



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Sincelejo

Carrera 16 N° 22-51, Cuarto Piso, Torre Gentium, Tel. 2754780, Ext. 2066

Sincelejo, veintiocho (28) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

SENTENCIA N° 138 DE 2018

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN N° **70001-33-33-004-2016-00129-00**
DEMANDANTE: **BEATRIZ ELENA DÍAZ OZUNA**
DEMANDADO: **MUNICIPIO DE SAN ONOFRE**

1. ASUNTO A TRATAR

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a dictar sentencia del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Y DEL DERECHO, interpuesta por BEATRIZ ELENA DÍAZ OZUNA en contra del MUNICIPIO DE SAN ONOFRE, de conformidad con el artículo 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

2. ANTECEDENTES.

2.1 BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA.

La demandante pretende: Que se declare la nulidad del acto administrativo resolución N° 743 de 31 de diciembre de 2015, expedido por NELSON DE JESÚS PINEDA LOZANO, resolvió declarar insubsistente el nombramiento del demandante. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento, solicitó se condene a la alcaldía de San Onofre a: (i) reintegro al cargo Técnico Operativo- Educación SIMAT, Código 314, Grado 04 a otro de igual o superior categoría, (ii) a la retribución de los sueldos, prestaciones sociales, prima de servicios, de navidad, y extralegales, subsidios e indemnizaciones dejados de percibir desde la fecha de desvinculación del servicio hasta el día en que se produzca el reintegro al cargo, (iii) al pago de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como consecuencia del



perjuicio moral a que se vio sometida por el retiro del servicio, junto con los correspondientes intereses, (iv) a la declaratoria de inexistencia de solución de continuidad en la prestación del servicio, para efectos prestacionales; (v) al cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A., más el ajuste del valor de la condena en los términos del artículo 178 ibídem y el pago de gastos procesales, costas y agencias en derecho.

Fundamenta su demanda en los siguientes hechos:

Que el 24 de febrero del año 2010, mediante decreto N° 028 de 24 de febrero de 2008 fue nombrada como ADMINISTRADORA DEL SISTEMA DE MATRICULAS (SIMAT) TÉCNICO OPERATIVO- EDUCACIÓN Código 314, grado 04 de la alcaldía del municipio de San Onofre, posesionándose ese mismo día.

Que las funciones principales de la señora BEATRIZ DÍAZ OZUNA se encontraban en el manual de funciones, las cuales realizó satisfactoriamente ya que contaba con las cualidades, capacidades intelectuales y físicas exigidas por el manual de funciones de la alcaldía municipal de San Onofre.

Que el 5 de enero del año 2016, le notificaron que mediante resolución N° 743 de 31 de diciembre de 2015, el alcalde municipal de San Onofre el Dr. NELSON DE JESÚS PINEDA LOZANO declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad, que había sido nombrada en un cargo de denominación "carrera administrativa", cargo que había desempeñado por más de 6 años de manera idónea, eficiente, dedicación, ordenada, responsable, prestando un buen servicio para la satisfacción de la comunidad y sin que se hubiera llevado en su persona alguna investigación disciplinaria, penal o fiscal.

Que el acto administrativo que quisieron disfrazar al catalogar el cargo de la demandante, como de libre nombramiento y remoción, siendo la realidad un cargo de carrera administrativa; para no expresar las razones o fundamentos que tomaron para retirarla del servicio, excusándose con el hecho de que el nominador no estaba en la obligación legal o constitucional de motivar el acto administrativo de insubsistencia.



Que sin embargo el acta de posesión del 24 de febrero del dos mil diez (2010) es clara al expresar que demandante tomaba posesión del cargo ADMINISTRADORA DE MATRICULAS EN LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL en "PROVISIONALIDAD".

Que de conformidad con los preceptos constitucionales y legales el Retiro de Empleados vinculados mediante nombramiento provisional deben ser por actos administrativo de insubsistencias o terminación motivados: es decir, deben invocarse argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria o mejoramiento del servicio.

Que sin lugar a dudas la declaratoria de insubsistencia de la demandante no nace por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, por la imposición de sanciones disciplinarias, por la calificación insatisfactoria o mejoramiento del servicio; sino por el actuar caprichoso, injusto y hasta investido de desviación del poder ya que el acto es ajeno a cualquier interés público y es contrario a la constitución y a normas legales en cuanto a la desvinculación de esta clase de empleados nombrados en provisionalidad.

Que el alcalde del municipio de San Onofre se apartó de los principios constitucionales y de la función pública con su actuar; lo podemos inferir por que no buscaba el mejoramiento del servicio público ni la reorganización de su equipo de trabajo ya que declaró insubsistente a la demandante el 31 de diciembre del 2015, cuando su gobierno terminaba el 31 de diciembre del 2015, empleada pública que luego de la declaratoria de insubsistencia que le fue notificada el día 5 de enero del 2015; por solicitud de la alcaldesa electa la señora MAIDA BALSEIRO LÓPEZ; continuo prestando sus servicios como TÉCNICO OPERATIVO-EDUCACIÓN (SIMAT) en la alcaldía sin nombramiento por el termino de 30 días más, hecho probado con los correos institucionales que la demandante le envió a los diferentes instituciones educativas, ya que en la alcaldía el funcionario nombrado por la alcaldesa no contaba con los conocimientos y capacidades exigidos al cargo en mención "SIMAT".

Que lo anteriormente descrito toma más relevancia cuando demuestra que de acuerdo con oficio el oficio del 30 de diciembre del 2015 dirigido por el Jefe de Talento Humano JHON PÁEZ a la señora BEATRIZ HERAZO MUÑOZ quien se desempeñaba como Técnico Administrativo-Archivo le expresa su retiro de la entidad porque su cargo seria para el reintegro de la señora GISELA CAICEDO JULIO en el cargo de ARCHIVISTA por lo que



contaba con el perfil para dicho cargo y no prestando sus servicios como TÉCNICO OPERATIVO- EDUCACIÓN (SIMAT) en la alcaldía de San Onofre.

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Dentro del escrito de contestación¹, la entidad demandada por medio de apoderado judicial, y dentro del término legal concedido manifestó:

Con relación a los hechos manifestó que el primero y el segundo son totalmente falsos, que el tercero, quinto, noveno y décimo no son hechos, sino una simple afirmación de la apoderada judicial de la demandante, frente al hecho cuarto considera que es parcialmente cierto, que respecto al hecho sexto, aclara que existió un error en dicha acta de posesión en razón a que el decreto por medio de la cual se nombró a la demandante no estableció dentro del contenido del mismo que dicho nombramiento haya sido en provisionalidad, que el séptimo es cierto, finalmente frente el hecho octavo insiste en que la apoderada de la parte demandante de manera infundada quiere darle el carácter de provisional al nombramiento de su apadrinada mientras tan está demostrado desde ya que dicho nombramiento fue de libre remoción y que por lo tanto no era necesario motivar el contenido del mismo.

Se opone a todas las pretensiones y la prosperidad de las mismas.

2.3. ALEGATOS DE LAS PARTES

2.3.1. PARTE DEMANDANTE

No presentó alegatos de conclusión

2.3.2. PARTE DEMANDADA

Indica la parte demandante en sus alegatos², que con la demanda pretende que se declare la Nulidad del acto administrativo, mediante el cual el Alcalde Municipal de San Onofre declara insubsistente el cargo que esta venía desempeñando la demandante, la demanda

¹ Folios 30 a 33.

² Folios 96 a 97.



fue contestada en su oportunidad legal por parte del suscrito como apoderado del aquí demandado.

Una vez se abre a pruebas el proceso en mención se le requiere al Municipio de San Onofre, para que su representante legal bajo la gravedad del juramento contesté los hechos de la demanda, aportando las pruebas que tenga en su poder. Asimismo, se oficia a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que certifique si la señora BEATRIZ ELENA DÍAZ OZUNA, se encuentra inscrita en carrera administrativa, que una vez analizado el acervo probatorio que se aportó al proceso en comento, se pudo concluir que la demandante efectivamente no estaba inscrita en ninguna cargo de carrera administrativa si no en un cargo de libre nombramiento y remoción, tal y como lo soportan los actos administrativos mediante los cuales se creó el cargo que venía ostentando la actora entre otros.

Que la apoderada judicial de la actora, no probó ni si quiera sumariamente que su poderdante se encontraba en carrera administrativa y los testigos solicitados por esta, ni si quieren fueron llevados al plenario en la audiencia de pruebas para que pudieran rendir su testimonio. Así las cosas, le solicito señor juez, despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda que la actora le ha solicitado en el texto inicial de esta misma.

2.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto alguno.

3. CONSIDERACIONES

3.1 PROBLEMA JURÍDICO

Dentro del presente caso, como se observó, al momento de la fijación del litigio se estimó punto central de la Litis el de determinar la legalidad del acto administrativo que declaró la insubsistencia de la demandante.

Ante la anterior discordancia, surge una serie de preguntas: ¿El acto de insubsistencia de un empleado nombrado provisionalmente, debe ser motivado, si es así como debe ser esa motivación? ¿Cuáles son los requisitos para que un cargo sea considerado de libre



nombramiento y remoción? ¿Quién determina que cargo es de libre nombramiento y remoción?

3.2 FUNDAMENTOS NORMATIVOS

3.2.1 LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS PÚBLICOS.

La Constitución Política en su artículo 125, estatuye la carrera administrativa de los servidores públicos, determinando, las clases de empleos públicos, siendo la regla, los empleos de carrera, exceptuándose los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Expresa que la forma de nombramiento será por concurso público, y 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.

Por último 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.

La ley 909 de 2004, que regula la carrera administrativa, en su artículo 1 establece:

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c) Empleos de período fijo;*
- d) Empleos temporales.*

El artículo 5 de la precitada ley, en desarrollo del artículo constitucional también citada, clasificó los empleos públicos de la siguiente forma:

ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:



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

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

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(...)

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

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

(...)

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.

Con respecto a la determinación sobre si un cargo es de carrera o de libre nombramiento y remoción, la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad³ determinó los siguientes parámetros:

Condiciones para la legitimidad constitucional de la fijación por el legislador de cargos de libre nombramiento y remoción

9. Los argumentos expuestos anteriormente ponen de presente que aunque la carrera administrativa es el mecanismo ordinario y preferente para la provisión de los cargos públicos, la misma Constitución ha previsto excepciones a ese instrumento, como lo dispone el artículo 125 C.P. para el caso puntual de los empleos de libre nombramiento y remoción. En este evento, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la potestad que tiene el legislador de prever cargos con esa naturaleza, pero de manera correlativa ha sometido el ejercicio de esa competencia al cumplimiento de estrictos requisitos, análogos a los que en aparte anterior se expusieron para el caso de los sistemas específicos de carrera.⁴ (Subrayas nuestras)

9.1. Los cargos de libre nombramiento y remoción están sometidos a reserva de ley, por lo que solo podrán incorporarse en el conjunto de empleos de las entidades del Estado cuando exista expresa disposición legal que así lo determine. Esto, por supuesto, sin perjuicio de la aplicación del régimen citado derivado de expresa previsión constitucional, como sucede con los sistemas especiales enunciados en el fundamento jurídico 7. (Resaltado del Despacho)

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-533/10 de 6 de julio de 2010. Magistrado Ponente: Luís Ernesto Vargas Silva.

⁴ Citado en la jurisprudencia: "Las reglas jurisprudenciales que se expondrán a continuación sobre los requisitos para la consagración legal de cargos de libre nombramiento y remoción se obtienen del análisis de, en especial, las sentencias C-292/01 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), C-1177/01 (M.P. C-161/03 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y, en especial, C-312/03 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)."



9.2. La potestad que tiene el legislador para definir cargos de libre nombramiento está limitada desde dos perspectivas. La primera, relativa a que el ejercicio de la citada facultad es excepcional, por lo que solo podrá ser utilizada para determinados cargos específicos, sin que pueda convertirse en la regla general o en sucedáneo de la aplicación del régimen ordinario de carrera administrativa. La segunda, consiste en reafirmar que la definición de cargos de libre nombramiento y remoción debe responder a un criterio de razón suficiente, que para el caso objeto de análisis tiene carácter calificado, pues debe referirse a la naturaleza de las funciones del empleo o al grado de confianza que deba depositarse en el servidor público que lo ejerce. En términos de la jurisprudencia constitucional, "(...) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación"⁵

9.3. En consonancia con lo anterior, el empleo de libre nombramiento y remoción deberá corresponder a una de las siguientes categorías: (i) cargos que tengan funciones directivas, de manejo, conducción u orientación política o institucional, casos en los cuales la jurisprudencia ha aceptado que habida cuenta la naturaleza de la responsabilidad encomendada y los necesarios direccionamientos político – administrativos de las entidades, conviene que sean proveídos mediante instrumentos excepcionales, distintos al concurso público de méritos; o (ii) empleos que requieran un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, en razón de la trascendencia y grado de responsabilidad administrativa o política de las tareas encomendadas. Así, la Corte ha resaltado que "... siendo la regla general la de pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho. || Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuïto personae".(Resaltas por fuera del texto)⁶

10. Como se observa, la competencia legislativa para la definición de cargos de libre nombramiento y remoción tiene carácter restrictivo y responde a las condiciones materiales del empleo. Por ende, el ejercicio de tal facultad deberá garantizar la prevalencia del régimen ordinario de carrera administrativa y estar vinculado a un principio de razón suficiente, que en el caso se traduce en la autoridad político – administrativa inherente al empleo excluido del sistema general de selección y/o el grado de particular confianza connatural al ejercicio de las funciones del cargo. Cuando este principio no pueda comprobarse en la normatividad objeto de estudio, se estará ante

⁵ Citado: "Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-195/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)."

⁶ Transcripción exacta: "Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-514/94 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).



el exceso de la facultad legislativa de prever cargos de libre nombramiento y remoción y, por ende, ante la inconstitucionalidad de los preceptos por violar las disposiciones superiores que sustentan la carrera administrativa, las cuales tuvo oportunidad de exponerse en aparte anterior de esta sentencia.

El título cuarto de la ley 909 de 2004, establece la forma de ingreso y ascenso al empleo público, es así como el artículo 23 determina las clases de nombramientos en ordinarios, en periodo de prueba y en ascenso.

Los cargos de libre nombramiento y remoción se consideran su nombramiento como ordinario, y se hará de acuerdo a los requisitos del cargo y el procedimiento establecido en la ley.

Por su parte el nombramiento en carrera podrá ser en periodo de prueba y en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de la ley en cita.

3.2.2 EL NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD Y EL DEBER DE MOTIVAR EL ACTO DE RETIRO.

El artículo 24 de la ley 909 de 2004, establece la posibilidad del encargo de los cargos vacantes mientras se surte el proceso de selección, de los empleados que se encuentren en carrera administrativa y cumplen con los requisitos para encargarlo.

Por su parte el artículo 25 establece la posibilidad que en caso de no existir empleado de carrera con los perfiles del cargo a proveer temporalmente, serán provistos en forma provisional por el tiempo que dure aquellas situaciones.

Por último el artículo 41 nos habla de las causales de retiro del servicio de los empleados públicos:

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;



(...)

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;

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”.

Es claro que para efectos del retiro de un empleado que se encuentre en un cargo de carrera deber ser motivado, independiente de que el mismo se encuentre como consecuencia de un concurso de mérito o se encuentre en provisionalidad mientras se surte el nombramiento de la persona que haya ganado el concurso.

La ley 909 de 2004, en lo atinente a la presente situación fue reglamentada por el decreto 1227 de 2005, quien en sus artículos 7, 8, 9 y 10, consagran lo siguiente:

Artículo 7º. Modificado por el Decreto 1894 de 2012. *La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*

7.1 Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2 Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3 Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Parágrafo 1º. *Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*

Parágrafo 2º. *Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar*



del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:

1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.
2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.
4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.

Artículo 8°. 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, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado [9336 de 2012](#).

Parágrafo Transitorio. Modificado por el Decreto 3820 de 2005 y el Decreto 4968 de 2007. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos 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 término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

Artículo 9°. 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.



Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

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.*

En lo atinente a la motivación de los actos de insubsistencia, en vigencia de la Ley 909 de 2004, el Consejo de Estado⁷ ha manifestado:

*Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, **el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, (...)***

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos⁸ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

Por su parte la Corte Constitucional, en sentencia SU-917 de 2010, estableció el parámetro para determinar la forma en que deben ser motivados dichos actos:

b.- Contenido de la motivación

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario,

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

⁸ Cita de la sentencia transcrita: "La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas."



de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado⁹. *En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión"*¹⁰.

*En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria" u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"*¹¹.

*Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en 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 administrativa¹² o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados"*¹³.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente-facultad discrecional, o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular"¹⁴, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario¹⁵. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias¹⁶. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

⁹ "Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: 'Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa'".

¹⁰ Citado: "Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras."

¹¹ Cita de la Sentencia: "Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007."

¹² Citado: "CP., Artículo 209.- 'La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley'".

¹³ Cita exacta: "Tomás Ramón Fernández, 'De la arbitrariedad de la administración' Madrid, Civitas, p.1994, p.162"

¹⁴ "Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009."

¹⁵ Citado: "Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras."

¹⁶ "Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras."



Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. 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 administración¹⁷, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos.

Con lo anterior queda claro que el nombramiento de un empleado de carácter provisional tiene un procedimiento especial, supeditado en primera medida, al encargo del personal que se encuentre en carrera y cumpla con los requisitos del cargo vacante y segundo, en caso de no existir el empleado de carrera a encargar, realizar el procedimiento establecido para el nombramiento previo autorización de la Comisión Nacional de Servicio Civil. Por su parte el retiro debe ser motivado, sin que esto implique equiparar los empleados provisionales a los que se encuentren en carrera, por encontrarse en una situación administrativa diferente, solo se debe tener en cuenta razones claras, detalladas y precisas, ajustadas a la realidad, teniendo como fundamento la normatividad vigente.

3.2.3 LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA Y LA MOTIVACIÓN DE LA MISMA EN CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

Al respecto de los cargos libre nombramiento y remoción la ley 909 de 2004 establece en su artículo 41 que es causal de retiro del servicio de los mismo "(...) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento (...)*"

Por su parte el artículo 44 del CPACA, establece que: "*En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa*"

La Ley confirió a la autoridad nominadora la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción en procura del buen servicio público, es decir, tal potestad no fue concebida para satisfacer intereses distintos al bien común y el servicio de la comunidad.

¹⁷ Pie de página del texto transcrito: "*En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el 'contexto de descubrimiento' y el 'contexto de justificación', al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, 'Las razones del Derecho'. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, 'La Argumentación en el Derecho'. Lima, Palestra Editores, 2003, p. 149; Mario Alberto Portela, 'Argumentación y sentencia'. En: Revista DOXA 21, 1998.*"



Es claro entonces que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume emitido en beneficio del buen servicio público, presunción legal que admite prueba en contrario, que puede ser desvirtuada a través de la acción contenciosa.

El Consejo de Estado ha reiterado, que el control judicial de legalidad del acto administrativo de insubsistencia expedido en ejercicio de la facultad discrecional que en principio se presume expedido en aras del buen servicio, se juzga bajo las reglas que gobiernan el proceso, donde entre los deberes del juez está el hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso y de estas la obligación de probar sus afirmaciones, esto es, donde el demandante en procura de hacer valer sus derechos, tiene la obligación de demostrar que cumplía a satisfacción sus responsabilidades de tal suerte que garantizaba la prestación de un adecuado servicio público, que no existían justificaciones que ameritaran su relevo, y la entidad demandada para defender la presunción de legalidad de su actuar, demostrará las razones que motivaron la decisión, concretando y probando en qué sentido se proponía mejorar el servicio con la expedición del acto de remoción sometido a juzgamiento.¹⁸

3.3 EL CASO EN CONCRETO

La demandante pretende se declare la nulidad de la Resolución N° 743 de 31 de diciembre de 2015, por medio de la cual se declara insubsistente a la demandante, por considerar que el acto administrativo demandado, fue disfrazado al catalogar el cargo ocupado por la demandante como de libre nombramiento y remoción, siendo en realidad un cargo de carrera administrativa, para no expresar las razones o fundamentos que tomaron para retirarla del servicio, excusándose en el hecho de que el nominador no estaba en la obligación legal o constitucional de motivar dicho acto administrativo.

Alega que la declaratoria de insubsistencia de la demandante no nace por haberse realizado el concurso de méritos, por la imposición de sanciones disciplinarias, por la calificación insatisfactoria o mejoramiento del servicio, sino por el actuar caprichoso, injusto y hasta investido de desviación de poder, ya que el acto es ajeno a cualquier interés público y contrario a la Constitución y a normas legales.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 2 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicado: 25000-23-25-000-2006-05536-02 (2256-11). Posición que reiteró la postura de la Sección Segunda, Subsección B, en Sentencia de 7 de febrero de 2002, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Radicado: 25000-23-25-000-99-2175-01(3826-01)



Por su parte, la entidad demandada, expidió la Resolución N° 743 de 31 de diciembre de 2015, simplemente declarando la insubsistencia de la demandada, sin ningún tipo de motivación, invocando las facultades constitucionales y legales, conferidas por el numeral 2, Literal D, del Acuerdo 91 de la Ley 136 de 1994.

Atendiendo los cargos planteados, pasamos a verificar los mismos a la luz de las normatividad y jurisprudencia ya expuesta.

3.3.1 EL STATUS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Como punto de partida entramos determinar la denominación del cargo donde se encontraba vinculada la demandante, que según la defensa de la entidad es de libre nombramiento y remoción. Del material probatorio, es claro que la demandante fue nombrada como Administradora del Sistema de Matrículas (SIMAT) Técnico Operativo – Educación, Código 314, Grado 04, de la alcaldía del municipio de San Onofre, mediante Decreto N° 028, el 24 de febrero de 2008. (fol. 34)

Por otro lado, advierte el despacho que la entidad demandada mediante oficio radicado en esta dependencia judicial el 4 de abril de 2017¹⁹, manifestó de acuerdo a la estructura administrativa de la entidad, se constató que la vinculación de la señora BEATRIZ HELENA DÍAZ OSUNA, se hizo en el cargo de libre nombramiento y remoción, tal como aparece contemplado en el Decreto 017 de 26 de febrero de 2009, por medio de la cual se crean nuevos cargos en la Planta de Personal, para la vigencia fiscal del año 2009, sin embargo al revisar dicho decreto, se observa fue creado el cargo de Técnico Operativo – Educación, Código 314, Grado 02, de la alcaldía del municipio de San Onofre, cuya denominación fue de libre nombramiento y remoción, cargo que no corresponde al desempeñado por la demandante, puesto que el desempeñado por la demandante es grado 04 y creado mediante el referido decreto es 02.

Este Despacho considera que dicho cargo no puede ser considerado de libre nombramiento y remoción. Se llega a dicha conclusión por lo siguiente: *primero*, la carrera administrativa es el mecanismo ordinario y preferente para la provisión de los cargos públicos; *segundo*, Los cargos de libre nombramiento y remoción están sometidos a reserva de ley, no estando

¹⁹ Folios 69 a 71.



legitimada la mismas para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción; *tercero*, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada; *cuarto*, el cargo elegido deberá cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades, en este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, quedando excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política, ni resulta ser fundamental el *intuito personae*,

En el presente caso, si bien es cargo está adscrito a la Secretaría de Educación, inmediatamente no lo dictamina de libre nombramiento y remoción pues necesario que se cualifique dentro de las características establecidas en la Ley 909 de 2004, es decir, ni es un cargo que cumpla un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional ni se comprueba que implica especial confianza, ya sea por que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato del Alcalde.

Por lo general, los cargos en el nivel técnico, como es en el que está nombrada la demandante, no tienen la calidad de libre nombramiento y remoción, pues son cargos que buscan el cumplimiento de funciones que exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología, ellos no tienen funciones de manejo, conducción u orientación. De igual forma, el perfil del demandante, no puede considerarse como de esos que son de confianza del Alcalde, sus funciones son, por lo tanto, plenamente realizables por un empleado de carrera sin que tenga la connotación de empleado de libre nombramiento y remoción.

La entidad demandada en su contestación no estableció las razones por las cuales este cargo es de libre nombramiento y remoción, limitándose a decir que la vinculación de la demandante se hizo en un cargo de libre nombramiento y remoción, pese a que existió un



error en el acta de posesión de la demandante, que estableció que dicho nombramiento se hizo en provisionalidad.

Por todo lo anterior el Despacho concluye que el cargo del que fue declarado insubsistente la señora Beatriz Díaz Osuna, no es un cargo de libre nombramiento y remoción.

3.3.2 MOTIVACIÓN DEL ACTO ACUSADO

Determinado como está que el cargo en que se encontraba la actora es de carrera administrativa, estando la misma en provisionalidad en el mismo, pasamos a verificar si la decisión fue debidamente motivada.

Se evidencia que a folios 9 del expediente reposa el acto administrativo cuya nulidad se pretende, donde se observa que dicho acto no fue motivado, ni se expresan los motivos por los cuales se retiró del servicio a la actora.

Entonces, retomando el caso que se ha sometido al conocimiento y control de esta jurisdicción, encontramos que el acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento como Técnico operativo – Educación, Código 314, de la alcaldía del municipio de San Onofre, fue expedido por la autoridad nominadora sin que en él se expusieran ni siquiera sumariamente los motivos que llevaron a la administración a adoptar tal decisión.

Cierto es que los actos administrativos se encuentran revestidos con la presunción de legalidad, pero no es menos cierto que, por mandato expreso del artículo 44 del CPACA, aún aquellos actos que se expiden invocando facultades discrecionales deben adecuarse a los fines de la norma que los autoriza y ser proporcionales a los hechos que les sirven de causa.

En este caso, la Administración demandada, como se encuentra demostrado en el plenario, no motivó el acto acusado y, a lo largo del proceso, no demostró que hubiese tenido alguna razón justificada o no para prescindir de los servicios laborales de la demandante, de manera que se hubiesen proporcionado así a la actora los argumentos o herramientas necesarias para refutar la decisión administrativa; lo cual, en el decir de la jurisprudencia constitucional, se configura como una violación al derecho fundamental al debido proceso previsto en el



artículo 29 de la Carta Política, lo que determina, entonces, la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Así pues, esta agencia judicial declarará la nulidad de la Resolución N° 743 de 31 de diciembre de 2015, por medio de la cual se declara insubsistente el nombramiento de la actora y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada proceder al reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a otro que resulte equivalente y para el cual acredite los requisitos de ley.

Por otro lado, frente al tema del restablecimiento de derechos, se hace necesario traer a colación la Sentencia SU-556 de 2014²⁰, donde se unifica las reglas de restablecimiento para casos como el de estudio, dispuso:

Ahora bien, con la finalidad de restablecer el derecho, se deberá considerar la reparación del daño derivado de haber perdido injustamente el empleo, lo cual a luz de las consideraciones previamente hechas, debe corresponder al pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir durante el tiempo que dure la desvinculación, entendiendo que el salario se deja de percibir, cuando una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que aquella accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por tanto, ya no "deja de percibir" una retribución por su trabajo.

En ese sentido, como ya se explicó, a la suma indemnizatoria que se reconozca al trabajador que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es despedido sin motivación, es preciso descontar todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (6) meses, que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, ni superior a veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, término este último que, a su vez, se establece teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.

Tal y como fue aclarado en el apartado anterior, el tope mínimo de indemnización opera para los casos en que las personas desvinculadas hayan agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, en razón a la demora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extiende a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses, entendiendo que, en el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante."

Basado en lo anterior, se ordenará a la entidad demandada reconocer a favor de la actora la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, desde la fecha de su retiro del servicio, es decir, 5 de enero de 2016, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses, ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses

²⁰ Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerreo Pérez. Ver también Sentencia T- 032 de 2016.



de salario; sumas que se reconocerán indexadas, aplicándose los ajustes al valor, según lo contemplado en los artículos 187 del CPACA.

Para todos los efectos legales, se entenderá que no ha habido solución de continuidad en la relación de servicio entre el demandante y la entidad demandada, desde la fecha de su retiro del servicio, 5 de enero de 2016 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro.

3.3.3. LOS PERJUICIOS MORALES PRETENDIDOS

El demandante dentro sus pretensiones solicita que se pague 100 SMMLV, como consecuencia del perjuicio moral al que se vio sometida por el retiro del servicio, junto con los correspondientes intereses, sin embargo dichos perjuicios no fueron probados dentro del proceso, por lo tanto se negarán los perjuicios morales alegados.

3.4. SOLUCIÓN DEL CASO Y DECISIÓN

Para el Despacho resulta claro que el acto administrativo por medio del cual se desvinculó a la demandante debía ser debidamente motivado, atendiendo a que su cargo era de carrera, estando en provisionalidad, por lo que dadas las condiciones están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, debiendo declarar la nulidad del acto acusado y como restablecimiento del derecho ordenar reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a otro que resulte equivalente y para el cual acredite los requisitos de ley, igualmente, se ordenará a la entidad demandada reconocer a favor del demandante la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro del servicio, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses, ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, sin que existe solución de continuidad; sumas que se reconocerán indexadas, aplicándose los ajustes al valor, según lo contemplado en los artículos 187 del CPACA.

3.5. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA, manifiesta que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, siendo su liquidación y ejecución conforme al Código de Procedimiento Civil. Al no poder aplicarse el CPC, por estar derogado por el CGP, es preciso aclarar que este último en



su artículo 365, numeral 5, expresa que en caso de condenas parciales el Despacho podrá abstenerse de condenar en costas, por lo que se considera que al existir una condena parcial en el presente proceso y ante la no existencia de actitudes desleales o dilatorias, el despacho no condenará en costas a la parte demandada.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, EL JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad de la Resolución N° 743 de 31 de diciembre de 2015, expedida por el MUNICIPIO DE SAN ONOFRE, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora BEATRIZ ELENA DÍAZ OSUNA, por lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDÉNESE al MUNICIPIO DE SAN ONOFRE a reintegrar a la señora BEATRIZ ELENA DÍAZ OSUNA, identificada con C.C. N° 22.789.963, expedida en Cartagena, al mismo cargo que desempeñaba el día 31 de diciembre de 2015, Administradora del Sistema de Matrículas (SIMAT) Técnico operativo – Educación, Código 314, Grado 04, de la alcaldía del municipio de San Onofre, o a otro equivalente para el cual acredite los requisitos de ley; y, a pagarle los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos que haya dejado de percibir desde el día en que fue desvinculado del servicio, 5 de enero de 2016, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses, ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario. Así mismo, la entidad deberá hacer los aportes correspondientes a los respectivos fondos de pensiones y salud en el que se encuentre la actora, previo los descuentos correspondientes.

TERCERO: DECLÁRESE que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

CUARTO: AJÚSTESE la suma de dinero que resulte de la condena anterior, de acuerdo al índice de precios al consumidor tal como lo manifiesta el artículo 187 del CPACA.

QUINTO: ORDÉNESE a la entidad demandada cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.



SEXTO: NIÉGUENSE las restantes súplicas de la demanda.

SÉPTIMO: No hay lugar a condena en costas en esta instancia.

OCTAVO: Por Secretaría, HÁGASE entrega al demandante, del saldo de gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA

Juez