



Rama Judicial
República de Colombia

**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUE –
DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA**

Ibagué, siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso: Nulidad y restablecimiento del Derecho
Demandantes: EDGAR ARTURO SASTOQUE PINILLA
Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE
Radicación: No. 73001-33-33-007-2020-00142-00
Asunto: CALIDAD DEL SERVIDOR. MOTIVACION DEL ACTO DE DESVINCULACION

Como toda la actuación de la referencia se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, la **Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

S E N T E N C I A

I.- COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 155 y en el numeral 3° del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

II.- ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

A través de apoderada judicial, el señor EDGAR ARTURO SASTOQUE PINILLA ha promovido demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra del MUNICIPIO DE IBAGUÉ, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes:

2.1. PRETENSIONES:

- 2.1.1.** Declarar la nulidad del Decreto No. 1000-0013 de fecha 1 de enero de 2020, suscrito por el alcalde municipal de Ibagué, por medio del cual se hicieron unos nombramientos ordinarios en la planta de empleos de la administración central municipal en el cargo de conductor código 480 grado 03.
- 2.1.2.** Declarar la nulidad del memorando No. 1410-2020-018 de fecha 01 de enero de 2020, suscrito por el director de talento humano del ente territorial demandado, por medio del cual se

comunica al demandante que mediante Decreto No. 1000-0013 del 01 de enero de 2020 fue declarado insubsistente.

- 2.1.3. Declarar que entre el demandante y el municipio de Ibagué existió una relación laboral comprendida entre el 14 de enero de 2009 y el 02 de enero de 2020.
- 2.1.4. Declarar que el cargo de conductor código 480 grado 03 ejercido por el demandante, es considerado de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, por ser un conductor que no laboraba directamente para el alcalde municipal de Ibagué en forma permanente, sino para otras dependencias de la alcaldía municipal.
- 2.1.5. Tener como despido injustificado e ilegal, la no continuidad en el servicio del demandante, al no existir un acto administrativo motivado o una investigación disciplinaria que generara su retiro.
- 2.1.6. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, solicita se condene al Municipio de Ibagué a:
 - 2.1.6.1. Reintegrar al demandante a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando al momento del retiro.
 - 2.1.6.2. Cancelar los salarios, cesantías, vacaciones y demás prestaciones sociales, pagos a seguridad social y otros a que tenga derecho desde la fecha de retiro hasta que se haga efectivo el reintegro.
 - 2.1.6.3. Que la condena respectiva sea ajustada acorde con lo previsto en el último párrafo del artículo 187 del C.P.A. y de lo C.A., tomando como base el índice de precios al consumidor, ajuste que se hará con sus correspondientes intereses moratorios desde la ejecutoria del acuerdo conciliatorio y/o fallo hasta que se haga efectivo el pago acorde con lo estipulado en el artículo 192 ibidem.
- 2.1.7. Condenar en costas a la parte demandada.

2.2. Como **HECHOS** que fundamentan sus pretensiones, expuso los que a continuación se sintetizan:

- 2.2.1 El señor EDGAR ARTURO SASTOQUE fue nombrado mediante decreto No. 11-020 de 13 de enero de 2009, para desempeñar el cargo de Conductor código 480 grado 03 adscrito al despacho del alcalde y asignado a la secretaria administrativa, quien se posesionó el 14 de enero de 2009. (Hecho 1)
- 2.2.2 En la Secretaría administrativa permaneció hasta marzo de 2012 cuando fue trasladado a la Secretaría de Gobierno, año en el que prestó en varias oportunidades sus servicios a otras dependencias y como conductor de los escoltas del alcalde; posteriormente, mediante Memorando 1673 del 12 de agosto de 2013, fue trasladado como conductor de la Secretaría de Apoyo a la gestión y asuntos de la juventud; en el año 2015 por Memorando 362 del 7 de enero de 2015 es trasladado a partir del 13 de enero como conductor a la Secretaría de Gobierno, año en el que prestó sus servicios a otras dependencias y como conductor de los escoltas del alcalde. (Hechos 2 al 5)
- 2.2.3 A partir del 6 de enero de 2016, es trasladado a prestar los servicios como conductor en el despacho del alcalde; posteriormente, es reubicado como conductor en la Secretaría

Administrativa – Grupo de Recursos físicos, donde permaneció hasta su retiro, aclarando que lo enviaban como conductor de varias secretarías. (Hecho 6)

- 2.2.4** Aunque el cargo estaba adscrito al despacho del alcalde prestaba sus servicios a la secretaría donde lo requirieran o temporalmente en el esquema de seguridad del alcalde, pero no de forma directa y permanente como conductor del alcalde como se pretendió hacer ver con la creación de cargos de libre nombramiento y remoción. (Hecho 7)
- 2.2.5** Durante la permanencia del demandante hubo 2 modificaciones a la planta de personal siendo la última mediante Decreto 1000-0005 del 3 de enero de 2019, que establece que el cargo del demandante es de libre nombramiento y remoción. En el nivel asistencial, como es el caso de los conductores, estos son de libre nombramiento y remoción, siempre y cuando laboren al servicio del alcalde de forma directa, lo que no sucede en el caso del demandante. (Hechos 8 y 9)
- 2.2.6** En el Decreto 1000-0005 de 3 de enero de 2019, en la planta de cargos adscrito al despacho del alcalde se crearon 14 cargos de conductor de libre nombramiento y remoción, contrario con lo normado en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, el demandante no era conductor exclusivo o personal del alcalde, sino que laboraba bajo la subordinación de las secretarías donde lo requerían. (Hecho 10)
- 2.2.7** El cargo que ocupaba el demandante fue considerado como un cargo de libre nombramiento y remoción, cuando sus características son de un cargo de carrera administrativa, configurándose un contrato realidad, por lo tanto, su retiro debió ser motivado y para este caso ello se omitió; además, no se observa que el retiro fue para mejorar el servicio y, al suscribirse el Decreto No. 1000-0013 del 1 de enero de 2020 se nombra 9 conductores y tácitamente se retira al demandante y 8 conductores más, configurándose un despido colectivo, decisión que fue comunicada mediante memorando No. 1410-2020-018 del 1 de enero de 2020 por parte del Director de Talento Humano (Hechos 11, 12 y 13)
- 2.2.8** El demandante no tuvo investigaciones o sanciones disciplinarias (Hecho 14)
- 2.2.9** Frente a la solicitud no existe prescripción, por cuanto se han realizado las reclamaciones en forma oportuna. (Hecho 15)

2.3. Como **FUNDAMENTOS DE DERECHO** plasmó los siguientes:

- Constitución Política Artículos 13, 29, 48 y 53
- Ley 909 de 2004 artículo 5.

2.4. Como **CONCEPTO DE VIOLACIÓN**, expuso:

La apoderada de la parte demandante señala que el acto fue expedido con falsa motivación, de forma irregular e impartiendo una interpretación errada a las normas que regulan la materia, pues se da una deficiente interpretación a la Ley 909 de 2004 y como los 9 conductores de libre nombramiento y remoción realizaron sus labores para varias secretarías de despacho, realizaron la labor de un conductor en provisionalidad y, por lo tanto, el acto administrativo de retiro debió ser motivado, pudiendo aplicarse la tesis del contrato realidad por cuanto hubo primacía de la realidad sobre las formas, vulnerando flagrantemente el derecho a la igualdad.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 10 de agosto de 2020¹, siendo admitida el 27 de noviembre de 2020²; surtida la notificación a la entidad demandada, se tiene que esta no contestó la demanda, tal y como se indica en la constancia secretarial visible en el archivo denominado "014VencimientoTrasladoArt172CorreTrasladoArt173" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

3.1. AUDIENCIAS:

3.1.1. INICIAL

La audiencia inicial³ se llevó a cabo el 16 de febrero de 2022 y, conforme a lo rituado en el artículo 180 del C.P.A. y de lo C.A., se procedió al saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se tuvo por fracasada la etapa de conciliación por cuanto la demandada no presentó fórmula de arreglo. Así mismo, se incorporaron las pruebas aportadas por la parte demandante y se decretaron los testimonios de los señores MOISES CARDONA PEÑA, ALIKY LONDOÑO BOTERO, RIGOBERTO VELA GUZMÁN, OMAR RUIZ OSORIO, XIMENA ANDREA PEÑA SIERRA, NELSON EDUARDO CASABIANCA CONTRERAS y MARTHA URQUIJO solicitados por la parte actora.

3.1.2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

La audiencia⁴ tuvo lugar el 3 de mayo de 2022, en donde se escucharon las declaraciones de los señores NELSON EDUARDO CASABIANCA CONTRERAS, ALIKY LONDOÑO BOTERO y MOISES CARDONA PEÑA, limitándose los testimonios a los recibidos por considerar esclarecidos los hechos materia de prueba. A continuación, se declaró precluido el periodo probatorio y se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, sin perjuicio de la intervención del ministerio público.

3.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

3.2.1. PARTE DEMANDANTE (archivo denominado "032EscritosAlegacionesParteDemandante" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital)

La apoderada señala que los testigos confirmaron que el demandante no fue conductor del alcalde, sino que laboró en otras secretarías; se probó que la subordinación no la ejercía el alcalde sino los secretarios de despacho a donde era asignado, dejando entrever que no era el conductor de confianza del alcalde, por lo cual el cargo no es de libre nombramiento y remoción sino un cargo de carrera y quien lo ocupaba sin haber concursado sería un empleado de provisionalidad, por lo que su retiro debió ser motivado.

3.2.2. PARTE DEMANDADA – MUNICIPIO DE IBAGUE – (archivo denominado "030EscritosAlegacionesMunicipiolbague" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital)

La apoderada de la entidad señala que no se materializó la consumación de un acto de vinculación laboral errónea a partir de la cual se pueda configurar un empleado de facto; el empleo está adscrito al Despacho del Alcalde, es decir que las características del mismo se encuentran conformes con las previstas en el literal b) del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, por lo que es claro que el cargo de conductor código 480 grado 03 del Municipio de Ibagué es de libre nombramiento y remoción, debido

1 Archivo "002ActaReparto" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

2 Archivo "005AutoAdmisorioDemanda" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

3 Archivo "024ActaAudiencialInicial" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

4 archivo "029ActaAudienciaPruebasCorreTrasladoAlegatos" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

al especial grado de confianza y reserva, por lo tanto debía ser provisto por un nombramiento ordinario como efectivamente ocurrió.

La causal de despido injustificado e ilegal al no existir un acto administrativo motivado o una investigación disciplinaria implica llevar al juzgador a la convicción de que la intención del acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos en la norma; en este caso, tras el estudio de los medios de prueba, el dicho del demandante no pasa de ser simples apreciaciones subjetivas carentes de respaldo probatorio que permitan concluir que su retiro obedeció a un despido injustificado e ilegal, por cuanto la desvinculación de un empleado de libre nombramiento y remoción en términos generales u ordinario, como el que nos ocupa, no debe ser motivada.

Es la parte demandante quien tiene la carga de la prueba de desvirtuar la presunción de legalidad del acto, pues debe allegar al proceso judicial todos los elementos probatorios que lleven a demostrar su dicho, el identificar las funciones y el carácter del empleo. Sin embargo, conforme al manual de funciones de la alcaldía se tiene claridad sobre la clasificación del empleo y sus obligaciones, siendo un empleo de libre nombramiento y remoción, pues se requiere de una especial confianza, por ende, su vinculación, ascenso o retiro están sujetos a la discrecionalidad del nominador.

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes...

IV.- CONSIDERACIONES

Sin manifestaciones que efectuar respecto a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia analizados en el auto admisorio de la demanda, y dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A. y de lo C.A., en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso, se procede a decidir el presente asunto.

4.1. PROBLEMA JURÍDICO

Recuerda el Despacho que el problema jurídico objeto de estudio se centra en determinar si los actos administrativos contenidos en el Decreto No. 1000-0013 del 01 de enero de 2020 y el memorando No. 1410-2020-018 del 01 de enero de 2020, por medio de los cuales se declaró insubsistente el nombramiento del señor Edgar Arturo Sastoque Pinilla en el cargo de Conductor código 480 grado 03 de la planta de cargos de la Administración Central del Municipio de Ibagué, adolecen de falsa motivación y si fueron expedidos con violación de las normas superiores en que debían fundarse.

4.2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURIDICO

- Constitución Política
- Ley 909 de 2004.
- Decreto 648 de 2017.
- Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 109151 de 2019.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, expediente: 23001233300020130026001 (0088-2015). C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia de unificación de 9 de septiembre de 2021 y Auto de 11 de noviembre de 2021, expediente: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas

4.2.1. DEL INGRESO Y RETIRO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 125 de la Constitución Política señala lo siguiente:

“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.

(...)

Del artículo transcrito se extrae que, en materia de empleos públicos la regla general es la carrera administrativa y que entre las excepciones a dicha regla se encuentran, entre otros, los empleos de libre nombramiento y remoción.

Igualmente, que tanto el ingreso como el ascenso se hará mediante concurso de méritos y, finalmente, que 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.

Por su parte, La Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, en cuanto a la clasificación de los empleos y las clases de nombramiento, establece lo siguiente:

“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:*

(...)

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

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

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

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

(...)

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.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2020-00142-00
Demandante: EDGAR ARTURO SASTOQUE PINILLA
Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE

“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.”

Así mismo, el Decreto 648 de 2017, por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, reglamentario del sector de función pública, en cuanto a las formas de provisión del empleo y su retiro, señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.1 Provisión de las vacancias definitivas. Las vacantes definitivas en empleos de libre nombramiento y remoción serán provistas mediante nombramiento ordinario o mediante encargo, previo cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

Las vacantes definitivas en empleos de carrera se proveerán en periodo de prueba o en ascenso, con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera, según corresponda.”

“ARTÍCULO 2.2.11.1.1 Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio implica la cesación en el ejercicio de funciones públicas y se produce por:

- 1) Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.
- 2) Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.

(...).”

“ARTÍCULO 2.2.11.1.2 De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados.

En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña.

Mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera vacante de manera definitiva podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional, en los términos señalados en la Ley 909 de 2004 y en el Decreto Ley 760 de 2005 o en las disposiciones que regulen los sistemas específicos de carrera.

Las vacantes definitivas en empleo de periodo o de elección se proveerán siguiendo los procedimientos señalados en las leyes o decretos que los regulan.”

De la normatividad puesta de presente es posible concluir que, en tratándose de empleos públicos la regla general es que los cargos son de carrera administrativa, que una de las excepciones corresponde a los de libre nombramiento y remoción, que la forma de proveerlos es diferente, al igual que su forma de desvinculación, y que, en este último evento, en virtud de la confianza que prima en los de libre nombramiento y remoción, cuando esta se pierde, el nominador puede disponer del cargo libremente y, por el contrario, tratándose de cargos de carrera, ya sea que se encuentren provistos por haber superado un concurso público, o por nombramiento en provisionalidad, el acto debe ser motivado.

4.2.2. DE LA NATURALEZA DEL CARGO DE CONDUCTOR

Como se indicó con antelación, la Ley 909 de 2004 establece dos tipos de empleo, los cargos de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción, estos últimos con funciones de dirección y orientación institucional, que implican confianza al envolver la administración y manejo directo de bienes del estado, por lo que, desde la óptica de la estabilidad en el empleo, este implica la discrecionalidad del nominador en atención a la naturaleza de las funciones, por tanto su designación tiene consideraciones *intuitu personae*.

Es así como, el Departamento Administrativo de la Función Pública en un concepto del año 2019⁵ se pronunció respecto de la naturaleza del empleo de conductor con fin de aclarar si este es un empleo de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, así:

“La Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”, determina en sus artículos 3° y 5°:

“ARTÍCULO 3. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales. (...)”

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:

(...)

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

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

*En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:
Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.*

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

(...).”

De acuerdo con el texto legal citado, serán de libre nombramiento y remoción los empleos que impliquen especial confianza con funciones de asesoría, asistencial o de apoyo, que presten directamente sus servicios a Gobernadores, Alcaldes, Presidentes, Directores o Gerentes.

Según la información suministrada en su consulta, el cargo por el cual consulta es el de conductor que, de conformidad con el Decreto 785 de 20051, corresponde al nivel asistencial.

En este orden de ideas, en criterio de esta Dirección Jurídica, si el cargo de conductor está asignado directamente al despacho de algunos de los empleos descritos, será de libre nombramiento y remoción. De no ser así, entrará a la clasificación general de los empleos, es decir, será de carrera administrativa.”

4.2.3. MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

⁵ Concepto 109151 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

La jurisprudencia Constitucional⁶ ha expresado en diversas oportunidades la necesidad de que los actos administrativos de insubsistencia se encuentren motivados en el caso de empleados en situación de provisionalidad, al indicar:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha recalcado la necesidad de motivación de los actos administrativos, a través de una línea jurisprudencial tranquila y reiterada en la que se ha expresado la obligación de la administración de sustentar los actos jurídicos que declaran insubsistente a los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Al mismo tiempo, ha expresado que la omisión a este deber vulnera el derecho de los administrados al debido proceso, pues debilita las posibilidades reales de cuestionar adecuadamente dichos actos administrativos.

El Tribunal Constitucional ha llegado a esta conclusión con base en el estudio que se enclava desde la fórmula política o cláusula del Estado Social de Derecho, la cual se define como la "expresión ideológica jurídicamente organizada en una estructura social", que individualiza un Estado le otorga una esencia y una labor a sus instituciones respecto de la sociedad. Sobre el particular, la Corte ha entendido que el lente a través del cual se examina la función pública "desde la perspectiva constitucional, [es] en clave de derechos fundamentales, [lo que] impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado Social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125); al igual que la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art.130)".

6.1. La motivación de los actos de insubsistencia tiene sustento en el artículo 125 de la Constitución de 1991, que expresa que el retiro de los empleados públicos del servicio Estatal se encuentra reglamentado en la Carta Política y en la ley, facultad que en principio no puede ejercerse sin sustento alguno. En el caso de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha establecido en numerosas oportunidades el inexcusable deber de motivación de dichos actos. "Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas".

La posición defendida por este Tribunal frente a la motivación de los actos administrativos de insubsistencia de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, se fundamenta en:

i) El respeto de principios constitucionales como son el Estado de derecho, la garantía del derecho fundamental al debido proceso, los mandatos de optimización democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública; ii) la inexistencia de una norma de rango legal que faculte a la administración a inmotivar esta clase de actos, por eso, al no existir una ley específica debe remitirse al deber genérico de motivación emanado de la constitución; iii) como se dijo en el párrafo precedente las causales de retiro de los servidores públicos se encuentran reglados en la constitución y la ley, de modo que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Cabe acotar que, "las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional", de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato; y iv) ocupar un cargo en provisionalidad no significa convertir al servidor público en un empleado de libre nombramiento y remisión, por lo que no es aplicable la excepción a la motivación de la insubsistencia que utilizara para esta clase de cargos.

En síntesis, los empleados públicos que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad cuentan con el derecho de motivación de sus actos de retiro del servicio, comoquiera que ello constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

La Corte también ha precisado que el contenido de la motivación de los actos de insubsistencia de provisionales no es idéntico al utilizado por las autoridades en el caso de los empleados de carrera, para quienes la Constitución expresamente señala una causales de retiro ligadas a la estabilidad en

⁶ Corte Constitucional Sentencia T 553 de 2012.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2020-00142-00
Demandante: EDGAR ARTURO SASTOQUE PINILLA
Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE

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

De hecho, "lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen 'explícitas' en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación 'implícita' de los actos administrativos".

4.3. MATERIAL PROBATORIO RELEVANTE PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

- 4.3.1.** Copia del Decreto No. 11-0020 del 13 de enero de 2009, acta de posesión y memorando de comunicación⁷, en donde se nombra al demandante en el cargo de Conductor Código 480 grado 03 adscrito al despacho del alcalde, para la prestación del servicio en la Secretaría Administrativa.
- 4.3.2.** Copia del Certificado laboral⁸ en donde se indica que el demandante se desempeñaba en el cargo de conductor adscrito al despacho del alcalde y asignado a la secretaría administrativa.
- 4.3.3.** Copia de la hoja de vida⁹ en donde se indica que el cargo que desempeñaba el demandante era el de conductor de la secretaría administrativa, el acto de nombramiento, posesión y la dependencia para la que fue asignado.
- 4.3.4.** Copia de los memorandos¹⁰ en donde se observa que el demandante fue asignado para prestar sus servicios en la Secretaría de Gobierno en 2012 y 2015, y que en jornadas especiales transportó a los escoltas del alcalde; así mismo que, en los años 2013 y 2014 fue asignado para prestar su servicio en la Secretaría de Apoyo a la Gestión y Asuntos de la Juventud y en jornadas especiales transportó a los escoltas del alcalde y, finalmente, el 06 de enero de 2016 mediante memorando suscrito por la Secretaria Administrativa fue trasladado para prestar sus servicios al Despacho del alcalde.
- 4.3.5.** Copia de las resoluciones y memorandos¹¹, en donde se conceden vacaciones al demandante como funcionario de la Secretaría Administrativa, solicitudes de permiso ante la misma y comunicación donde se le concede permiso como conductor de la Secretaría Administrativa, permisos compensatorios y jornadas especiales como conductor de la Secretaría de Apoyo a la Gestión y de la Secretaria de Gobierno.
- 4.3.6.** Copia de las resoluciones y memorandos¹² dirigidos al demandante como conductor del despacho del alcalde de fechas 2 de marzo, 13 de octubre y 8 de noviembre de 2016 y del 23 de noviembre de 2017, en donde se conceden unas vacaciones y unos días de descanso por vacaciones por parte de la Dirección de Talento humano, circunstancias que son contradictorias con las declaraciones de los testigos de la parte actora.

⁷ Folios 17, 18 y 46 del archivo "003DemandaAnexos" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

⁸ Folios 19, 35, 65 y 66 del archivo "003DemandaAnexos" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

⁹ Folios 41 a 42 del archivo "003DemandaAnexos" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

¹⁰ Folios 20 a 30 del archivo "003DemandaAnexos" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

¹¹ Folios 57 a 105 del archivo "003DemandaAnexos" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

¹² Folios 106 a 111 del archivo "003DemandaAnexos" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

- 4.3.7. Copia de los memorandos¹³ dirigidos al demandante como Conductor de la Secretaría Administrativa, Grupo de recursos Físicos dirigidos por varios funcionarios de la administración municipal con fechas 23 de julio, 16 de noviembre y 14 de diciembre de 2018 y resoluciones por medio de las cuales se le concede permisos y vacaciones como conductor asignado al Grupo de Recursos Físicos¹⁴.
- 4.3.8. Copias de las solicitudes de aplazamiento de vacaciones, compensatorios y los actos donde se concede el disfrute de vacaciones y permisos tramitados en la Secretaría Administrativa durante el año 2018¹⁵ como conductor del Grupo de Recursos Físicos.
- 4.3.9. Copia del acto de incorporación Decreto 1000-0064 del 30 de enero de 2019, memorando de comunicación y acta de posesión¹⁶, donde se evidencia que se incorpora al demandante en el cargo de conductor, se le informa que la distribución se realizó en la Resolución No. 1040-0060 de 2019 y fue incorporado al cargo de conductor adscrito al despacho del alcalde, Secretaría Administrativa, Grupo de Recursos físicos, tomando posesión de este cargo en la dependencia mencionada el 4 de febrero de 2019.
- 4.3.10. Copia del Decreto No. 1000-0013 del 1 de enero de 2020 y memorando de la misma fecha¹⁷, por medio de los cuales se realizan unos nombramientos que implican la insubsistencia de quienes desempeñaban los cargos y se le comunica al demandante la insubsistencia y la entrega del cargo a la persona designada, respectivamente.
- 4.3.11. En la audiencia de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se recibieron las siguientes declaraciones:

NELSON EDUARDO CASABIANCA CONTRERAS, ex contratista de la alcaldía y compañero de trabajo, manifestó:

“Conozco al señor Edgar Sastoque porque fue un compañero laboral en la alcaldía de Ibagué durante los años 2018 y 2019, que fue los años en los que estuve vinculado a la alcaldía de Ibagué como fotógrafo, yo era el fotógrafo oficial del alcalde en ese momento y trabajaba en la oficina de comunicaciones y prensa, el señor Edgar Sastoque era el conductor designado para muchas de nuestras actividades, nosotros todos los días teníamos actividades en las que teníamos que desplazarnos por diferentes veredas y también por el casco urbano, entonces nuestro horario laboral podía ser de 5 am hasta las 11 de la noche, en los que el señor Edgar Sastoque tenía que recogerme a mí entre las 5 y 5 y media y dejarme a las 10 u 11 de la noche que terminaba la jornada, muchas veces teníamos que hacer viajes fuera de la ciudad como a Palmira, como a Bogotá o a veredas muy lejanas de la zona rural del Tolima, de Ibagué, trabajé con él durante 2 años, siempre prestó sus servicios, atento a todos y nosotros no teníamos un horario establecido de trabajo, sino que arrancábamos nuestra jornada muy temprano a las 5 y media de la mañana hasta que el alcalde dijera, porque yo era el fotógrafo oficial del alcalde y debía acompañarlo a todos los recorridos que hiciera en la ciudad y a todas las reuniones que fuera, y siempre tenía que tener un conductor que me acompañara y trasladara, teníamos diferentes conductores pero el último año Edgar fue el que más nos acompañó, entonces esas son las circunstancias bajo las que lo conocí, y para las que lo conozco.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Indicó que era fotógrafo del alcalde, es así? RESPONDIÓ: el fotógrafo del alcalde de ese momento.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Alguna otra circunstancia que a usted le conste acerca de las circunstancias en que trabajó el señor Sastoque en la alcaldía? RESPONDIÓ: no señora, solo lo conocí durante la alcaldía como conductor, que fue de la oficina de prensa durante mucho tiempo y me transportó a mí y mis compañeros en muchas ocasiones.

¹³ Folios 31 a 33 del archivo “003DemandaAnexos” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

¹⁴ Folios 106 a 111 del archivo “003DemandaAnexos” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

¹⁵ Folios 114 a 128 del archivo “003DemandaAnexos” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

¹⁶ Folios 129 a 133 del archivo “003DemandaAnexos” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

¹⁷ Folios 112 a 113 del archivo “003DemandaAnexos” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿De la oficina de prensa de la alcaldía? RESPONDIÓ: la oficina de prensa de la alcaldía de Ibagué.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Él estaba asignado ahí fijo? RESPONDIÓ: realmente no sé cómo funcionaba muy bien lo de los conductores, porque ellos pertenecían a una secretaría diferente, nosotros éramos una oficina independiente, ellos pertenecían una secretaría, creo que recursos físicos y ahí nos asignaban a los conductores, entonces decían este es el conductor que va a acompañar a prensa y nosotros nos comunicábamos con él para cuando necesitábamos un recorrido y cualquier cosa y él estaba ahí dispuesto 24 horas para nosotros.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Iba con ustedes el alcalde?, era para funciones de la alcaldía? RESPONDIÓ: era para funciones de la alcaldía, siempre iba con nosotros el alcalde, obviamente el alcalde iba en otro vehículo porque él tenía su vehículo, pero nosotros íbamos siempre detrás del vehículo del alcalde, y llegábamos a eventos donde estaba el alcalde.

PREGUNTA APODERADA DEMANDANTE: ¿Quién le conducía el vehículo al alcalde? RESPONDIÓ: no recuerdo el nombre, pero él tenía un conductor especial, él tenía un esquema de seguridad otorgado por la UNP, entonces su conductor creo que es de la UNP que era como un conductor de confianza de él y había otro de la alcaldía, pero ese ya conducía el vehículo de los otros escoltas, porque eran 2 vehículos el de él y un vehículo que lo escoltaba.

PREGUNTA APODERADA DEMANDANTE: ¿En el tiempo en que usted estuvo, el señor Edgar le condujo alguna vez el vehículo al alcalde? RESPONDIÓ: en el tiempo que yo trabajé en la alcaldía no lo vi manejando para el alcalde, si le condujo para el alcalde antes, eso no lo sé, pero en los 2 años que estuve no lo vi conducirlo al alcalde, directamente al alcalde no, (...) pero si conducía para nosotros que estábamos siempre acompañando al alcalde en todas sus actividades. (...)"

MOISES CARDONA PEÑA, conductor y ex compañero de trabajo, manifestó:

"Edgar Sastoque lo distinguí en el tiempo de 2017, que entré yo, mayo de 2017, que entré como conductor, lo distinguí como conductor de la alcaldía, él estuvo en todas las secretarías de la alcaldía sirviendo como conductor, de todas las secretarías, no sé si nombrarle todas las secretarías en donde estuvo trabajando, yo entré en mayo de 2017 y él, o sea lo distinguí que llevaba varios años y de ahí hasta el 2019, del retiro de todos nosotros, estuvimos en la secretaría de Gobierno, de desarrollo rural.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Cuánto tiempo estuvo en la secretaría X, cuánto en la secretaría Y, lo que a usted le conste? RESPONDIÓ: nos mantenían rotando doctora, en la secretaría de bienestar social fue la que más estuvo trabajando, estuvo trabajando con la secretaría de gobierno, desarrollo rural estuvo un tiempo, porque nos mantenían rotando para varias secretarías, ese fue el trabajo que tuvimos hasta 2019 que fue el retiro de nosotros.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Tiene alguna demanda en contra del Municipio de Ibagué? RESPONDIÓ: si señora, sí.

(...)

PREGUNTA APODERADA DEMANDANTE: ¿Quién era el conductor del señor alcalde entre 2017 y 2019, que usted dice que trabajó en la alcaldía? RESPONDIÓ: él tenía un servicio de conductores de la UNP, un servicio especial que tenía para el señor alcalde.

PREGUNTA APODERADA DEMANDANTE: ¿En ese tiempo en que usted laboró, el señor Edgar alguna vez condujo el vehículo al alcalde? RESPONDIÓ: no doctora, no de ninguna manera, él estuvo conduciendo fue para secretarías porque el señor alcalde tenía su servicio especial de conductores, él llegó a conducir a los policías, a ellos si se les conducía.

PREGUNTA APODERADA DEMANDANTE: ¿Cuáles policías? RESPONDIÓ: a los policías que seguían las caravanas de la alcaldía, de seguridad o algo, si se les conducía, pero a los policías, al señor alcalde no, él tenía servicio especial de la UNP.

PREGUNTA APODERADA DEMANDANTE: ¿Cuándo los enviaban a una secretaría a conducir, quién era el jefe, quién decía para dónde iban y cómo? RESPONDIÓ: teníamos

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2020-00142-00
Demandante: EDGAR ARTURO SASTOQUE PINILLA
Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE

un coordinador, era el inspector José Manuel para esa fecha, que era el coordinador de los conductores.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿El coordinador era el mismo? RESPONDIÓ: para todos los conductores, era el encargado de todos los vehículos de la alcaldía. (...)

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Precise en qué secretarías rotó el señor Edgar y de qué fechas a qué fechas? RESPONDIÓ: Estuvo en Bienestar social con la Dra. Yennifer Parra, todo lo mas estuvo en Bienestar social y luego en jurídica, él estuvo en 2017 con bienestar social y en 2018 en jurídica, 2019 ya culminó con prensa.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿En Bienestar social alguien le daba instrucciones para desarrollar esa labor, en cada una de esas dependencias, quién y si a usted le consta? RESPONDIÓ: En la secretaria con Yennifer Parra que era la secretaria ahí, jurídica se me olvida el nombre de los secretarios, y en prensa había otro secretario, pero no creí que me fuera a pedir el nombre de los secretarios.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Ellos le impartían instrucciones al señor Edgar? RESPONDIÓ: si claro, cuando pasaba a una secretaría tenía que hacer el transporte y traslado de personal para donde lo enviaran los secretarios, el secretario era el jefe inmediato, uno pasaba a una secretaria, quedaba como jefe inmediato para donde lo enviaran, o sea lo veía y esa era la función de él. (...)

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿Conocía que tipo de vinculación tenía el señor Edgar con la alcaldía? RESPONDIÓ: sí, era de planta, nombrado de planta.”

ALIKY LONDOÑO BOTERO, ex contratista de la alcaldía y compañero de trabajo, manifestó:

“Edgar Sastoque fue funcionario de la alcaldía, cuando eso mi esposo Eugenio Villanueva trabajaba en el cargo de Secretario Administrativo, y él era el conductor, su trabajo comenzó con mi esposo en enero no recuerdo bien la fecha de 2009, hasta el 31 de diciembre de 2011, que mi esposo dejó la alcaldía porque se acabó el gobierno de Jesús María Botero, al cual pertenecía.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Cuáles eran las funciones del señor Edgar si a usted le constan, no porque su esposo le haya comendado, tuvo otros jefes durante el tiempo que estuvo en la alcaldía? RESPONDIÓ: Edgar manejaba el cargo de la alcaldía asignado a mi esposo, en esa época era un Optra de color negro, no me acuerdo la placa, Edgar venía lo recogía, lo llevaba a todas las vueltas que él debía hacer, volvía y lo traía a la casa, todos los días lo recogía más o menos entre 7 y 8 de la mañana, sé que después de que se terminó la alcaldía de Jesús María Botero trabajó con la alcaldía de la siguiente persona que es Rodríguez, Luis H Rodríguez, hasta ahí sé, no tengo conocimiento de si siguió con Guillermo Alfonso Jaramillo.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Durante el tiempo que estuvo su esposo como secretario administrativo, siempre hizo las labores de conductor el señor Edgar? RESPONDIÓ: en el primer año que Eugenio estuvo en la alcaldía 2008 a 2009, hubo otro conductor que se llamaba Jeider y a partir de enero de 2009 entró Edgar, estuvo con él 3 años: 2009, 2010 y 2011, en esos años siempre fue Edgar.

PREGUNTA APODERADA DEMANDANTE: ¿En esos tres años, alguna vez condujo el carro del señor alcalde? RESPONDIÓ: en su momento, de pronto esporádicamente lo pudo haber hecho, pero no tengo datos.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿Conoció que tipo de vinculación tenía el señor Edgar con la alcaldía? RESPONDIÓ: no señora, no sé si era contrato a término fijo e indefinido, no lo sé. (...)”

Así entonces, al analizar la declaración de los testigos en comento, y aunque el señor MOISES CARDONA PEÑA manifiesta haber demandado al Municipio de Ibagué, por los mismos motivos que el demandante, de la declaración rendida por este advierte el Despacho que la misma no denota interés alguno en las resultas del proceso, sino que se basa en las labores desempeñadas como conductor de la Alcaldía de Ibagué, su relato es coherente y coincidente con el relato del otro testigo el señor NELSON EDUARDO CASABIANCA CONTRERAS, en cuanto indican que el servicio de conducción para el alcalde era de la UNP y este no utilizaba los servicios de los conductores de la alcaldía, quienes se encargaban de trasladar funcionarios de la alcaldía pertenecientes a otras

dependencias; el relato del testigo quien también fue conductor de la alcaldía fue coherente, no se advierten contradicciones y concuerdan con el dicho del otro testigo, por lo que resulta creíble, y aunque haya demandado a la entidad, no es posible rechazar su declaración pues precisamente el ostentar unas condiciones similares a las del demandante es lo que determina el conocimiento directo del hecho, dado desempeñaban funciones similares con lo cual pueden deponer sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar de como ejecutaban su labor en la alcaldía de Ibagué.

4.4. DE LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

La demanda versa sobre la nulidad del Decreto No. 1000-0013 del 1 de enero de 2020, por medio del cual se terminó tácita o implícitamente el vínculo laboral del demandante, acto que no se encuentra motivado, por cuanto la administración municipal consideró que el cargo era de libre nombramiento y remoción al encontrarse adscrito al despacho del alcalde; sin embargo, la parte actora señala que el demandante se encontraba en situación de provisionalidad por cuanto prestaba sus servicios en otras dependencias del ente territorial, por lo que, con el fin de resolver el presente asunto, se procederá a analizar la naturaleza del cargo que ostentaba el demandante, para luego a establecer si el acto administrativo debía ser motivado y, por último, determinar si se desvirtúa la legalidad del mismo.

4.4.1. NATURALEZA DEL CARGO

En primer lugar, es necesario establecer la naturaleza del empleo desempeñado por el demandante en atención a que se señala fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, no obstante, en atención a que la prestación del servicio fue en otras dependencias distintas al despacho del alcalde, su cargo correspondía a un cargo de carrera administrativa, por lo que, al ser desvinculado, el acto debía motivarse en atención a que se encontraba en una provisionalidad.

Al respecto, cumple indicar que, conforme al literal b) del numeral 2 del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 son cargos de libre nombramiento y remoción, aquellos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones asistenciales o de apoyo entre otras, que estén al servicio directo e inmediato de los alcaldes entre otros, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (v.num.4.2.1), criterio que es acogido en el concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la naturaleza del cargo de conductor, en donde se concluyó que *“si el cargo de conductor está asignado directamente al despacho de algunos de los empleos descritos, será de libre nombramiento y remoción. De no ser así, entrará a la clasificación general de los empleos, es decir, será de carrera administrativa”* (v.num.4.2.2).

Ahora bien, en el caso en concreto se observa que, el efectuarse el nombramiento en el cargo, se indica que este se encuentra adscrito al Despacho del alcalde, pero asignado a otra secretaria (v.num.4.3.1) y una vez modificada la planta de personal, continuó adscrito al despacho del alcalde pero asignado al Grupo de recursos físicos, dependencia que no pertenece al despacho del alcalde sino a la secretaria administrativa (v.num.4.3.9).

Adicionalmente, también se evidencia que el demandante estuvo asignado y prestó sus servicios en diferentes secretarías del Municipio de Ibagué como obra en los certificados laborales (v.num.4.3.2), en su hoja de vida (v.num.4.3.3) y en los diferentes memorandos en donde fue asignado a otras secretarías a prestar sus servicios (v.num.4.3.4, 4.3.5 y 4.3.7), circunstancia que es corroborada por los testigos (v.num.4.3.11), en donde se evidencia que se encontraba subordinado al secretario de despacho o al jefe de la dependencia a la que fuera asignado y no al alcalde del Municipio de Ibagué; de las documentales se advierte que durante un periodo prestó sus servicios al despacho del alcalde (v.num.4.3.6), siendo esto en los años 2016 y 2017, sin embargo, de lo mencionado por los testigos el vehículo del alcalde era conducido por parte del personal de la UNP, es decir que estos eran quienes prestaban de forma directa el servicio de conductor, y que los conductores de la alcaldía eran asignados para transportar los escoltas del alcalde u otros funcionarios de la alcaldía, es decir que a pesar de encontrarse asignado al Despacho del alcalde, el demandante no prestó sus servicios directamente con el alcalde sino que era asignado a otras secretarías como fue el caso de la Secretaría

de Bienestar social para quien prestó sus servicios en el año 2017, según lo señalado por uno de los testigos.

De la normatividad y la doctrina del DAFP es posible concluir que, el cargo es de libre nombramiento y remoción, siempre y cuando este asignado al despacho del alcalde y le preste su servicio asistencial o de apoyo de manera directa al alcalde, por lo que, como en el caso en concreto no se encontraba asignado directamente al despacho del alcalde sino a otras secretarías, no es dable predicar una situación de confianza, por lo que es factible concluir que, el cargo desempeñado por el demandante es de carrera administrativa y al no haberse proveído en concurso de méritos se encontraba en situación de provisionalidad.

4.4.2. MOTIVACION DEL ACTO DE DESVINCULACIÓN

En cuanto al empleo público, la regla general es que los cargos son de carrera administrativa y que los de libre nombramiento constituyen una excepción a la regla, siendo su forma de provisión diferente pues, los primeros deben proveerse con persona que hayan sido seleccionadas por el sistema de mérito y mientras se surte el concurso por un nombramiento transitorio a través de encargo o provisionalidad, mientras que los segundos por nombramiento ordinario.

En cuanto a la forma de retiro o desvinculación, para los cargos de carrera el acto requiere ser motivado conforme a los criterios jurisprudenciales efectuados respecto del tema y, teniendo en cuenta que la naturaleza del cargo de conductor que ostentaba el demandante era de carrera administrativa, su terminación era procedente por acto administrativo debidamente motivado contrario a lo que ocurriría si el acto de retiro fuera para un empleado de un cargo de libre nombramiento y remoción.

En el presente caso, al ser un cargo de carrera administrativa el nominador o alcalde no podía retirar del servicio al demandante mediante un acto sin motivación como efectivamente ocurrió (v.num.4.3.10) pues, si bien se encontraba adscrito al despacho del alcalde, la asignación y función era desarrollada en otras dependencias como se logró demostrar por la parte actora, luego entonces, atendiendo a la naturaleza del cargo, el retiro debió motivarse con razones objetivas, suficientes y razonables que debían estar contenidas en el acto de desvinculación, elementos que brillan por su ausencia, toda vez, que al realizarse una serie de nombramientos implícitamente quedó insubsistente el cargo del demandante, sin evidenciarse motivación alguna para la terminación del nombramiento.

En este punto resulta necesario destacar, que, por regla general la carga de la prueba corresponde a las partes, y a la parte actora la demostración de la ocurrencia de un hecho como es que el demandante no prestaba sus servicios de manera directa al alcalde del municipio de Ibagué, por lo que su cargo o era de libre nombramiento y remoción, situación que quedó lo suficientemente acreditada dentro del expediente, y teniendo en cuenta que el acto administrativo que lo desvinculó no fue motivado, es claro que lo afirmado por la parte actora corresponde a lo acreditado en el proceso, razón por la cual se tiene como desvirtuada la presunción de legalidad que revestía los actos administrativos demandados y, como probados los hechos expuestos por la parte actora en su demanda.

En cuanto al restablecimiento del derecho la parte actora solicita reintegrar al demandante a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando al momento del retiro y la cancelación de los salarios, cesantías, vacaciones y demás prestaciones sociales, pagos a seguridad social y otros a que tenga derecho desde la fecha de retiro hasta que se haga efectivo el reintegro, de tal manera que se ordenará a la entidad demandada que reintegre al demandante al cargo de Conductor Código 480 Grado 03 de la alcaldía de Ibagué o a otro de igual o superior categoría; adicionalmente, se ordenará el pago de salarios dejados de percibir desde la fecha de desvinculación, es decir, el 2 de enero de 2020 y hasta cuando sea vinculado nuevamente a la alcaldía de Ibagué; así como el pago de las prestaciones sociales desde esa misma fecha.

La liquidación de las sumas mencionadas la efectuará la entidad demandada, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizará conforme a la siguiente fórmula:

R=R.H. Índice Final

Índice Inicial

4.4.3. DE LA CONDENA EN COSTAS

El artículo 365 del C.G.P., aplicable al caso por disposición expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en virtud de la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como quiera que la parte demandada fue la parte vencida, resulta ajustado a derecho aplicar este criterio y, en consecuencia, se procederá a condenarla al pago de las costas procesales.

Para el efecto, y como se trataba de un asunto contencioso administrativo en donde se perseguían pretensiones por valor de SEIS MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$6.969.884), que se encuadra en un proceso de menor cuantía según lo establecido en el Acuerdo 10554 de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, los montos mínimos y máximos serían de 4% y 10%.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que la parte demandante actuó a través de apoderada judicial quien compareció a la audiencia inicial y a la audiencia de pruebas y presentó sus alegatos de conclusión, por lo que en atención a dichas intervenciones procesales se impone una condena al equivalente al cuatro por ciento (4%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

V.- DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Decreto No. 1000-0013 de fecha 1 de enero de 2020 y del memorando No. 1410-2020-018 de fecha 01 de enero de 2020, expedidos por el MUNICIPIO DE IBAGUÉ, por los cuales se terminó el nombramiento en provisionalidad del demandante, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la entidad accionada MUNICIPIO DE IBAGUÉ, el reintegro del señor EDGAR ARTURO SASTOQUE PINILLA en el cargo de Conductor Código 480 grado 03 adscrito al despacho del alcalde y asignado a la Secretaría Administrativa, Grupo de Recursos físicos o alguno de superior o igual categoría al que desempeñaba.

TERCERO: CONDENAR al MUNICIPIO DE IBAGUÉ, al pago de la totalidad de salarios, primas, reajustes y demás prestaciones sociales dejadas de percibir con sus correspondientes incrementos, causados desde que se materializó el retiro del señor EDGAR ARTURO SASTOQUE PINILLA hasta la fecha en la cual sea efectivamente reintegrado al ente hospitalario. Sumas que se ajustarán en los términos del artículo 187 de la ley 1437 de 2011.

CUARTO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandada MUNICIPIO DE IBAGUÉ. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho el equivalente al cuatro por ciento (4%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: ORDENAR se efectúe la devolución de los dineros consignados por la parte demandante por concepto de gastos del proceso, si los hubiere, lo cual deberá realizarse por la Dirección Ejecutiva de

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2020-00142-00
Demandante: EDGAR ARTURO SASTOQUE PINILLA
Demandado: MUNICIPIO DE IBAGUE

Administración Judicial, acorde con lo establecido en la Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, y los lineamientos establecidos para tal fin.

SÉPTIMO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente previa cancelación de su radicación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ