuanto hubo una infracción inexcusable con omisión y extralimitación en el ejercicio de las funciones, que se enmarcan dentro de los presupuestos de los numerales primero y tercero del artículo sexto de la ley 678 de 2001.

Concreta la situación que intenta describir, diciendo que el dolo y la culpa grave se presentaron en la actuación del señor OTÁLORA AVENDAÑO, en el mismo momento en que da por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora López, conociendo un fallo reciente a la época de los hechos, mediante el cual se había ordenado el reintegro de la empleada y que, sumado a ello, había sido él mismo quien expidió los actos mediante los cuales debió dar cumplimiento a la providencia judicial.

Hace mención a lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 909 de 2006 y el artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, los cuales hacen referencia a los requisitos que deberían mediar para poder configurar las casuales del retiro del servicio.

Acusa el hecho de indicar que, si la causal pretendida para sustentar el retiro del servicio de la entonces demandante, eran las múltiples falencias en la prestación del servicio, el camino ideal habría sido el ejercicio de las acciones administrativas y disciplinarias correspondientes, que culminaran con la terminación del nombramiento en provisionalidad, mas no, la expedición de un acto administrativo sin el lleno de los requisitos formales, cuales fueran, con la existencia de motivación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO.

El señor CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO, actuando a través de apoderado judicial, contestó la demanda de la referencia dentro del término conferido para el efecto, oponiéndose a todas las pretensiones de la misma y, dando por ciertos algunos hechos de los que se propusieron en el libelo a discusión de la presente.

Fundamenta los argumentos de su defensa, indicando que la entidad territorial hace una mala interpretación de la ley, por cuanto manifiesta que en la misma actuación

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radicación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

ocurrieron el dolo y la culpa grave de su poderdante, situación que no resultaría admisible, toda vez que las circunstancias que mueven a uno y otro tipo de calificación de gravedad de las conductas, serían diametralmente opuestas.

Indica que, durante el proceso mediante el cual se condenó al Municipio de Ventaquemada, al reintegro de la señora Blanca López, nunca se demostró que el actuar del Representante Legal hubiera sido con dolo o culpa grave, así como tampoco se mencionó que hubiese operado la causal de desviación de poder al haber dado por terminado el nombramiento de la mencionada empleada. Continúa diciendo que, la violación a la ley que se adujo en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho anotado en el Decreto 040 del 28 de Noviembre de 2006, no fue calificada por dicho juzgador, como manifiesta e inexcusable y que, de contera, no podría decirse que hubo actuación con dolo o culpa grave por parte de su defendido.

Es importante señalar que, el apoderado de la parte demandada, no hace mención o proposición alguna de excepciones de fondo, a las que deba este juzgador, hacer mención.

III. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. De la parte Demandante (Fl. 1334 y s.s.)

Dentro del término del traslado para presentar los alegatos de instancia, el apoderado del Municipio de Ventaquemada allega memorial mediante el cual indica que, durante el tránsito del proceso adelantado, se lograron acreditar los presupuestos objetivos y subjetivos de la acción especial de repetición que se interpuso con miras al cobro de la condena sufragada por la Entidad Territorial, por la declaratoria de nulidad del acto mediante el cual CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO, dio por terminado el nombramiento de la señora BLANCA NIEVES LOPEZ.

Manifiesta que, efectivamente el Municipio de Ventaquemada fue condenado al pago de una suma de dinero, con ocasión de la reparación de perjuicios antijurídicos que fueron causados a la entonces demandante.

Frente a los requisitos subjetivos, argumenta que el señor CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO actuó con dolo y culpa grave, por cuanto en el momento de la expedición del acto que fue declarado nulo por el Juez primero Administrativo de Tunja, tenía conocimiento de un proceso anterior que se había llevado en contra de la Entidad Territorial, por presupuestos fácticos iguales y por la que él mismo tuvo que suscribir un acto administrativo a efectos de dar cumplimiento al reintegro y la indemnización ordenada por autoridad judicial.

De igual forma reitera que, si la intención en la expedición del acto administrativo, era la mejoría en el servicio, lo urgente habría sido adelantar los debidos procesos administrativos y disciplinarios, a efectos de efectuar la sanción requerida para proceder al retiro del servicio de la señora López, situación que se reiteró y probó con las declaraciones realizadas en el asunto de la referencia.

A pesar de lo anterior, indica que se probó en las diligencias, que la funcionaria a la cual se le dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, no desempeñaba correctamente las funciones para las cuales se encontraba nombrada; que el demandado intentó buscar condiciones laborales factibles a la señora López, a efectos de poder brindarle condiciones laborales diversas; y que el entonces alcalde municipal de Ventaquemada, buscó soporte en asesoría legal, previo a dar por terminado el nombramiento referido.

Finaliza su argumento, relacionando los artículos 6 de la Constitución Política, 41 de la ley 909 de 2006, 9 y 10 del Decreto 1227 de 2005, así como 5 y 6 de la ley 678 de 2001, para continuar diciendo que, el acto declarado nulo por el Juez Primero Administrativo del Circuito de Tunja, no gozaba de las condiciones legales exigidas por las normas vigentes al momento de su expedición, las cuales exigían la motivación del acto administrativo. Aúna a ello, el hecho de indicar que la presunción compuesta por la ley en razón a la configuración del dolo y la culpa, en ningún momento fue desvirtuada por la parte demandada, toda vez

Medio de Control: REPETICIÓN
Radicación No.: 150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante: MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado: CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

que, el simple hecho de haber puesto a la empleada en otras condiciones laborales, no le exime de su obligación al respecto, cuando de la motivación del acto administrativo de desvinculación se habla.

Solicita respetuosamente, se acceda a las pretensiones de la demanda de su representada, en la acción de repetición que se adelanta, por el acervo probatorio obrante.

3.2. De la parte Demandada (Fl. 1316 y s.s.)

El apoderado de la parte demandada, haciendo uso de su derecho de defensa y contradicción, en el término conferido para el efecto, presenta alegatos de conclusión en el caso, solicitando que las pretensiones de la demanda sean negadas, por cuanto en el curso del procedimiento adelantado, no se probó que su cliente hubiera actuado con culpa grave o dolo, en la expedición del Decreto 040 del 28 de Diciembre de 2006, por medio del cual dio por terminada la vinculación al servicio provisional de la señora Blanca Nieves López.

Empieza su alegato manifestando que, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Tunja, adolece de requisitos *sine qua non*, a efectos que este juzgador pueda evaluar la actuación del demandado, por cuanto en aquel, se determinaron como causales de nulidad, la violación de la ley en tanto hubo desconocimiento de la ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005; y la desviación de poder, pero que, respecto de las mismas causales, solo se refirió a la primera de ellas, sin que obrara argumentación adicional a la última de ellas.

Menciona argumentos de tipo jurisprudencial, a efectos de poder entender los conceptos de la culpa grave y el dolo, así como el hecho que las mismas, se comporten con la calidad de presunciones traídas por el legislador, con miras a poder estipular una *litis* que tenga cargas de carácter probatorio, generosas para las partes en conflicto.

Posterior, concluye que la imposición de presunciones de carácter legal, no implican la configuración de culpabilidad en la actividad del agente del cual se discute la legalidad de su actuar y que, por ello, en el asunto de la referencia, con el acervo probatorio suficiente que se logró recaudar, fue evidente que el señor CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO, no habría incurrido en los presupuestos requeridos para enervar responsabilidad por actuar con dolo o culpa grave.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado ante este despacho, durante el término conferido para emitir concepto en la presente, se abstiene.

V. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se procede a proferir decisión de fondo en el asunto objeto de *litis*.

5.1. Problema jurídico.

Planteada como se encuentra la controversia que ahora nos ocupa, en este punto corresponde al Despacho establecer la respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Hay lugar a declarar civil y extracontractualmente responsable al señor CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO, en calidad de ex - Alcalde del Municipio de Ventaquemada, por el pago de la condena que la entidad territorial efectuó como consecuencia del acuerdo conciliatorio logrado con la señora BLANCA NIEVES LÓPEZ, aprobado por el Juzgado Primero Administrativo de Tunja, con ocasión de la sentencia mediante la cual se declaró la nulidad del Decreto 040 del veintiocho (28) de Diciembre de 2006, que dio por

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radicación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

terminado el nombramiento de la mencionada empleada, ordenando el reintegro, el restablecimiento del Derecho y la indemnización de perjuicios a favor de ésta.?

5.2. Resolución del caso.

5.2.1. Del marco normativo existente, en relación con la Responsabilidad del Agente Estatal.

El andamiaje jurídico colombiano, aplicable a los casos que, de responsabilidad estatal se trata, deviene constitucionalmente, de la cláusula general que se consagró en el inciso segundo del artículo 90 de la carta política, el cual, señala:

"Artículo 90. (...)

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste."

Dicho mandato, fue desarrollado por el Congreso de la República, a través de la ley 678 de 2001, "por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición."

Ésta, en su artículo 2º, trajo la definición que, de la acción de repetición debía ser tenida a efectos de su ejercicio, indicando, que se trata de una acción civil de carácter patrimonial, que debería ser ejercida en contra del servidor o ex servidor público que, como consecuencia de su **conducta dolosa o gravemente culposa**, hubiera dado lugar al reconocimiento indemnizatorio a favor de un tercero, por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. Igualmente, establece que la misma acción será ejercida contra el particular que, investido de una función pública, hubiera ocasionado en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial mencionada a favor del tercero.

Respecto de la aplicación de la mencionada Ley 678 de 2001, el Consejo de Estado ha aclarado que los actos o hechos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, acaecidos con anterioridad a ésta, continúan rigiéndose por la normatividad anterior.

Igualmente, ha puntualizado la alta corporación, que la norma se aplica en lo sustancial para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, el estudio de responsabilidad del agente público se deben analizar conforme a la normativa anterior.

Así pues, es claro para este despacho que, el acto administrativo (Decreto 040 de 2006) que dio origen a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No 2007 - 00116 adelantado por Blanca Nieves López contra el Municipio de Ventaquemada ante el Juzgado primero Administrativo del Circuito, fue expedido con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001, razón por la cual, las normas sustanciales contenidas en ella, son aplicables al presente caso.

Ahora bien, al ser procedente aplicar las normas sustanciales contenidas en la mencionada Ley a la presente, es necesario partir de los conceptos de dolo y culpa que la misma nos presenta, disponiendo en sus artículos 5 y 6:

"ARTÍCULO 5º. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado."

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radiación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

ARTÍCULO 6º. *Culpa grave.* La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error -inexcusable.
4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal."

Es importante tener en cuenta, además de los conceptos contenidos en la norma antes transcrita, el precepto constitucional contenido en el artículo 6º de la Carta Política que, dispone:

"Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Así pues, al momento de apreciar la conducta del funcionario público para determinar si ha incurrido en culpa grave o dolo, no es dable limitarse a tener en cuenta únicamente la definición que, de estos conceptos establece la Ley 678 de 2001, sino que, además se debe acudir a los preceptos constitucionales que delimitan esa responsabilidad.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado la obligación de la administración en relación con la acreditación de ciertos requisitos, para que la declaratoria de responsabilidad de los funcionarios o ex funcionarios públicos, prospere. Al respecto, la citada Corporación ha manifestado:

"Las normas vigentes para la época de los hechos (arts. 90 de la C. P. y 77, 78 y 86 del Decreto 01 de 1984) exigen para la prosperidad de la acción de repetición los siguientes elementos, los cuales han sido explicados por la Sala en varias oportunidades: (i) la calidad de agente del Estado y la conducta desplegada, determinante de la condena; (ii) la existencia de una condena judicial a cargo de la entidad pública; (iii) el pago realizado por parte de ésta; y (iv) la calificación de dolosa o gravemente culposa del agente estatal. Dichos elementos deben estar debidamente acreditados por el actor y, por lo tanto, se verificará si están debidamente demostrados en el caso concreto...".¹

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C - 832 de 2001, con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, refiriéndose a los requisitos de procedencia de la acción de repetición, señaló:

"Para que la entidad pública pueda repetir contra el funcionario o ex funcionario, es necesario que concurren los siguientes requisitos: (i) que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los daños antijurídicos (sic) causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.; Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 08 de Marzo de 2007, Exp: 25749, Rad: 05001-23-31-000-1997-00999-01

7

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radicación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público, (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia.

"Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política.

"Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública".

De acuerdo a lo anterior, para establecer la responsabilidad del demandado en el presente caso, el despacho deberá constatar que dentro del expediente resultaron acreditados los siguientes elementos:

- Que surgió para el Estado la obligación de reparar un daño antijurídico, bien sea por condena judicial, por conciliación o por otra forma de terminación de un conflicto,
- Que el Estado pagó totalmente dicha obligación, lo que desde luego, le causó un detrimento patrimonial,
- La magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor anterior,
- Que el demandado, a quien debe identificar de manera precisa, es o fue agente del Estado, acreditando la calidad o cargo que tuvo,
- Que el demandado actuó con dolo o con culpa grave,
- Que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.

5.2.2. De lo Efectivamente Probado

Habiéndose establecido los aspectos que la parte demandante debe acreditar para que sea procedente la declaratoria de responsabilidad patrimonial del demandado, este despacho procederá a analizar cada uno de ellos, determinando si con el material probatorio obrante en el expediente se encuentran probados o no.

5.2.2.1. Que surgió para el Estado la obligación de reparar un daño antijurídico, bien sea por condena judicial, por conciliación o por otra forma de terminación de un conflicto.

Observa el Despacho que, dentro del expediente se encuentra acreditada la expedición de sentencia del doce (12) de Mayo de 2011, por parte del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Tunja, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho No. 2007 - 00116, adelantada por la señora BLANCA NIEVES LÓPEZ en contra del Municipio de Ventaquemada, a través de la cual se declaró la Nulidad del Decreto 040 del veintiocho (28) de Diciembre de dos mil seis (2006), expedido por el Alcalde Municipal de Ventaquemada, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento de la, entonces demandante; se condenó a la entidad accionada al reintegro de la accionante, sin solución de continuidad desde el retiro hasta el reintegro y se ordenó el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el término de la desvinculación. (Fls. 485 a 504)

De igual forma, se acreditó en el expediente que, frente a la condena anotada, las partes de la Litis surtida en aquella ocasión, lograron acuerdo conciliatorio frente al pago y las

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radicación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

órdenes que se dictaron vía judicial, teniendo que la parte demandante aceptó el pago de los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 29 de diciembre de 2000, renunciando al derecho al reintegro que le había sido conferido (fls. 517 a 523), para lograr entender el pago consolidado y completo de la obligación surgida con ocasión de las resultas condenatorias del proceso.

El mencionado acuerdo conciliatorio, fue contenido en acta de audiencia llevada a cabo ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad, despacho que, por considerar ajustado a Derecho el acuerdo, impartió aprobación a través de auto del diecinueve (19) de Julio de dos mil once (2011), a fin que surtiera efectos jurídicos y se convirtiera en el título ejecutivo que contendría la obligación clara, expresa y exigible, a favor de la entonces demandante, el cual es el mismo que contiene el elemento estudiado sobre la obligación de la reparación del daño. (Fl. 23-25)

Así pues, este despacho da por acreditado el primero de los aspectos que la entidad demandante debe probar para efectos de declarar la responsabilidad patrimonial del demandado.

5.2.2.2. Que el Estado pagó totalmente dicha obligación, lo que desde luego, le causó un detrimento patrimonial.

Respecto de la acreditación de este aspecto, el despacho encuentra que dentro del expediente obran los siguientes documentos:

- Resolución 829 del diecinueve (19) de Diciembre de dos mil once (2011), por medio de la cual se da cumplimiento a la conciliación por un valor de \$63.045.901.00 (Fls. 26 - 30)
- Orden de pago No. 2011000806 del diecinueve (19) de Diciembre de dos mil once (2011), por un valor de treinta y un millones quinientos veintidós mil novecientos cincuenta pesos con cincuenta centavos (\$31.522.950.00), con unos deducibles realizados para efectuar un pago por \$29.958.182.00 (Fl. 31)
- Comprobante de egreso Número 2011001124 del diecinueve (19) de Diciembre de dos mil once (2011), por un valor de veintinueve millones, novecientos cincuenta y ocho mil ciento ochenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$29.958.182.00) (Fl. 32)
- Orden de pago No. 2012000133 del veintiocho (28) de Marzo de dos mil doce (2012), por un valor de treinta y un millones quinientos veintidós mil novecientos cincuenta pesos con cincuenta centavos (\$31.522.950.00), sin deducibles. (Fl. 33)
- Comprobante de egreso Número 2012000213 del veintinueve (29) de Marzo de dos mil doce (2012), por un valor de treinta y un millones quinientos veintidós mil novecientos cincuenta pesos con cincuenta centavos (\$31.522.950.00) (Fl. 34)

Así las cosas, este despacho considera que es pertinente dar por acreditado el segundo de los aspectos que la entidad demandante debe probar para efectos de declarar la responsabilidad patrimonial del demandado.

5.2.2.3. La magnitud del detrimento patrimonial que se reclama del demandado y su fundamento, puesto que no en todos los casos coincide con el valor anterior.

Sin un mayor análisis se dará por cumplido este presupuesto, habida cuenta que, en la demanda se reclama la totalidad del valor cancelado por el Municipio de Ventaquemada a la señora Blanca Nieves López, como consecuencia del cumplimiento del acuerdo conciliatorio aprobado por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Tunja, promovido con ocasión de la sentencia que fuera proferida por esa misma

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radicación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

autoridad judicial, logrando concluir que la condena solicitada no va más allá de los valores que se relacionaron con anterioridad en el acápite de antecedentes.

5.2.2.4. Que el demandado, a quien debe identificar de manera precisa, es o fue agente del Estado, acreditando la calidad o cargo que tuvo.

El despacho observa que la calidad de Alcalde del Municipio de Ventaquemada del señor CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO, si bien no se encuentra acreditada a través de la documentación que se presumiría efectiva al respecto (Acta de Posesión y Nombramiento), la misma es deducible de lo obrante en el expediente, durante toda la acción, por cuanto los actos que se demandaron y que dieron origen a la conciliación que se surtió en la época del proceso adelantado ante el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Tunja, se encuentran suscritos por el demandante, dejando concluir sin aseveraciones adicionales, que es el servidor contra el cual, se debería iniciar la acción, circunstancia que adicionalmente es ratificada por la constancia del Comité de Conciliación en la que se dispone la apertura del presente proceso de Repetición.

5.2.2.5. Que el demandado actuó con dolo o con culpa grave.

Se hace pertinente tener en cuenta que en la demanda se señala que el señor CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO, aquí demandado, obró con dolo y culpa grave, por haber expedido el Decreto 040 del veintiocho (28) de Diciembre de dos mil seis (2006), por medio del cual dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora BLANCA NIEVES LÓPEZ, sin que en el mismo obrare motivación adicional a la de dar por terminado el anotado.

Así las cosas, para determinar con claridad el actuar doloso o culposo del accionado, se hace necesario analizar si, de acuerdo con las normas vigentes en la época de la ocurrencia de los hechos y la jurisprudencia que determinaba su interpretación, la terminación del nombramiento en provisionalidad de los empleados que se encontraran vinculados a las plantas de las entidades públicas, resultaba procedente a través de la expedición de actos administrativos sin motivación, y ver si se encontraba ajustada a derecho o si, por el contrario, este actuar era abiertamente contrario a la ley.

Lo primero que se ha de decir, es que la función de determinar la estructura de la administración municipal, les corresponde a los Concejos de cada municipio, puesto que así lo ha dispuesto el artículo 313 de la Constitución Política, norma que en su tenor literal prevé:

"ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

(...)

6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta.

(...)" (Negritas fuera de texto)

No obstante, dicha facultad puede recaer en cabeza del Alcalde Municipal, siempre que el respectivo Concejo así lo autorice, valga decirlo, a través de acuerdos, tal como lo dispone el numeral 3º del artículo citado en precedencia, y el cual indica esta circunstancia en los siguientes términos:

"(...)

3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.

(...)" (Negritas fuera de texto)

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radicación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

Así mismo, al Alcalde le fueron conferidas varias atribuciones con ocasión a la descentralización administrativa, que se dio al promulgarse la vigente Constitución Política; precisamente, el artículo 315 del estatuto superior determinó:

"ARTICULO 315. Son atribuciones del alcalde::

(...)

7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado."

Queda claro entonces que, a partir de los postulados contenidos tanto en el artículo 313, como en el 315 de la Constitución Política, en el ámbito municipal la modificación o estructuración de las plantas de personal de la administración departamental, es una facultad que se encuentra en cabeza de los Concejos, y que, eventualmente, por autorización que éste haga al Alcalde del Municipio mediante acuerdo, y por ende será éste quien proceda a efectuar dicha restructuración, para lo cual le está facultado crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones, y establecer la escala salarial de los mismos, con la debida atención a los respectivos acuerdos y a la Ley.

Es importante señalar que, dentro del expediente se acreditó que la motivación del Decreto 040 de 2006, fue precisamente la referida del numeral 7 del artículo 315 de la Constitución Política, por cuanto, el cargo en el que se encontraba la señora BLANCA NIEVES LÓPEZ, fue producto del cumplimiento dado a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en donde ordenó el reintegro de la entonces demandante, con ocasión de un despido que no se ajustó a derecho.

Ahora bien, para la fecha en que sucedieron los hechos imputados al señor CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO, se encontraba vigente la Ley 909 de 2004, por medio de la cual se expidieron las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictaron otras disposiciones.

Esta norma previó la forma y regulación respecto del ingreso, preminencia, ascenso y retiro de los empleados públicos, de conformidad con el tipo de vinculación que tuvieran al servicio, distinguiendo así dos grandes grupos, los de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, como el caso que nos atañe, hace mención al retiro de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, de la planta del Municipio de Ventaquemada, es necesario referirse a lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 909 indicada, disponiendo:

"Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) INEXEQUIBLE. Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004 Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radicación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Parágrafo 1º. INEXEQUIBLE. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexa causal entre éste y la afectación del servicio, contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

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

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

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

Es claro entonces, que la norma en cita previó la necesidad de motivar los actos administrativos mediante los cuales se dispusiera el retiro de los empleados que estuvieran inscritos en el sistema de carrera administrativa, por constituir un elemento reglado de la función pública y estar sujeta a condicionamientos diametralmente diferentes a los que se aplican a los empleados de libre nombramiento y remoción, de quienes, conforme al inciso 2 del parágrafo 2 anotado, para la vigencia de la ley 909 de 2004, en la época de ocurrencia de los hechos que se discuten, no sería necesaria la motivación de los actos administrativos que efectuaran la remoción de los empleados en las mentadas condiciones, debido a la facultad discrecional que le asiste al nominador, en relación con dichos cargos, dada su naturaleza.

Ahora bien, importante resulta evidenciar, que frente a los empleados que se encontraran vinculados al servicio, en provisionalidad, no se refirió una causal específica que los afectara, por cuanto resulta loable recordar que, éstos no pueden ser equiparados a ninguno de los dos grandes tipos de empleados con los que cuenta la administración, esto es, de carrera y de libre nombramiento y remoción, por cuanto, no han sido seleccionados a través del sistema reglado con el que cuentan los primeros y, tampoco se encuentran enmarcados en los presupuestos generales de los cargos que puedan entenderse en el marco de la dirección, confianza y manejo.

Ahora bien, el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909, hace mención a las condiciones que las entidades públicas y la Comisión nacional del Servicio Civil deberían

Medio de Control: REPETICIÓN
 Radicación No.: 150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
 Demandante: MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
 Demandado: CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

observar para la provisión de los empleos en carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción, mencionando, ahora sí, el nombramiento en provisionalidad y algunas condiciones que se pudieran observar al respecto.

Por ello, los artículos 8, 9 y 10 del decreto, indicaron:

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

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses.

Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. **En estos casos el encargo o el nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla con los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.**" (Negrillas fuera de texto)

Al respecto, evidencia el Despacho que, la reglamentación de la ley 909 impone periodos fijos durante los cuales, las figuras excepcionales al ingreso al servicio por carrera, serían admisibles, haciendo referencia al encargo y el nombramiento provisional, de los cuales, indica que no podrán superar el término de seis (06) meses, por cuanto la entidad pública y la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberían iniciar los trámites correspondientes a la implementación de la carrera administrativa.

Ahora bien, a renglón seguido, el artículo 9º del anotado decreto, estipuló el trámite que debería ser dado a la provisión de empleos de carrera, en los eventos en que surgieran situaciones administrativas que generaran una vacancia temporal, sin que el titular del mismo, perdiera los derechos de carrera, contemplando la posibilidad de serlo, a través del encargo con servidores públicos de carrera, **primordialmente**, o residualmente, con nombramientos en provisionalidad que tuvieran el término equivalente a la situación, con la intención de evitar la paralización del servicio público.

Dispuso el artículo:

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

(...)." (Negrillas fuera de texto)

Por último, dispuso el artículo 10 del Decreto, frente a los límites interpuestos por la ley, a la terminación de las situaciones descritas (encargo, prórroga, nombramiento provisional), que el nominador podría dar por terminada la vinculación en estas situaciones, **antes del vencimiento del término del nombramiento** mediante resolución motivada, encontrando un ámbito de protección para el trabajador que se encontrara en las situaciones descritas y un límite a las facultades discrecionales de las que goza el nominador, siendo claro para el Despacho que, éste no daría los beneficios permanentes de los que pudieran gozar los empleados que se encontraran vinculados e inscritos en la carrera administrativa.

Veamos:

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

Al respecto, se ratifica lo manifestado por el Despacho anteriormente, logrando concluir entonces que, para los casos en los cuales se quisiera dar por terminado el encargo, la prórroga o el nombramiento provisional, **una vez vencido el plazo para el cual se había determinado, no sería necesaria la expedición de acto administrativo motivado**, puesto

Medio de Control: REPETICIÓN
 Radicación No.: 130013333 012 - 2013 - 00042 - 00
 Demandante: MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
 Demandado: CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

que la única situación fáctica reconocida por la norma, no se encontraría vigente. Al respecto, es importante señalar también, que si bien existen nombramientos ordinarios hechos en provisionalidad, que no cuentan con un término específico, la norma suplió dicho límite, con lo visto en el inciso 2 del artículo 8º referido previamente, lo cual da paso a concluir que, una vez transcurridos los seis meses allí mencionados, el nominador no estaría obligado a expedir acto motivado.

Ahora bien, es importante y necesario, de conformidad con la interpretación hecha anteriormente, hacer mención a la postura jurisprudencial que, para la época de los hechos, se encontraba vigente toda vez que, reconoce el Despacho que no es un tema pacífico por las circunstancias que atañe el hecho de encontrar un empleado que no está en la carrera ni en aquellos que son de libre nombramiento y remoción.

Al respecto, se identifica que los hechos ocurrieron en el mes de Diciembre de dos mil seis (2006), por cuanto fue la fecha en la cual se produjo el retiro de la señora BLANCA NIEVES LÓPEZ, y logra identificar que, en relación con la terminación de los nombramientos de los empleados en provisionalidad, existía una postura determinada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia proferida el trece (13) de Marzo de dos mil tres (2003), con ponencia del Consejero Dr. Tarsicio Cáceres Toro, en la que se indicaba:

"{...}

*Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, **el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.***

{...}

*Se resalta que cuando el Art. 132 - 2 de la Ley 270 de 1996 regla el nombramiento en provisionalidad judicial, hay que entender que esta facultad la tiene el nominador "hasta tanto se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos," y **no significa que una vez hecho esta clase de nombramiento el designado obtenga "estabilidad" en el empleo hasta cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el Nominador pierda la facultad citada en ese evento. La norma legal no puede entenderse como otorgante de una estabilidad que solo existe para el personal de carrera, en cuanto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para el ingreso y desempeño de esa clase de empleo.***

{...}"

En dicha sentencia, se trataba un caso relativo a los nombramientos en provisionalidad realizados al interior del Poder Judicial, indicando también, que los mismos serían asimilables a las situaciones que se presentaran en entidades que estuvieran regidas por otras normas, pero que en últimas, tendrían como resultado el mismo efecto, frente a los nombramientos hechos en provisionalidad en cualquier orden.

Dicha postura, se ratificaba una y otra vez; así entonces, se profirió sentencia el trece (13) de Octubre de dos mil cinco (2005), por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera ANA MARGARITA OLAYA FORERO, en la cual se indicó:

"La situación del designado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y 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.

La facultad discrecional de los empleados provisionales se impone al efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, autoriza a la administración a efectuar el nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector

Medio de Control: REPETICIÓN
 Radicación No.: 150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
 Demandante: MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
 Demandado: CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad, como se precisó anteriormente." (Negrillas fuera de texto)

Se observa cómo, la postura indicada desde el año 2003 se ratificó claramente en el fallo anotado, realizando para el efecto, una aseveración tajante, en relación con la facultad discrecional del nombramiento y su extensión a la terminación del mismo, concluyendo, de la mano del concepto de la carrera administrativa, que no hacerlo así, llevaría una serie de inconsistencias con el espíritu constitucional del acceso al servicio público, puesto que, se estaría dando derechos de estabilidad de los que gozan los empleados de carrera, a empleados que entraron libre y discrecionalmente al servicio.

Del tono previo, existen varios pronunciamientos realizados por el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, que para el año de 2006, ya estaban arraigados en el seno de la discusión jurídica.

Se resalta entonces, la que fuera proferida el día treinta y uno (31) de Agosto de ese año, con Ponencia del Consejero Jesús María Lemos Bustamante, en la que claramente se manifestó, frente a los empleados nombrados en provisionalidad:

"La simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que ocupa. En estos eventos la persona así designada se encuentra nombrada en provisionalidad y, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta Sala, debido a que fueron discrecionales las facultades por las cuales se le designó, también en ejercicio de ellas es posible removerlo, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en Derecho se deshacen tal como se hacen. El nombramiento de la actora fue de carácter provisional por lo que ostentaba una posición diferente a la del vinculado y escalafonado en la carrera, debido a que no accedió al cargo mediante concurso. La condición de haber sido nombrada hasta que se pudiera hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorgó ningún tipo de estabilidad ni mucho menos los derechos propios de un cargo de carrera. De esta forma queda clara que quien ocupe un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera. Admitir lo contrario equivaldría a conferírle garantías que la Ley no le reconoce. Quiere decir lo anterior que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la accionante no tenía por qué motivarse, toda vez que se trataba del ejercicio de una facultad discrecional que la Ley le confiere al nominador." (Negrillas fuera de texto)

Allí, se ratifica entonces la postura asimilada por este Despacho para el caso que se estudia, donde se confirma que, para la época en que ocurrieron los hechos objeto de la demanda de repetición solicitada por el Municipio de Ventaquemada, y aún posterior a ello, el Consejo de Estado ratificaba su posición mediante la cual, los empleados que fueran nombrados en provisionalidad, no podrían ser sujetos a un retiro motivado, por cuanto el mismo efecto tendría, que ser uno de carrera por cuestiones atinentes a la estabilidad, lo cual, se reitera, implicaría desvirtuar los preceptos constitucionales de ingreso al servicio público.

Ahora bien, es importante señalar que, si bien los fallos referidos en la presente, hacen mención a situaciones que habrían ocurrido en vigencia de la ley 443 de 1998 y que, eventualmente bajo la vigencia de la ley 909 de 2004 y el decreto 1227 de 2005, se tendrían que hacer actos motivados a efectos de la terminación de los nombramientos en provisionalidad, lo cierto es que, en sentencia proferida el día cuatro (04) de Agosto de dos mil diez (2010), dentro del radicado 15001-23-31-000-2001-00354-01(0319-08), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, se reiteró la postura que se traía desde la unificación del precedente existente desde el año 2003, dejando la salvedad, frente a la 909 que:

"(...)

Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada". (Negrillas fuera de texto)

Medio de Control:	REPETICIÓN
Radicación No.:	150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
Demandante:	MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
Demandado:	CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

Se reitera entonces, la interpretación que se dio a lo dispuesto por el decreto 1227 de 2005, sobre la terminación, antes y después del término para el cual fue nombrado el provisional, expuesta previamente, logrando concluir que a la presente, no encuentra el Despacho que se den los presupuestos necesarios para evidenciar un actuar contrario a derecho, en relación con la demanda incoada por la entidad territorial, siendo necesario aclarar así, que el objeto del proceso que se adelanta, no es cuestionar la sentencia de primera instancia (como erradamente lo hace la parte demandada), ni evaluar la legalidad o no del acto mediante el cual se dio por terminado el nombramiento de la señora BLANCA NIEVES LÓPEZ (como erradamente lo hace la parte demandante), sino entender el actuar subjetivo del agente que habría provocado la indemnización en contra del Estado.

Es importante señalar que, lo anterior, encuentra asidero en el acervo probatorio recaudado por este despacho, de manera concreta, el testimonio practicado el día 12 de Septiembre de 2014, al Abogado Pedro Castelblanco, quien para la época de los hechos, se desempeñaba como asesor jurídico externo del Municipio de Ventaquemada, toda vez que, en su testimonio asevera que, (Min. 55 CD obrante a folio 1315), al ser el que proyectó el Decreto 040 de 2006, por medio del cual se daba por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Blanca Nieves López, había tenido en cuenta el precedente jurisprudencial vigente para la época, el cual, databa de 2006 y equiparaba a los empleados nombrados en provisionalidad, a los de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual, el acto administrativo que se profería a efectos retirarle del servicio, no requería motivación, situación que se efectuó con el convencimiento pleno que se ajustaba a derecho y a la interpretación dada por el Consejo de Estado, que, manifiesta, solo vino a cambiar en el año de 2010.

Así las cosas, encuentra el Despacho que, la actuación del entonces alcalde municipal de Ventaquemada, para la época de los hechos, se ajustó a la interpretación que se daba de la norma y de las situaciones que se acusaban respecto de la terminación de los nombramientos de personas que estaban en provisionalidad, teniendo en cuenta, la interpretación que al respecto se tenía, oscilante, en las altas cortes.

Por ello, no hay lugar a evidenciar un actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal, puesto que, al poseer elementos subjetivos para su configuración, siempre estuvo dado a que se diera lo respectivo, con la jurisprudencia vigente, de conformidad con lo expuesto a lo largo del presente análisis, estando así desvirtuado uno de los elementos necesarios para que las pretensiones de la demanda puedan prosperar.

5.3. Conclusión

Por todo lo expuesto anteriormente, se negarán las pretensiones de la demanda, al no encontrarse acreditados los presupuestos necesarios para la declaratoria de responsabilidad patrimonial solicitada por el Municipio de Ventaquemada, en contra del ex - Alcalde CALROS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO, en el entendido que, su actuar se ajustó a la interpretación jurisprudencial vigente para la época de ocurrencia de los hechos, en lo relativo a la terminación de nombramientos de empleados en provisionalidad.

5.4. Otras determinaciones

5.4.1. Notificación Sentencia

Para finalizar, se ordenará que la presente sentencia se notifique en los términos del artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso; el cual conforme al precedente jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado (Autos del 28 de Abril de 2014 (N.I. 50.572), del 15 de Mayo de 2014 (N.I. 44.544) y de unificación de 25 de junio de 2014 (N.I. 49.299), M.P. Dr. Enrique Gil Botero) y las providencias que desde el mes de Febrero del 2014 ha proferido el Tribunal Administrativo de Boyacá, ha entrado en su criterio a regir desde el 1 de Enero del año en curso para la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Contra la presente providencia proceden los recursos de Ley.

Medio de Control: REPETICIÓN
 Radicación No.: 150013333 012 - 2013 - 00042 - 00
 Demandante: MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA
 Demandado: CARLOS ALBERTO OTÁLORA AVENDAÑO

Por lo expuesto, **EL JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

F A L L A:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO.- En firme por Secretaría archívese el proceso. Déjese las constancias respectivas.

Notifíquese y Cúmplase,


EMILSEN GELVES MALDONADO
 Juez

JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO
 ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

La sentencia anterior se notificó por
 estado N° 30 de Hoy 18 DIC 2014
 siendo las 8:00 A.M.


 SECRETARIA

