



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

Sincedejo, primero (01) de diciembre de dos mil catorce (2014)

MEDIO DE CONTROL.	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL
RADICADO N°:	70-001-33-31-003-2012-00032-00
DEMANDANTE:	EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS – SUCRE & ARNOLDO JONAS RAMIREZ CÁRDENAS.

Tema:	Empleados públicos de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción / Jefe de Presupuesto y Contabilidad/ Provisionalidad en Cargo de Carrera / necesidad de motivación del acto que declara la insubsistencia.
--------------	--

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. Partes.

- Demandante: **Edgar Antonio Vergara Vergara**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 10.880.704, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandada: **Municipio de San Marcos - Sucre.**
- Demandado: **Arnoldo Jonás Ramírez Cárdenas.**

¹ Folio 33

1.1.2. Pretensiones.

Primero: Que se declare la nulidad del decreto 013 del 16 de enero de 2012, por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento del cargo que venía desempeñando el demandante, proferido por el Alcalde del Municipio de San Marcos - Sucre.

Segundo: Que como consecuencia de lo anterior, se restablézcase el derecho del actor, quien deberá ser reintegrado al cargo que venía desempeñando o a uno de igual, similar o superior jerarquía y remuneración al que desempeñaba cuando fue retirado del servicio.

Tercero: Que se ordene a favor del demandante, el pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, subsidio familiar, prima de alimentación, dotación, prima técnica, y todas las demás prestaciones sociales causadas durante el tiempo que estuvo separado del servicio hasta que sea efectivamente reintegrado.

Cuarto: Que se declare que no existió solución de continuidad en la relación de empleo durante todo el tiempo que el actor estuvo separado del servicio.

Quinto: Que se ordene dar cumplimiento al fallo que le dé fin al proceso dentro de los términos establecidos en el artículo 176 del antiguo C.C.A, hoy artículo 192 de la ley 1437/11 y demás normas concordante.

Sexto: Que se ordene al pago de los intereses previstos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

Séptimo: Que se ordene el pago del ajuste del valor previsto en el CPACA.

Octavo: Que se reembolsen, los aportes a seguridad social por todo el tiempo de servicios o se envíen al fondo de pensiones y E.P.S., donde disponga el actor.

Noveno: Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas que se causen con motivo del ejercicio de esta acción, incluyendo agencias en derecho.

1.1.3. Hechos.

- Indica la parte que el actor fue nombrado mediante el Decreto No. 010 del 1° de febrero de 2008, para desempeñar el cargo de Profesional Universitario (Jefe de Oficina de Presupuesto y Contabilidad), Código 219 Grado 07, del que tomó posesión el día 1° de enero de 2008.

- Que mediante decreto 048 del 1° de junio de 2011, el actor fue nombrado en provisionalidad como Profesional Universitario (Jefe de Oficina de Presupuesto y Contabilidad) código 219 grado 07.
- Argumenta el actor que el día 17 de enero de 2012 fue notificado mediante decreto N° 013 del 16 de enero de 2012, en el cual le fue declarado insubsistente el nombramiento que venía desempeñando como Profesional Universitario (Jefe de Oficina de Presupuesto y Contabilidad).
- Manifiesta el actor que el acto administrativo mediante el cual lo retiran del servicio no fue motivado toda vez que solo se plasma en citas de jurisprudencias y normas pero en ninguna parte del acto administrativo se establece que las razones del retiro fueron para mejorar el servicio publico, pues no explica las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario nombrado en provisionalidad.
- Afirma el actor, que el alcalde de San Marcos – Sucre, procedió a nombrar en reemplazo de este, otra persona sin experiencia para el cargo, puesto que el manual de funciones y requisitos exige tres años de experiencia en áreas relacionadas con Administración de Empresas, Contaduría Pública o Economía; y el reemplazo acredita experiencias que no están relacionadas con las funciones del cargo de Profesional Universitario código 219 grado 06 y el accionante tenía mas de cuatro años de estar cumpliendo las funciones propias del cargo, lo que lo hace conocedor de las funciones del cargo. El funcionario que lo reemplazó no tiene experiencia en el cargo puesto que en la hoja de vida de éste, no acredita experiencia alguna.
- Manifiesta el demandante que en su hoja de vida cuenta con una experiencia en el cargo específico de más de cuatro años y de un excelente perfil. Sostiene además, que el Alcalde del municipio de San Marcos lo desvincula de su cargo mediante decreto 013 de 2012 y a otros empleados, nombrando en su reemplazo a Benjamín Zapa Álvarez, quien no tiene el perfil ni los requisitos del empleo de Profesional Universitario código 219 grado 07, porque no cuenta con la experiencia de tres años exigida por el manual de funciones y requisitos.
- Sostiene el actor que su hoja de vida es indicativo de que la razón de su insubsistencia no fue el mejoramiento del servicio, sino que obedece a fines diferentes, desvirtuándose la presunción de legalidad del acto acusado y por tal razón se debe anular el acto.
- Indica el actor que manejó su cargo con idoneidad, eficiencia y honestidad hasta cuando se produjo su retiro, y que para el momento de declaratoria de su

insubsistencia percibía una remuneración mensual de \$1.971.384 más sus prestaciones sociales.

- Dice el demandante que con su retiro se le violaron derechos fundamentales y legales, y además el Alcalde declaró insubsistentes a otros funcionarios que desempeñaban cargos con nombramientos provisionales, lo cual constituye un despido masivo.
- Afirma el actor que la administración municipal de San Marcos no dejó constancia en su hoja de vida sobre los hechos que sirvieron de causa para declarar su insubsistencia tal como lo ordena el artículo 26 del decreto 2400 de 1968.
- Por último sostiene el actor que el Alcalde de San Marcos – Sucre, antes de retirarlo, solicitó autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil para realizar el nombramiento en provisionalidad del cargo que estaba desempeñando, dando esta entidad respuesta a través del oficio 2012 EE-6759 del 15 de febrero de 2012, en el cual le informa que la solicitud de proveer el cargo del accionante en provisionalidad fue negada, pero que el Alcalde hizo caso omiso y declaró insubsistente el nombramiento del cargo desempeñado por el actor y nombró un reemplazo en provisionalidad.

1.1.2. Disposiciones Violadas.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: de la Constitución Nacional Arts. 1, 2, 25, 29, 53, 83, 90, 123, 125 y 209; de la ley: decreto - ley 2400 de 1968, ley 443 de 1998, decreto 1572 de 1998, ley 909 de 2004, decreto 1227 de 2005, ley 1437 de 2011 y demás normas concordantes.

1.1.3. Concepto de la violación.

Manifiesta la parte que se quebrantaron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección al trabajo, como derecho de los administrados, “los empleados públicos” tienen derecho a exigir del Estado que tanto los nombramientos como las desvinculaciones de sus servidores se hagan, con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario se generan irregularidades y desviaciones como las acontecidas en el caso sub – lite, donde la autoridad que expidió el acto administrativo referido, no sujetó las atribuciones a los cánones supraleales.

Sostiene que el acto administrativo demandado desconoce la obligación social que le asigna la Constitución a las autoridades de la República en relación con el trabajo, para luego no protegerlo y entrar a desconocer el derecho que el demandante tenía en cabeza, con el ejercicio de las funciones que le habían asignado. Así mismo, indica que el acto

administrativo acusado fue expedido por el Alcalde de San Marcos – Sucre en forma irregular pues en su parte considerativa no hay una referencia a los hechos y circunstancias facticas que motivaron el acto administrativo de insubsistencia.

Afirma el actor que fue nombrado en provisionalidad en el municipio de San Marcos Sucre, debido a que en la entidad el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 07 se encontraba vacante y mientras este se proveía a través de concurso. Que como no se ha convocado a concurso ni tampoco existe lista de elegible para el cargo, el demandante debió seguir desempeñando su cargo y no ser retirado de este si no existe justa causa para ello, hasta que este cargo fuera convocado a concurso de méritos y se fijara la lista de legible y su respectivo nombramiento en periodo de prueba, pero no proceder a retirarlo del cargo que desempeñaba en provisionalidad para nombrar a otro funcionario en provisionalidad y que no cumple con el requisito de la experiencia.

Argumenta que en el decreto 013 de 2012, en su parte considerativa el alcalde señala jurisprudencias y normas, pero no enumera y ni señala las causas, los hechos y los antecedentes que motivaron el retiro del demandante.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- El 10 de agosto de 2012 fue presentada en la oficina judicial la demanda y recibida por este despacho en la misma fecha².
- Por auto del 15 de agosto del 2012 se inadmitió la demanda³.
- La demanda fue admitida mediante auto del 24 de agosto de 2012⁴.
- La demanda fue notificada a las partes el 05 de septiembre de 2013⁵.
- Mediante traslado por secretaria se le dio traslado de las excepciones propuestas el 06 de septiembre de 2012.⁶
- La entidad demandada contestó la demanda el 08 de octubre de 2012⁷
- A través de auto del 31 de mayo de 2013 se fijó fecha para audiencia inicial⁸.
- El día 26 de junio de 2013 se llevó a cabo audiencia inicial, en la cual se decidió vincular al proceso en calidad de tercero al señor ARNOLDO JONÁS RAMIREZ CARDENAS, por lo cual se suspendió la diligencia hasta que el tercero interesado fuera notificado.⁹
- El día 30 de agosto de 2013 fue notificada la demanda al señor ARNOLDO JONÁS RAMIREZ CARDENAS.¹⁰

² Folio 156

³ Folio 158-160

⁴ Folios 156

⁵ Folios 161-167

⁶ Folio 168

⁷ Folio 109 cuaderno principal a folio 328 del cuaderno N° 2.

⁸ Folio 335

⁹ Folios 344-346

¹⁰ Folio 351

- Posteriormente, el día 20 de septiembre de 2013 el señor RAMIREZ CARDENAS, presentó memorial suscrito por el mismo, contestando la demanda, el mismo se tuvo por no contestada por no haberse presentada a través de apoderado.¹¹
- A través de auto de fecha 15 de noviembre de de 2013 se fijó fecha para continuación de audiencia inicial¹².
- El día 6 de marzo de 2014 se llevó a cabo continuación de audiencia inicial, en la cual no hubo excepciones que decidir, se fijó el litigio, se surtió la etapa de conciliación, se decretaron pruebas y se fijó fecha para audiencia de pruebas¹³.
- Mediante autos del 27 de mayo de 2014 y 2 de julio de 2014, se fijo nuevas fecha para la audiencia de pruebas.¹⁴
- El 28 de agosto de 2014 se realizó audiencia de pruebas en la cual se incorporaron pruebas requeridas, y se ordeno correr traslados para alegar por el término de 10 días.¹⁵
- El apoderado de la parte demandante el 08 de septiembre de 2014¹⁶ presento memorial con sus alegatos de conclusión; lo propio hizo el apoderado de la entidad demandada el 11 de septiembre de 2014.¹⁷

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- **Municipio de San Marcos, Sucre¹⁸**

La Entidad demandada contestó la demanda dentro del término conferido, a lo cual indicó:

Frente a los hechos:

- En consideración al hecho primero, es cierto parcialmente, por cuanto fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción,
- Frente al hecho segundo no es cierto parcialmente.
- Frente al hecho tercero manifiesta ser cierto.
- Manifiesta frente al hecho cuarto no ser cierto, es carente de toda veracidad, toda vez que el acto administrativo fue debidamente motivado.
- Frente al hecho quinto, séptimo, octavo, once, doce, trece y catorce no son ciertos.
- Indica que el hecho sexto, y noveno no es un hecho, sino un concepto personal del demandante.
- Frente al hecho décimo se atiene a lo que se pruebe.

¹¹ Folios 357-401

¹² Folio 402

¹³ Folios 405 -412

¹⁴ Folio 481 y 490

¹⁵ Folios 497-502

¹⁶ Folios 509-520

¹⁷ Folios 521-540

¹⁸ Folios 169-328

Frente a las pretensiones:

Manifiesta que se opone a todas y cada una de las solicitadas con la demanda, y en su lugar solicita se absuelva a su representada de todo cargo y se condene a demandante en costas y agencias en derecho.

Manifiesta la entidad demandada que el decreto 013 del 16 de enero de 2012, en el que se desvincula del cargo que venía ejerciendo el demandante se encuentra ajustado a la Constitución Nacional, la Ley y la jurisprudencia, adecuado a condiciones facticas, debidamente motivado en razones de mejoramiento del servicio y profesionalización de la entidad, así como el respectivo decaimiento del acto administrativo que le dio origen al nombramiento del demandante (decreto 048 del 01 junio de 2011).

El demandante acredita en su hoja de vida título de profesional universitario como Contador Público, sin que se acredite especialidad alguna, que permita suponer las condiciones para responder al proceso de mejoramiento, modernización y profesionalización del servicio, condición que si reúne el currículo del señor AURELIO BENJAMIN ZAPA ALVAREZ, quien acredita título universitario de Economista y especialización en Administración Financiera, es decir se encuentra preparado para el proceso puesto en marcha.

La entidad demandada hace referencia al comportamiento en el desempeño de las funciones del demandante no fueron las idóneas. Estas son: administrar, dirigir, controlar y evaluar el desarrollo de los programas, los proyectos y las actividades de la dirección del presupuesto general del municipio, entre otras que menciona la demandada.

Así mismo expone que en la vigencia de los años 2008, 2009, 2010 y 2011, no se envió la información relacionada con la categoría presupuestal constituyéndose una omisión por parte del demandante; que en el 2008 y 2009 no pudo categorizar al municipio de San Marcos por la inexistencia de la certificación que debía expedir la Contraloría General de la Republica a mas tardar el 31 de julio de cada año. En los años 2010 y 2011 los gastos de funcionamiento se situaron en el 83.90% y 89.03%, es decir que el municipio de San Marcos violó los límites de gastos estatuidos en la ley 617 de 2000, además de esto existen otras falencias administrativas atribuidas al demandante.

Por otra parte el demandado hace alusión al decaimiento del acto administrativo basándose en normas de orden legal y en pronunciamientos de jurisprudenciales como la sentencia C-069 de 1995.

-Arnoldo Jonás Ramírez Cárdenas¹⁹ como tercero interesado:

¹⁹ Folios 357-401

La misma se tuvo por no contestada toda vez, que fue el mismo señor RAMIREZ CÁRDENAS, quien presento el memorial contestando la demanda, teniéndolo que hacer a través de apoderado.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

-La parte demandante²⁰: manifiesta que el decreto 013 del 16 de enero de 2012, fue expedido por el Alcalde de San Marcos de forma irregular e ilegal, pues en su parte considerativa no hay una referencia a los hechos y circunstancias facticas que motivaron el acto administrativo de insubsistencia.

Sostiene que fue nombrado en provisionalidad debido a que en la entidad el cargo de Profesional Universitario se encontraba vacante y mientras este se proveía a través de concurso.

Trae a colación el actor jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en donde explica que para que un acto de desvinculación se considere motivado, es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa en él, las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario nombrado en provisionalidad. Seguidamente explica que no basta con llenar páginas con información, doctrina o jurisprudencia que poco o nada se relacionan con el asunto en particular, luego en uno o dos párrafos decir que “por los motivos expresados”, se declara insubsistente el nombramiento, que fue lo que hizo la administración del municipio de San Marcos – Sucre.

Alega el actor que como no se ha convocado a concurso ni tampoco existe lista de elegibles para el cargo de Profesional universitario, debió seguir desempeñando su cargo hasta que este fuera convocado a concurso de meritos y se fijara la lista de elegibles y su posterior nombramiento, pero no a proceder a retirarlo del cargo que desempeñaba en provisionalidad para nombrar a otro funcionario en provisionalidad. Así mismo argumenta que el retiro del cargo se dio por motivos políticos buscando satisfacer intereses subjetivos culminando así en desviación de poder.

Sostiene que el cargo desempeñado de Profesional Universitario es un cargo de carrera administrativa y no como lo quiere hacer ver el demandado que es un cargo de libre nombramiento y remoción.

-La entidad demandada²¹:

²⁰ Folios 504-520

²¹ Folios 521-540

La parte demandada reitera su oposición a todas y cada una de las pretensiones del demandante. Argumenta que el Decreto 013 del 16 de enero de 2012 proferido por el alcalde de San Marcos -Sucre se encuentra ajustado a la Constitución, las leyes y la jurisprudencia conforme a las situaciones fácticas del caso.

Manifiesta que el demandante no cumplió con el desempeño y las metas del empleo al no enviar los informes trimestrales y anuales oportunamente a la Contraloría General de la Republica tal y como lo demuestra en los anexos presentados, y sobrepasar los límites de gastos de ingreso corrientes de libre destinación expedidos por la Contraloría General de la Republica para la vigencia fiscal 2010 y 2011, sobrepasándose del 80% de los recursos destinados para tales vigencias.

Respecto a los testimonios presentados por el señor ex -alcalde del municipio de San marcos – Sucre, manifiesta que están llenos de afinaciones políticas y partidistas con el fin de favorecer al demandante, demostrándose así la parcialidad del testigo. Afirma que la declaración del señor Eder Ealo Álvarez esta inmersa en retaliaciones partidistas y alejadas de la realidad, que se contradicen con las certificaciones y requerimiento efectuados por la Contraloría General de la Republica.

Menciona el demandado que en la contestación de la demanda se encuentra explicado lo concerniente al decaimiento del acto administrativo y los demás asuntos debatidos en la demanda, solicitando así desestimar las pretensiones de la demanda.

El ministerio público: la representante del Ministerio Publico no hizo presentación de alegatos de conclusión.

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA:

El juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causal de nulidad que invalide lo actuado.

2.2.- ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se pretende la nulidad del **decreto 013 del 16 de enero de 2012** expedido por el de San Marcos - Sucre; mediante el cual se da por terminado el nombramiento provisional del señor **EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA**, y en consecuencia se hace un nuevo nombramiento en provisionalidad.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO:

De acuerdo a los planteamientos de las partes el problema jurídico a resolver se plantea de la siguiente manera: ¿Si el Decreto 013 del 16 de enero de 2012, que dispuso el retiro del servicio del actor por la declaratoria de insubsistencia, se encuentra viciado de nulidad por carencia o falta de motivación?

Para desentrañar el asunto, es menester, precisar, ¿Si el cargo ocupado de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 219 Grado 07, desempeñado por el señor EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA, corresponde o responde a las características que la Ley asigna a los empleos de libre nombramiento y remoción, entendiéndose claro está, que dicha clasificación no queda sujeta al arbitrio del empleador público, sino que responde a unas connotaciones especiales, como se pasa a ver?

En aras de resolver el conflicto traído a sede judicial, se seguirá el siguiente hilo conductor:
i) Empleados públicos de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción; ii) Caso concreto.

2.4 EMPLEADOS PÚBLICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y LOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:

De conformidad con las normas que regulan el ingreso a la función pública, la clasificación de cargos, responde a empleados de carrera, empleados de libre nombramiento y remoción, de elección popular, trabajadores oficiales y empleados temporales, lo cual se deriva de la redacción del artículo 125 de la Constitución Política, teniendo como norte, que la generalidad indica que los cargos sean de carrera; es así que en el artículo 209 de la Constitución Política encontramos:

“De la función pública.

Art. 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.”

Sobre los derechos de carrera, la misma Constitución Política institucionaliza esta figura al preceptuar:

“Artículo 125. Carrera Administrativa. 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.”.

Ahora bien el artículo 313, numeral 6º de la Constitución Política, dispone:

“Corresponde a los Concejos:

...

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

A su turno, establece el artículo 315, numeral 7º, ibídem:

“Son atribuciones del alcalde:

(...)

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

Así mismo, las leyes 3 y 11 de 1986 sobre régimen departamental y municipal incorporan sustancialmente o remiten al estatuto básico del orden nacional para las entidades descentralizadas. Reiterando simplemente el criterio de clasificación del orden nacional, según el cual quienes laboren en la administración central territorial en el ejercicio de funciones administrativas, son por norma general, empleados públicos, excepto los de construcción y sostenimiento de obras públicas, quienes son trabajadores oficiales.

Es por esto que en el Estatuto Básico de la Administración Municipal o ley 11 de 1986 dispone:

“artículo 38. Corresponde a los concejos, a iniciativa del Alcalde respectivo, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y

dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos. Estas mismas funciones serán cumplidas por los Concejos respecto de los empleos de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías también corresponde a los Concejos.

Artículo 39: La determinación de las plantas de personas de las Alcaldías, Secretarías y de sus oficinas y dependencias, corresponde a los Concejos, a iniciativa de los respectivos Alcaldes. La creación, supresión y fusión de empleos de las Contralorías, Auditorías, Revisorías, Personerías y Tesorerías también corresponde a los Concejos.

La función a que se refiere el inciso anterior se cumplirá con sujeción estricta a las normas que expidan los Concejos sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos, y sin que se puedan crear a cargo del tesoro municipal obligaciones que superen el monto fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para el pago de servicios personales, es decir, que para estos efectos no se pueden hacer traslados ni adiciones presupuestales.

Artículo 40: Las funciones a que se refieren los artículos anteriores, en el caso de entidades descentralizadas municipales, serán cumplidas por las autoridades que señalen sus actos de creación o sus estatutos orgánicos.

Artículo 41: El régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos municipales será el que establezca la ley, que también dispondrá lo necesario para que dentro del marco de su autonomía administrativa, los municipios provean al reconocimiento y pago de dichas prestaciones.

Artículo 42: Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los Establecimientos públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-493 de 1996.)

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales y en las Sociedad de Economía Mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Artículo 43: Los empleados públicos se rigen por las normas de la ley y las demás disposiciones que, en desarrollo de ésta, dicten las autoridades municipales competentes. Los trabajadores oficiales por la ley, las cláusulas del respectivo contrato y la convención colectiva de trabajo, si la hubiere.

Parágrafo: Las situaciones jurídicas laborales definidas por disposiciones municipales, no serán afectadas por lo establecido en los artículos 41 y 42 de la presente ley.

Artículo 44: La expedición de actos relacionados con el nombramiento, remoción y creación de situaciones administrativas del personal que presta sus servicios en la administración central

de los municipios, corresponde a los Alcaldes. Estas atribuciones las podrán delegar conforme a las autorizaciones que para el efecto reciban de los Concejos.

La administración del personal subalterno de los funcionarios que elijan los Cabildos, corresponde a dichos funcionarios.

Artículo 45: La administración de personal por las autoridades a que se refiere el artículo anterior, se hará con sujeción a los principios y normas que consagren la ley y las disposiciones que en desarrollo de éstas dicten las autoridades locales sobre vinculación al servicio público, requisitos para el desempeño de determinados empleos, permanencia en el cargo, régimen disciplinario, ascensos por mérito y antigüedad y retiro o despido por causas legales.

Artículo 46: Los acuerdos de los Concejos señalarán calidades para el desempeño de los cargos de jefes de las oficinas municipales de planeación o de las dependencias que hagan sus veces.” (Negrillas propias)

Ahora, el ingreso a la función pública en cargos de carrera administrativa obedecen al principio al mérito, a través de los concursos que para el efecto se convoquen, no obstante las vacantes transitorias pueden ser provistas, mediante nombramiento en encargo y la figura de la provisionalidad, el último de los cuales responde a la discrecionalidad del nominador en cuanto a la designación, más no al retiro, por cuanto la tesis actual, fundada en la vigencia de la Ley 909 de 2004, apunta a que su retiro del servicio es reglado, dada la necesidad de motivación²².

En cuanto a los cargos de libre nombramiento y remoción, su nombramiento es ordinario y responde, a la discrecionalidad del nominador, la designación y el retiro.

La Ley 909 de 2004, mediante la cual **se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones**, en su artículo primero, luego de definir el objeto de la misma estableció que 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.

Asimismo, el artículo 3º ibídem al indicar el campo de aplicación de dicha norma en su literal C señaló:

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

²² Criterio de estabilidad intermedia que pregonaba el precedente de la Corte Constitucional.

El artículo 5°, al referirse a la clasificación de los empleos públicos estipuló:

“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:

(.....)

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

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

(:::)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

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 Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

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

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

Se puede apreciar que la normatividad reguladora de la función pública establece como regla general, los cargos son de carrera y de forma excepcional de libre nombramiento y remoción²³, los cuales responden al desarrollo de dos criterios identificadores a saber: I) dirección, conducción y orientación; II) especial confianza; II) manejo de dinero y bienes.

Cuando el criterio a analizar es el de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, los cargos de libre nombramiento y remoción en Administración Descentralizada del Nivel Territorial se circunscribe a *Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente;*

²³ En sentencia T- 372 de 2012, la Corte Constitucional señaló que, “el artículo 125 de la Constitución establece la regla general de la carrera administrativa para proveer los empleos públicos, siendo los de libre nombramiento y remoción una excepción que debe ser creada y definida por la ley”

Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces.

Cuando el análisis debe hacerse desde el criterio de especial confianza, los cargos de libre nombramiento y remoción de la Administración Descentralizada del Nivel Territorial serán aquellos que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo del Director o Gerente de la Empresa, presidente o director.

Cuando el ejercicio del cargo comporta la administración y manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, la norma no enlista los cargos, como en los acápite anteriores, razón por la cual será el análisis de funciones las que determinen si el cargo ejercicio corresponde por su naturaleza a uno de libre nombramiento y remoción.

Visto lo anterior, salta una primera conclusión y es que el cargo de profesional universitario desempeñado por el actor escapa de los dos primero criterios identificadores de la denominación de libre nombramiento y remoción, puesto que no está enlistado en el numeral 2° literal A del mencionado artículo 5°, puesto que la norma se refiere es al criterio de dirección, conducción y orientación institucionales, como tampoco de asistencia o asesoría, ya que no estaba adscrito al Despacho del Alcalde Municipal.

En este punto destaca el despacho, que de conformidad con el Decreto 785 del 17 de marzo de 2005, por el cual se establece el sistema de funciones y requisitos generales de los empleos públicos de la entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, en su artículo 3 define los niveles jerárquicos según la naturaleza de las funciones, señalando que los empleos se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: NIVEL DIRECTIVO, NIVEL ASESOR, NIVEL PROFESIONAL, NIVEL TECNICO, NIVEL ASISTENCIAL.

Determinándose en el artículo 4 ídem, que el nivel profesional, agrupa a los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

Decantado lo anterior, resulta necesario entonces, acudir al literal C del artículo 5 de la Ley 909 de 2004, a fin de establecer si las funciones desarrolladas por el demandante como Profesional Universitario de la entidad implicó *la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.*

Para el efecto, se transcriben las funciones generales propias del PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 219 Grado 07:

“FUNCIONES GENERALES

- 1. Administrar, dirigir, controlar y evaluar el desarrollo de los programas, los proyectos y las actividades de la dirección del presupuesto General del Municipio y del personal a su cargo.*
- 2. Llevar el libro de control de la ejecución presupuestal del municipio.*
- 3. Expedir los certificados de disponibilidad cada vez que se quiera.*
- 4. Coordinar, programar y evaluar los programas relacionados con el manejo de los cursos financieros.*
- 5. Llevar el registro de la deuda Publica del Municipio.*
- 6. Trabajar por una mejor programación, utilización y canalización de los recursos físico y financieros del municipio.*
- 7. Elaborar en coordinación con la Oficina de Planeación y con la participación de las demás dependencias de la Administración el Plan Financiero, el proyecto del Presupuesto Municipal y el Plan Anual mensualizado de Caja.*
- 8. Asesorar al Concejo Municipal en el estudio del proyecto de presupuesto asistiendo a las comisiones del presupuesto con el objeto de suministrar datos e informaciones, de orientar la formación de los proyectos de reformas que se propongan y de coordinar las labores de la administración y del ente coordinador sobre la materia.*
- 9. Controlar los formularios de registro, preparación y presentación de los estados e informes financieros del Municipio, de acuerdo con las normas establecidas.*
- 10. Diseñar y actualizar de acuerdo con las normas vigentes, los manuales de presupuesto y contabilidad.*
- 11. Asistir a las directivas del municipio en la adecuada aplicación de las normas y procedimientos referidos al ámbito presupuestal.*
- 12. Promover e implantar los procedimientos e instrucciones requeridas para mejorar la presentación de los servicios a cargo de la Oficina de Presupuesto y Contabilidad.*
- 13. Rendir los informes que se les soliciten además de los que deben presentarse acerca de la marcha del trabajo en la Oficina de Presupuesto y Contabilidad.*
- 14. Desempeñar las demás funciones por la autoridad competente de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del empleo, y con la formación y adiestramiento del titular del cargo.*
- 15. Tener sentido de pertenencia con la institución y comportamiento laboral.”²⁴*

Visto lo anterior, si bien el actor en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 219 Grado 07, tiene como dependencia la oficina de presupuesto y contabilidad; las funciones del cargo no comprendían las de la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del estado, por manera que, por descarte de criterios identificados, y en

²⁴ Visible a folios 68-69

atención a la regla traída por el artículo 125 de la Constitución Política, el cargo de profesional universitario es de carrera administrativa y por ende, el nominador no pueda disponer libremente de la plaza. Sobre este aspecto resulta categórico lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-514 de 1994:

"Dedúcese de lo expuesto que, siendo la regla general la de la 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 requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata (...).

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. (Subrayas fuera del texto).

En orden de lo dicho, el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 219 Grado 07, ocupado por el actor y del cual fue declarado insubsistente por el Alcalde del Municipio de San Marco, mediante el acto administrativo cuya nulidad se invoca, al corresponder a carrera administrativa y por consiguiente como no se accedió al servicio público a través de concurso, la designación se entienda realizada en provisionalidad.

Ahora bien, El nombramiento en provisionalidad procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa, cuando el cargo no pueda ser provisto mediante encargo con empleados de carrera administrativa. Por ello, es concebido como un mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, evitando la paralización de las funciones públicas.

Su rasgo distintivo a lo largo de su regulación normativa hasta llegar a la Ley 909 de 2004²⁵, ha sido la temporalidad de la designación, característica que se mantiene invariable.

²⁵ Decreto 2400 de 1968, Ley 61 de 1987, Ley 27 de 1992, Ley 443 de 1998 artículo 43, entre otros.

Característica que ha sido reseñada por la Corte Constitucional en sentencia C-733 del 2005, así:

*“(…)Ahora bien, en lo que concierne a la provisionalidad, entendida **esta como una forma de vinculación laboral con el Estado de carácter precario**, mediante la cual, sin mediar un concurso de méritos, se surte un cargo de carrera administrativa pero sin encontrarse inscrito en ella ni gozar de los derechos que la misma otorga, la Corte se ha pronunciado en el sentido de que (i) el legislador no puede establecer que quienes se encuentren nombrado en provisionalidad ingresen inmediatamente en carrera; (ii) para efectos de autorizar a las entidades públicas, la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, la valoración de las circunstancias que dieron lugar a la prórroga, deben ser debidamente motivadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil; (iii) la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad; (iv) más sin embargo, por tratarse de una situación administrativa excepcional debe prolongarse por el tiempo necesario para que, de acuerdo con ese régimen de carrera, éste sea desempeñado por una persona que se ha sometido a todo el proceso de selección previo al ingreso o por un funcionario de libre nombramiento y remoción, si el cargo es de esa naturaleza²⁶*

El nombramiento o la designación de los empleados en provisionalidad obedece a criterios de discrecionalidad del empleador, sin embargo y de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, es reglada la competencia para su retiro del servicio y deberá efectuarse mediante acto motivado.

En sentencia del 23 de septiembre de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No. 0883-08, se plantea la tesis según la cual a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la competencia para el retiro o insubsistencia de los empleados provisionales es reglada, exigiendo de un acto motivado, bajo las siguientes consideraciones:

*“(…) La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las*

²⁶ En la sentencia C- 077 de 2004, la Corte igualmente expuso que *“(…) Con el fin de evitar que el nombramiento provisional pierda su atributo de temporalidad y se convierta en permanente, dejando de ser tal, y que vulnere el mandato constitucional sobre aplicación de la carrera en los cargos del Estado, lo mismo que el derecho de acceso de todas las personas a ellos en igualdad de condiciones, el legislador debe establecer límites y condiciones para su utilización (...)”*

*causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)”²⁷*

En ese orden, la jurisprudencia del Consejo de Estado enseña que la desvinculación de un empleado en provisionalidad ocupando cargo de carrera, queda con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 amparado por el párrafo segundo del artículo 41 ídem, por tanto su retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia obedece a un acto motivado.

Por su parte, la Corte Constitucional, en diversas sentencias de las cuales es plausible rescatar la sentencia SU-917/10²⁸, ha sentado un precedente fuerte y sólido, sobre la motivación de los actos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad, señalando que su situación no es asimilable a los empleados de libre nombramiento y remoción y por ende, su retiro del servicio es reglado y consecuentemente su acto de desvinculación por declaratoria de insubsistencia motivado, en razones claras, objetivas, detalladas y precisas²⁹. Ha dicho el Tribunal Constitucional, que si bien no gozan los provisionales de derechos de carrera, les asiste la garantía de la expresión de los motivos de su insubsistencia, pero aclarando que su estabilidad no deviene de la aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

Recapitulando en el sub iudice, la parte actora pretende el reintegro al cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 219 Grado 07, que ocupaba en la Oficina de Presupuesto y Contabilidad del Municipio de San Marcos, Sucre, mediante nombramiento efectuado en provisionalidad y del cual fue declarada insubsistente sin motivación alguna del acto de retiro.

2.5. ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA EN EL CASO CONCRETO:

La Parte Demandante aduce que la laboró al servicio del Municipio de San Marcos, como Profesional Universitario (Jefe de Oficina de Presupuesto y Contabilidad) código 219 Grado 07; posesionado el 01 de enero de 2008, y retirado del servicio mediante decreto 013 del 16 de enero de 2012 por declaración de insubsistencia. Arguye que era empleado de carrera administrativa y que no se cumplió sobre la normatividad estipulada para la declaratoria de insubsistencia.

Para fundamentar su petición se recolectó el siguiente material probatorio:

²⁷ Ver asimismo, Consejo de Estado, Sección Segunda, 12 de octubre de 2011, Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01435- 01(0451-11), Actor: MARIA VIALO DEL SOCORRO GARCIA CASTAÑEDA, Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO BERRIO, HOSPITAL DE LA CRUZ.

²⁸ “La Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión”. Se pueden revisar asimismo, las siguientes providencias de la Corte Constitucional, sentencia T-800 de 1998, T 610 de 2003, T 884 de 2010, SU 691 de 2011.

²⁹ Ver sentencia T- 147 de 2013.

- Decreto 010 del 1° de enero de 2008 proferido por el Municipio de San Marcos - Sucre; por medio de la cual se hace un nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción en el cargo de Profesional Universitario con personal a cargo (Jefe de Oficina y Presupuesto Contabilidad) del demandante.³⁰
- Acta de posesión Nro. 143 del señor EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA, en el cargo de JEFE DE PRESUPUESTO Y CONTABILIDAD, CÓDIGO 219, GRADO 07, de la planta de personal de la Alcaldía del municipio de San Marcos –Sucre, nombrado en propiedad desde el 01 de enero de 2008³¹.
- Decreto No. 048 del 1° de junio de 2011, proferido por el alcalde de San Marcos – Sucre en el que se cambia la naturaleza del cargo de libre nombramiento y remoción del actor (Jefe de Oficina de Presupuesto y Contabilidad) con código 219 grado 07, pasando a ser de carrera administrativa y en el cual se le nombra en provisionalidad.³²
- Decreto 013 de 2012 suscrito por el Alcalde de San Marcos – Sucre en el cual se declara insubsistente el nombramiento en provisionalidad del señor EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA, como Profesional Universitario Código 219 Grado 07 adscrito a las oficinas de Presupuesto y Contabilidad del municipio de San Marcos - Sucre.³³
- Copia de la comunicación de retiro del actor emanada por el Alcalde de San Marcos – Sucre fechado del 17 de enero de 2012³⁴
- Certificación de tiempo de servicios y salario del actor, expedidos por el municipio de San Marcos - Sucre³⁵
- Oficio Nro. 2012EE- 6759, expedido por el Gerente de Provisión de Empleo Publico 01 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el que se niega autorización de nombramiento en provisionalidad.³⁶
- Hoja de vida del demandante.³⁷
- hoja de vida del señor Aurelio Benjamín Zapa Álvarez.³⁸
- Circular No. 29 de 2007, emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el que se explica el procedimiento para autorizaciones de nombramientos provisionales y encargos en vacancia definitiva³⁹.
- Decreto 4968 de 2007, el cual modifica el artículo 8° del decreto 1227 de 2005⁴⁰.

³⁰ Folios 34 y 226/226

³¹ Folio 35

³² Folios 36-27/211-213

³³ Folios 39 – 44 y 234 - 239

³⁴ Folio 45

³⁵ Folios 46

³⁶ Folio 50.

³⁷ Folios 51 – 111.

³⁸ Folios 112 – 154.

³⁹ Folios 215 – 216.

⁴⁰ Folio 217.

- Decreto 036 de 2012, suscrito por el alcalde de San Marcos Sucre, en el que se revoca el decreto 048 del 1° de junio de 2011 en lo concerniente a la modificación de los Decretos 010 y 012⁴¹.
- Decreto 106 de 2012 suscrito por la el municipio de San Marcos – Sucre, en el cual motiva un acto administrativo contenido en el decreto 013 de 2012⁴².
- Copia de la sentencia de tutela de fecha 22 de agosto de 2012, emitido por el Juzgado Promiscuo de Familia de San Marcos –Sucre, en el que ordena los efectos del decreto No. 013 del 28 de febrero de 2012⁴³.
- Decreto 099 de diciembre 28 de 2010 en el cual se ajusta el manual de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la alcaldía de San Marcos –Sucre⁴⁴.
- Decreto 036 de 2011, en el cual se fija la planta que funcionará en la Alcaldía Municipal de San – Marcos para la vigencia fiscal 2011⁴⁵.
- Derecho de petición de fecha 18 de enero de 2012 suscrito por el demandante, en el cual informa que sigue ejerciendo sus funciones con el municipio de San Marcos⁴⁶.
- Respuesta a solicitud de fecha 18 de enero de 2012, proferida por el Alcalde de San Marcos – Sucre, en la cual le informa que el retiro del actor se dio de forma automática⁴⁷.
- Copia de solicitud de revocatoria de decreto No. 048 del 1 de junio de 2011, suscrito por Hernán Martín López Villalba y Aurelio Benjamín Zapa Álvarez⁴⁸
- Copia de requerimiento de información sobre autorizaciones de nombramientos en provisionalidad suscrito por la CNSC de fecha 10 de abril de 2012⁴⁹.
- Respuesta a solicitud de la CNSC, de fecha 7 de mayo de 2012 suscrita por el Alcalde del municipio de San Marcos – Sucre⁵⁰.
- Copia de certificación expedida por la Contraloría General de la Republica en la cual el municipio de San Marcos -Sucre recaudo para la vigencia fiscal 2011 \$2.419.105⁵¹.
- Copia de certificación expedida por la Contraloría General de la Republica en la cual el municipio de San Marcos -Sucre recaudó para la vigencia fiscal 2010 \$2.320.868⁵².

Pues bien, acorde con el material probatorio arrimado se tiene acreditado en el plenario que el señor VERGARA VERGARA fue nombrado en el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 07, de la Oficina de Presupuesto y Contabilidad del municipio de San Marcos, Sucre, mediante Decreto Nro. 010 del 1 de enero de 2008, cargo del cual tomó

⁴¹ Folios 227 - 233

⁴² Folios 240 – 247.

⁴³ Folios 248 – 267.

⁴⁴ Folios 268 – 269.

⁴⁵ Folios 270 - 281

⁴⁶ Folios 283 - 284

⁴⁷ Folios 285 - 294

⁴⁸ Folio 300

⁴⁹ Folio 311 - 312

⁵⁰ Folio 314 – 326.

⁵¹ Folio 327

⁵² Folio 328

posesión el 01 de enero de la misma anualidad, el cual como vimos, escapa de la clasificación de Libre Nombramiento y Remoción, comportando un cargo de carrera Administrativa, en el cual el actor estuvo nombrado en provisionalidad.

Igualmente está demostrado que por medio del Decreto 013 de 2012, el alcalde municipal de San Marcos, Sucre; retira del servicio al actor por declaratoria de insubsistencia de su nombramiento como Profesional Universitario Código 219 Grado 07. Para esta fecha, se encontraba surtiendo efectos la Ley 909 de 2004.

De los testimonios rendidos por los señores CECILIO ACOSTA BRAVO⁵³, EDER ENRIQUE ELAO ALVAREZ⁵⁴, y EDUARDO ANTONIO MARTÍNEZ MARQUEZ⁵⁵, se desprende del primer testimonio quien era el alcalde del municipio por los años 2008-2011, que el accionante desempeñó de forma eficiente sus funciones, que entregaba los informes a tiempo, que el actor no tuvo llamados de atención, y que el accionante fue retirado por razones políticas. Del testimonio rendido por el señor ELAO ALVAREZ, se puede concluir que es amigo del actor, y que conoce que existió una persecución política por parte del nuevo alcalde; y del último testimonio esto es del señor MARTINEZ MARQUEZ, quien menciona ser economista, y actualmente se desempeña como asesor externo de la parte financiera de los municipios de Sampués y San Marcos, adiciona que se desempeñó en el cargo del accionante en la administración para los años 2004 al 2007, que desconoce si existió un estudio previo para declarar la insubsistencia del accionante, ni tampoco que haya una persecución política.

De conformidad con los antecedentes normativos y jurisprudenciales citados líneas atrás, la declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad para ocupar cargos de carrera, es facultad reglada en el sentido que el acto de retiro debe ser motivado.

El Decreto 013 de 2012, mediante la cual se declaró insubsistente el actor, es del siguiente tenor literal,

“ *CONSIDERANDO:*

Que en la planta de personal de la Alcaldía municipal de San Marcos, Sucre, se encuentran dos (02) cargos de profesional universitario con personal a cargo, código 219, grado 07, adscrito a las dependencias de presupuesto y UMATA administrativa.

Que el señor EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA. Identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 10.880.704, ejerce como titular en provisionalidad del cargo Profesional Universitario, código 219 Grado 07 de JEFE DE OFICINA DE PRESUPUESTO Y CONTABILIDAD, de la alcaldía municipal de San Marcos- Sucre, de acuerdo al contenido del Decreto 048 de junio 01 de 2011, por el término de seis (6) meses.

⁵³ Testimonio visible a folio 502 Cd. 1. min. 12:01-20:02

⁵⁴ Testimonio visible a folio 502 Cd 1. Min. 22:34-37:61

⁵⁵ Testimonio visible a folio 502 Cd 1 y 2. Min. 44:09-55:00 ; 00:01-17:10

Que el señor EDWIN DE JESUS VILLERA PANIZA, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 92.520.407, ejerce como titular en provisionalidad del cargo Profesional Universitario, Código 219 Grado 07 como JEFE DE LA UNIDAD MUNICIPAL DE ASISTENCIA TÉCNICA-UMATA, de la alcaldía Municipal de San Marcos-sucre, de acuerdo al contenido del decreto 048 de junio 01 de 2011, por el término de seis (06) meses.

Que este Despacho continúa haciendo presentación de las siguientes consideraciones, no sin antes Definir:

1. *Clasificación de los empleos: La constitución política, en su artículo 125 enseña que los empleos públicos en Colombia son, por regla general, de carrera y que los demás tipos de empleos allí señalados constituyen la excepción. Dispone además que el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera deban fundarse exclusivamente en el mérito de los candidatos, que se verificará a través de concursos públicos. Por su parte, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 desarrolla este principio constitucional.*

2. *Provisión de los empleos: Mientras se surte el proceso de selección para proveer los empleos de carrera, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos, siempre y cuando acrediten los requisitos de que trata el artículo 24 de la Ley 909. Cuando se surten tales encargos, si las vacantes temporales no pueden ser provistas con personal de carrera, éstas podrán ser provistas en forma provisional sólo por el tiempo que duren las situaciones administrativas en que se encuentren sus titulares.*

3. *Autorización para provisión de empleos con nombramiento provisional: Por razones de estricta necesidad y con el fin de evitar afectación en la prestación del servicio, el jefe del organismo podrá solicitar a la CNSC y ésta podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso y en las vacancias temporales generadas por el encargo se podrá efectuar nombramiento provisional (art. 44 Decreto Ley 760 de 2005).*

El decreto 1937 de 2007, que modificó el artículo 8 (...)

4. *La movilidad laboral en el sector público: Otro principio de rango constitucional es el de la movilidad laboral de los empleados del Estado, el cual está relacionado con los principios de la función administrativa y con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, (...)*

3. *Potestad nominadora*

Es la facultad de proveer empleos públicos observando las disposiciones para su ejercicio de conformidad con la naturaleza jurídica de empleo correspondiente, está facultado en el caso de los municipios y distritos se halla en cabeza de los alcaldes o de los titulares de las entidades descentralizadas (...)

Que revisadas las hoja de vida de los señores EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 10.880.704, ejerce como titular en provisionalidad del cargo Profesional Universitario, código 219 Grado 07 de JEFE DE OFICINA DE PRESUPUESTO Y CONTABILIDAD, y EDWIN DE JESUS VILLERA PANIZA, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 92.520.407, ejerce como titular en provisionalidad del cargo profesional universitario, código 219 Grado 07 como JEFE DE LA UNIDAD MUNICIPAL DE ASISTENCIA TÉCNICA-UMATA, de la planta global de la alcaldía Municipal de San Marcos- Sucre, no encontraron actos administrativos que les den vinculación a empleos de carrera administrativa, de acuerdo a lo normado en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005.

(...)

Que si aplicamos los mismos, al caso sub-examen, se concluye irrefragablemente que las razones plasmadas en el presente documento, constituyen suficientes razones no solo de interés general, sino también de índole jurídicas-administrativas, para proceder a declarar la insubsistencia de los señores EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA, identificado con la cédula de ciudadanía 10.880.704 y EDWIN DE JESUS VILLERA PANIZA, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 92.520.407 y así evitar la afectación en la prestación del servicio. (...)⁵⁶

Para este despacho, la simple lectura del acto administrativo permite arribar a la conclusión que el Decreto 013 de 2012, está viciada de nulidad por falta de motivación, por cuanto a lo largo de estos considerandos se dejó sentado que, para retirar del servicio a un empleado nombrado en provisionalidad, se debe expedir un acto debidamente motivado, por cuanto la competencia para llevar a cabo tal fin, es reglada.

Corolario de lo expuesto, es clara la ausencia total de motivación del acto administrativo acusado, razón suficiente para declarar la nulidad del Decreto 013 de 2012 proferida por el alcalde del municipio de San Marcos, Sucre.

Si bien, la entidad demandada dentro de la contestación de la demanda, argumento que la declaración de insubsistencia se debió a un mejoramiento del servicio, toda vez que de acuerdo a pruebas aportadas al plenario, el accionante no remitió en debida forma, y en tiempo documentación a la Contraloría General de la República, para poder certificar al municipio fiscalmente. Dicho argumento, no fue el plasmado dentro del acto administrativo que lo declaro insubsistente y que es hoy objeto de debate.

Por otro lado, en consideración al señor **Arnoldo Jonás Ramírez Cárdenas**, quien fue notificado en debida forma, pero a quien se le tuvo por no contestada la demanda, porque no lo hizo mediante apoderado judicial; por lo cual no le fue violado su derecho de defensa, así mismo no acreditó estar en mejor derecho que el accionante, es decir, estar nombrado por medio de concurso; sino en la misma situación de este es decir nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera; en virtud de este planteamiento se procederá al:

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Corolario de todo lo expuesto, deviene la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por lo que se declarará la nulidad del Decreto 013 del 16 de enero de 2012 en lo relacionado con la de insubsistencia del cargo del Actor y el consecuente restablecimiento del derecho, en el sentido de condenar a la entidad demandada al reintegro del actor y al pago de todos los emolumentos salariales y prestacionales, dejados de percibir desde cuando se produjo la desvinculación hasta que sea efectivamente reintegrado.

⁵⁶ Folios 39-44

Dicha liquidación la efectuará el municipio de San Onofre, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizará conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigencia a la fecha de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada prestacional.

Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término que estuvo desvinculación del municipio de San Marcos, Sucre⁵⁷.

4. CONDENAS EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁵⁷“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista” Ídem 56.

FALLA:

PRIMERO: Declárase la nulidad del decreto 013 del 16 de enero de 2012 por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor **EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA** del cargo de **Profesional Universitario, Código 219, Grado 07**, según lo expuesto.

SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, ordenase al **municipio de San Marcos, Sucre**, reintegrar al señor **EDGAR ANTONIO VERGARA VERGARA**, al cargo que venía desempeñando o a uno de igual, similar o superior categoría y remuneración en su planta de personal.

TERCERO: Condenase al municipio de San Marcos, Sucre, a pagar al actor los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, y demás emolumentos causados durante el tiempo que estuvo separado del servicio hasta su reintegro. La liquidación deberá hacerse tal como se indicó en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Declárase que no existió solución de continuidad en la vinculación del actor durante el tiempo que estuvo separado del servicio, para todos los efectos legales.

SEXTO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuáles serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 392 y 393 del CPC. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del uno (1%) por ciento de las pretensiones concedidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

SÉPTIMO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARIA B. SANCHEZ DE PATERNINA
JUEZ