



111

JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.

Acta No. 008 – 2018

Sentencia No. 17

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2016-00199-00

Demandante: Juan Camilo Charry Uribe

Demandado: Club Militar

Tema: Reintegro - insubsistencia

En Bogotá D.C., a los veinte días (20) días del mes de marzo de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve y quince de la mañana (**9:15 a. m.**), la suscrita Juez **17** Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **Juan Camilo Charry Uribe** contra de la **Entidad Descentralizada del Sector Defensa – Club Militar**, actuación con Radicado 110013335-017-2015-00776-00.

I. PRELIMINARES

A. PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES:

1. Apoderado del demandante: DARÍO FERNANDO RINCÓN LOZANO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 93.392.527 de Ibagué y Tarjeta Profesional 87.497 D2 del C.S. de la J. Autoriza notificaciones al correo electrónico: dariofernandorincon@gmail.com.

2. Apoderado de la demandada: JHONATAN LEANDRO RODRÍGUEZ QUIROGA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No 1.018.413.306 de Bogotá, Tarjeta Profesional No. 252.439 del C.S.J., se reconoce personería como apoderado en sustitución para representar a la entidad demandada, en los términos del poder conferido autoriza notificaciones al correo electrónico w.gomez@gomezhigueraasociados.com, juridico@ngsoabogados.com y notijudiciales@clubmilitar.gov.co.

3. representante Legal: Fernando López Guerrero, c.c. 79.485.186 de Bogotá

El Despacho deja constancia de la inasistencia del Ministerio Público, Procurador Judicial 87 Delegado para este Despacho.

Las partes quedan notificadas por auto de sustanciación No. 289 en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna.

B. SANEAMIENTO (Min 9:19:11)

El Despacho no observa vicios o irregularidades que invaliden lo actuado; sin embargo, se concede el uso de la palabra a los apoderados intervinientes para que se manifiesten en torno a la existencia de vicio o nulidad en el proceso, de lo contrario se entenderán saneados.

Las partes quedan notificadas por auto interlocutorio No. 100 en estrados, se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna.

C. EXCEPCIONES (min. 9:19:40)

Dentro del término de traslado, conforme con las disposiciones del artículo 175 del C.P.A.C.A, el apoderado de la entidad demandada propuso la excepción previa de **ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones**, la cual se pasa a resolver, así:

Ineptitud de la demanda.

Estima el apoderado que al revisar el acápite de pretensiones de la demanda la apoderada del demandante formuló pretensiones separadas que solo podrían formularse de forma consecucional, considerando que es indispensable que la pretensión principal sea la declaratoria de nulidad del acto y como consecuencia se decrete el restablecimiento del derecho.

La parte actora, describió en tiempo el traslado de las excepciones; sin embargo, no se refirió a la excepción previa propuesta.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2013, Consejero Ponente, doctora María Elizabeth García González, radicado No. 2013 – 00135, señaló:

“(...) La excepción previa de inepta demanda, se dirige a desvirtuar la demanda presentada en debida forma, es decir, la que cumple con todos los requisitos que la ley prevé para acceder a la Jurisdicción, sin que la diferencia entre requisitos previos y requisitos formales condicione el ejercicio del derecho de defensa a través de dicho medio exceptivo (...)”. Subrayado fuera de texto.

Para resolver, se considera que los artículos 162 a 167 del C.P.A.C.A señalan los requisitos que debe contener toda demanda y los anexos que se deben acompañar a la misma; señalando que las varias pretensiones se formularán por separado, como así se hizo.

Para el Despacho es claro que como se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la consecuencia lógica de la declaratoria de nulidad es ordenar el restablecimiento del derecho, tal y como lo dispone el artículo 42 del C.G.P. que impone al juez “interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto”, por tanto, se concluye que la excepción formulada no está llamada a prosperar.

Las partes quedan notificadas en estrados por auto interlocutorio No 101., se les concede el uso de la palabra a los apoderados por si tienen recursos u observación alguna. Una vez en firme se continúa con la diligencia.

II. FIJACIÓN DEL LITIGIO (min. 9:21:51)

A. LOS HECHOS

La entidad demandada aceptó como ciertos todos los hechos **excepto el 5º**, relativos al nombramiento del demandante en el cargo de Profesional de Defensa, al nombramiento en encargo en el cargo de Jefe Asesor de la Oficina Jurídica, al nombramiento de otra

Profesional de Defensa, a la fecha de notificación del acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento y al trámite de conciliación surtido ante la Procuraduría 79.

El hecho 5º fue aceptado parcialmente, respecto de la declaración de insubsistencia del nombramiento, en cuanto a la no motivación del acto, será sujeto de todo el debate probatorio.

B. DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

1. Se declare la nulidad de la **Resolución 0393 del 17 de febrero de 2016**, por la cual fue declarado insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Profesional de Defensa, Código 3-1, Grado 07 de la Oficina de Control Disciplinario.
2. Se condene y ordene a la entidad demandada el reintegro del demandante al cargo que desempeñaba y el pago total de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos laborales dejados de percibir y pagar al demandante desde que fue desvinculado hasta su correspondiente reincorporación. Lo anterior bajo el entendido de que no ha operado solución de continuidad en la prestación del servicio, lo que se tendrá en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales.
3. Se condene y ordene a la entidad demandada efectuar los aportes correspondientes a Seguridad Social en salud y pensiones dejados de cotizar desde que el demandante fue removido de su cargo y hasta que sea efectivamente reintegrado. En forma subsidiaria los pagará en forma directa al demandante si estos hubieran sido asumidos por él.
4. Se declare que no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del demandante desde que fue desvinculado y hasta su efectiva reincorporación.
5. Se condene a la entidad demandada a indexar y pagar a favor del demandante todas las sumas adeudadas, aplicando el Índice de Precios al Consumidor, en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.
6. Se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar los intereses moratorios y cumplir con el pago de la condena en la forma y términos previstos en el artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.
7. Se condene a la entidad demandada al pago de las costas procesales, de acuerdo con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, así como las agencias en derecho correspondientes.

C. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, fundamentó la contestación en 6 excepciones que denominó de mérito y se refirió al cargo de falta de motivación invocado por el demandante señalando que la Ley 909 de 2004 definió los empleos de carrera en el artículo 27 en el que estableció como requisito para que un empleo sea de carrera que el ingreso y permanencia responda a procesos de selección transparentes y objetivos, lo cual descarta que un funcionario nombrado libremente por el ordenador del gasto de una entidad estatal, sin sobrepasar un concurso, ingrese en carrera administrativa.

Citó el artículo 1227 de 2005 y señaló que allí se hace una lista de los casos en que puede proveerse un cargo de carrera, sin incluir la modalidad empleada para el nombramiento del demandante, por cuanto al expedirse la Resolución 1557 del 22 de octubre de 2015, el Club Militar declaró que se encontraba vacante el cargo de Profesional de Defensa Código 3-1, Grado 07, asignado a la Oficina de Control Interno Disciplinario y como consecuencia se hizo necesario nombrar a una persona con el perfil, la capacidad y el conocimiento para ejercer dicha vacante, nombrando al aquí demandante en dicho cargo, que corresponde a un cargo de libre nombramiento y remoción.

A continuación citó el artículo 5º de la Ley 909 de 2004 e indicó que las dos funciones que ocupó el demandante son listadas como cargos de libre nombramiento y remoción, denotando que el demandante fue nombrado para hacerse cargo de la Oficina de Control Interno y además asumió el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica. Agrega que, a su vez el artículo 23 de la misma norma dispone que para que se pueda hablar de un empleo en carrera este debe proveerse en periodo de prueba o en ascenso, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Continúa refiriendo que el demandante ingresó al Club Militar por una decisión libre del ordenador del gasto, por lo tanto su retiro se produjo igualmente por la voluntad del Director General del Club Militar.

Finalmente, concluyó que el cargo que ocupaba el demandante representaba unas funciones que claramente indican que se trataba de un cargo de confianza y manejo del Director General del Club Militar.

D. PROBLEMA JURÍDICO (min 9:25:05)

El problema jurídico consiste en establecer si la entidad demandada al expedir el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante incurrió en falta de motivación que conlleve a su nulidad y en consecuencia al reintegro del demandante al cargo que venía ocupando con el respectivo pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

Fijado el litigio en el presente asunto se concede el uso de la palabra a las partes para que manifiesten si están de acuerdo. Esta decisión queda notificada en estrados por auto interlocutorio No. 102, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

III. CONCILIACIÓN (min 9:25:17)

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 180 del C.P.A.C.A., la Juez invita a las partes a conciliar sus diferencias.

Parte demandada: no tiene ánimo conciliatorio.

La señora Juez requiere al Representante Legal para que manifieste si existe un Comité de Conciliación.

El Despacho teniendo en cuenta lo señalado por la parte accionada declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación.

Esta decisión queda notificada en estrados por auto interlocutorio No. 103, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

IV. DECRETO DE PRUEBAS (min. 9:27:57)

En virtud de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 180 del C.P.A.C.A., en concordancia con el artículo 212 ibídem, el Despacho procede a pronunciarse respecto de las pruebas aportadas y solicitadas por las partes así:

1. Parte actora y demandada: ténganse como pruebas documentales las aportadas con la demanda y con la contestación a las cuales se dará el valor probatorio que corresponda.

El apoderado de la parte demandada aporta el **EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO** del demandante, el que se incorpora a la actuación y se corre traslado a los intervinientes en la audiencia, para los efectos legales correspondientes.

Por otro lado, el apoderado de la entidad solicita a folio 81 concepto técnico de la Comisión Nacional del Servicio Civil para que indique si el demandante estuvo inscrito en carrera administrativa desde noviembre de 2015 hasta febrero de 2016, la cual se **niega**, por inconducente al considerar el Despacho que este no es un hecho objeto de prueba, por cuanto el demandante nunca afirma que se encontrara vinculado a la entidad en carrera sino mediante un nombramiento en provisionalidad.

Esta decisión queda notificada en estrados por auto interlocutorio No. 104, sin oposición por los intervinientes, una vez en firme se continúa con la diligencia.

Teniendo en cuenta que no existen pruebas por practicar, se correrá traslado a las partes para alegar de conclusión.

Se requiere a las partes para que manifiesten si avizoran alguna nulidad hasta el momento, las partes manifiestan que ninguna.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (min 9:30:07)

Se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión, así:

A. PARTE DEMANDANTE: Se ratifica en los hechos pretensiones de la demanda, en el cargo de falta de motivación y expone sus alegatos en la forma consignada en el audio de esta audiencia. (min 9:30:36)

B. PARTE DEMANDADA: se ratifica en los argumentos de la contestación y en los medios exceptivos allí propuestos tal y como queda consignado en el audio de la diligencia. (min. 9.35:28)

VI. SENTENCIA No. 17 (min 9:48:05)

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

A. RESUMEN DE LA DEMANDA

Los hechos, pretensiones, contestación de la demanda y problema jurídico son como quedaron fijados en esta diligencia, en cuanto a las **NORMAS VIOLADAS**, el demandante invocó algunos artículos de la Constitución Política, artículo 2, 3 y 41 de Ley 909 de 2004 y artículos 8, 9 y 10 del Decreto 1227 de 2005.

B. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Manifestó que la Resolución 0393 del 17 de febrero de 2016, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante fue expedida con un vicio que afecta su validez por CARECER DE MOTIVACIÓN. Expuso que la motivación de los actos administrativos constituye una regla general y un deber inexcusable de la administración y un derecho de los administrados para que puedan ejercer su derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso.

Indicó que la Ley 909 de 2004, que desarrolla el artículo 125 constitucional, estableció las reglas para la vinculación y retiro de los empleados públicos: en el numeral 1º, literal a del artículo 3º delimitó su campo de aplicación, entre otros, a los empleados públicos de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, por ende sus previsiones determinan la forma de retiro y vinculación en el cargo de Profesional de Defensa, Código 3-1, Grado 07 en el cual se encontraba nombrado el demandante y en el artículo 41 estableció las causales de retiro del servicio y advirtió que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es de carácter reglado y dispone un imperativo legal ineludible cual es que la desvinculación de los empleados que ocupan cargos de carrera administrativa, independientemente de su vinculación (en propiedad, provisionalidad o encargo) debe efectuarse mediante acto administrativo motivado). Citó el Decreto 1227 de 2005 y refirió que dicha norma hizo más ostensible y claro el deber de motivar los actos administrativos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad.

Por último, sobre el caso concreto advirtió que el nombramiento del demandante en el cargo de Profesional de Defensa, código 3-1, grado 07, efectuado por Resolución 1557 del 22 de octubre de 2015 fue en provisionalidad, debido a que no se trata de un empleo cuyas características sean de dirección, manejo o confianza propias de los cargos de libre nombramiento y remoción, por lo tanto su desvinculación debió efectuarse mediante resolución motivada.

C. ANÁLISIS DEL DESPACHO

1. De las excepciones

Las excepciones planteadas con la contestación de la demanda, denominadas “errada aplicación de los términos ‘empleo de carrera’ y ‘empleo de libre nombramiento y remoción’, ausencia del requisito de motivar un acto administrativo que declara insubsistente a un funcionario de libre nombramiento y remoción, indebida interpretación de los artículos 8 y 9 del Decreto 1227 de 2005, el Decreto 4019 de 2008 no da a entender que los funcionarios que ocupen los cargos allí incluidos ingresen a carrera, potestad discrecional en cargos de libre nombramiento y remoción”, se considera que hacen parte de los alegatos de la defensa y no constituyen verdaderas excepciones, toda vez que no se invocan “nuevas consecuencias jurídicas sobre nuevos supuestos de hecho, jurídicos y

*probatorios, que conducen a la destrucción de la reclamada por el actor*¹; en consecuencia, al decidir de mérito el proceso, quedarán de paso resueltas.

D. GENERALIDADES DE LA PROVISIÓN DE EMPLEOS.

Empleos de Libre Nombramiento y Remoción

El artículo 125 de la Constitución Política fijó como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y solo por vía de excepción pueden ser de elección popular, de libre nombramiento y remoción y los demás que determine la ley. La misma norma dispuso que el ingreso a los cargos de carrera se haría previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, esto es, por el sistema de carrera.

Por su parte, La Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, establece que “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 y d) Empleos temporales.

La Corte Constitucional se ha pronunciado reiteradamente² respecto de los empleos de carrera y los de libre nombramiento y remoción, señalando que la regla general de ingreso a la administración pública es la carrera; sin embargo, ante la existencia de la excepción, ha determinado cuáles son las características que debe evidenciarse en un empleo para que sea considerado de libre nombramiento y remoción, así:

“3.4.1. Sobre la excepción a la regla general de ingreso mediante el sistema de carrera administrativa, la jurisprudencia ha explicado:

“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”.

3.4.2. (...).

3.4.3. En consecuencia respecto de la figura de los empleos de libre nombramiento y remoción la jurisprudencia, al considerar su carácter excepcional, además de la

¹ QUIROGA C. Héctor Enrique. *La Pretensión Procesal y su Resistencia*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2007. p.

especificidad del cargo, exige una serie de requerimientos mínimos, consolidados por la sentencia SU-539 de 2012³ de la siguiente forma:

“la validez constitucional de definir un cargo como de libre nombramiento y remoción depende de si tal definición satisface las siguientes condiciones: (i) esa denominación tiene fundamento legal, lo que en el caso de la carrera judicial implica que los cargos de libre nombramiento y remoción deben ser definidos por el legislador de manera expresa, pues se entiende que son de carrera los cargos que no se encuentren previstos en una ley como de libre nombramiento y remoción; (ii) se trata de un cargo que cumple funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional; y, (iii) para el ejercicio del cargo se hace necesario un grado de confianza mayor al que se predica de la función pública ordinaria, dada la trascendencia de las tareas encomendadas. (Subrayado fuera del texto)”.

3.4.4. En cuanto al fundamento legal, fue la sentencia C-195 de 1994⁴, la que identificó este requisito para la clasificación del cargo como de libre nombramiento y remoción, estableciendo que *“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 ese sentido, la citada sentencia se refirió a que la clasificación hecha por la Ley, debe responder al 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.”* Además, la sentencia explicó que la facultad del legislador está limitada constitucionalmente y en todo caso, debe referirse a cargos cuya naturaleza funcional *“exija una **confianza plena** y total, o implique una **decisión política**”*.

(...)

3.4.8. Sumado al requisito del fundamento legal, y tomando como eje el Decreto 1042 de 1978, en el cual se consignan los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, para la Corte son dos las condiciones que habilitan al Legislador para clasificar un determinado cargo público como de libre nombramiento y remoción, ambas referidas a la naturaleza y funciones de cada cargo en particular⁵:

- (1) Que el cargo tenga asignadas funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se definan o adopten políticas públicas; o
- (2) Que el cargo tenga asignadas funciones y responsabilidades que exijan un nivel especial y cualificado de confianza, adicional al que se le puede exigir a todo servidor público.

Los demás cargos, es decir, la regla general, son de carrera⁶. En todo caso, al hacer la clasificación de los diferentes empleos el legislador en ningún momento podrá hacer excepciones que introduzcan discriminaciones injustificadas o carentes de razonabilidad.

3.4.12. (...)

³ Nota interna. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁴ Nota interna. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁵ Nota interna. Ver entre otros Sentencia C-914 de 2014. M.P. Martha Victoria Sánchez Méndez

*"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"*⁷.

De acuerdo con la cita jurisprudencial los empleos públicos de libre nombramiento y remoción son tan excepcionales que deben estar dotados de unas características tan especialísimas que no dejen sombra de duda de que se trata de un empleo de esta naturaleza, así que el cargo debe tener asignadas funciones directivas, de manejo, de conducción u **orientación institucional, en cuyo ejercicio se definan o adopten políticas públicas**; o que exijan un nivel especial y **cualificado de confianza**, mayor al que se predica de la función pública ordinaria, es decir adicional a aquella que se exige a cualquier servidor público en el ejercicio de su cargo.

Provisión transitoria de los empleos

Por regla general, los empleos en vacancia definitiva deberán ser provistos mediante **concurso de méritos**, mientras se lleva a cabo el proceso de selección la ley faculta su provisión mediante el **encargo** según el artículo 24 de la ley 909 y conforme con el artículo 25 mediante **nombramiento provisional** de manera excepcional, únicamente cuando no fuere posible su provisión a través del encargo con servidores públicos de carrera.

La anterior norma, Ley 909 de 2004, fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, la cual al regular la forma de vinculación a los empleos de carrera y específicamente la provisión de empleos, habilitó la procedencia **excepcional del nombramiento provisional** cuando no haya personal que cumpla los requisitos para ser encargado y no exista lista de elegibles vigente, señalando que en estos casos el nombramiento en provisionalidad **no podía superar los seis (6) meses**, prorrogable agotando el procedimiento allí establecido⁸ o en caso de vacancias temporales de empleos de carrera cuando no sea posible proveerlos por medio de encargo, **por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron**, así:

"Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en casos 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

⁷ Nota interna. Ver entre otras Sentencia C-506 de 99, M.P. Fabio Morón Díaz; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-161 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁸ **Artículo 7º. Parágrafo transitorio.** La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y 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 encargo o **nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses**, término dentro del cual se deberá convocar el

de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron”.

Así pues, si para la administración surge la necesidad de proveer el empleo de carrera en vacancia definitiva o temporal, deberá verificar el cumplimiento del artículo 24 con el fin de determinar la existencia de un empleado con derecho de carrera sobre el cual pueda recaer el encargo

La provisión transitoria de los empleos de carrera se presenta en alguna de las siguientes formas:

1.- vacancia temporal. La cual se presenta cuando el servidor con derechos de carrera se encuentra de vacaciones, de licencia, por comisión, encargado, suspendido en ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial o periodo de prueba en otro empleo de carrera

2.- vacancia definitiva.- porque no se ha realizado el correspondiente concurso de méritos, por muerte del funcionario de carrera, por pensión o por renuncia.

Retiro del servicio

Ahora bien, en cuanto al retiro del servicio la Ley 909 de 2004, en su artículo 41 estableció las causales de retiro de quienes estén desempeñando tanto empleos de libre nombramiento y remoción como de carrera administrativa así:

“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:

(...)

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

Y en el párrafo 2º de la norma en cita se aprecia que la competencia para el retiro de los empleos de carrera **es reglada** y debe hacerse de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y agrega que *“...deberá efectuarse mediante **acto motivado**”* y, para la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción señala que la competencia es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Asimismo, en el artículo 10 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005 se estableció que *“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”* (negrilla fuera de texto).

La claridad del mandato de motivación consagrado en las precitadas disposiciones llevó a que el Consejo de Estado cambiara su posición sobre la materia para concluir que el retiro del servicio de los empleados que ocupen cargos de carrera en provisionalidad debe ser justificado mediante la expedición de un **acto administrativo motivado**, así:

“Antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004, el nombramiento en provisionalidad -ante la imposibilidad de realizar encargo-, tenía unos términos específicos señalados en la ley y, de manera general, se producía mientras se surtía el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera (art. 8º y s.s. Ley 443 de 1998). Sin embargo, las normas

(arts. 107 del decreto 1950 de 1973 y 7º del 1572 de 1998)⁹.

La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

Conforme al artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 "Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado". Esta disposición modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen¹⁰.

E. ESTADO DE LA CUESTIÓN:

- 1) Por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado **son de carrera** y el ingreso a estos se hace por el sistema de mérito.
- 2) Los empleos de libre nombramiento y remoción tienen unas características especialísimas cuales son las de ser de dirección, manejo o conducción institucional o de una especial confianza que no sea equiparable a la normal de cualquier funcionario público.
- 3) El Decreto 1227 de 2006, al regular la forma de vinculación a los empleos de carrera y específicamente la provisión de empleos, habilitó la procedencia excepcional del **nombramiento provisional** cuando no haya personal que cumpla los requisitos para ser encargado y no exista lista de elegibles vigente, señalando que dicho nombramiento será por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.
- 4) A partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario 1227 de 2006, la competencia para el retiro de los empleos de carrera, nombrados en provisionalidad, es **reglada** y debe hacerse mediante **acto administrativo motivado**.

F. DE LOS CARGOS DE NULIDAD INVOCADOS

Falta de motivación

En el pasado se trató de dar a entender que las decisiones administrativas de carácter discrecional no tenían motivación alguna. *Contrario sensu*, la posición actual revaluada razonable, ampliamente por la doctrina y uniformemente por la jurisprudencia, señala que si bien los actos de carácter discrecional carecen de motivación expresa ello no implica que no la tenga, pues todo acto tiene una motivación, como lo es la buena prestación del servicio y su mejoramiento.

Ahora bien, recientemente ha venido distinguiendo el Consejo de Estado entre los conceptos de falsa motivación y falta de motivación, fundamentando la diferencia así:

“La falta de motivación, entonces, es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente.

La falsa motivación es una causal independiente y autónoma, en la medida en que alude a los hechos del caso y a la prueba. En efecto, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Por lo tanto, para que la pretensión de nulidad de un acto administrativo por falsa motivación prospere, se debe demostrar (I) que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no se probaron en la actuación administrativa o (II) que la administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si se hubiesen considerado habrían modificado sustancialmente la decisión.

En conclusión, mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo, la falsa motivación parte del supuesto de que el acto administrativo sí se motivó, pero de manera falsa, engañosa o, simplemente, con fundamento en hechos no probados (Resalta el Despacho)”.¹¹

Sobre la motivación del acto, independientemente de su falsedad o existencia, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que:

*“... [L]a motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, **certeza de los hechos**, debida calificación jurídica y apreciación razonable. (...) A contrario sensu, si la declaración de voluntad, se fundamenta en hechos que no existieron, que fueron diferentes a como los presenta el sujeto titular del poder administrativo, el elemento causal del acto se encontrará viciado”*¹².

Por otra parte la Corte Constitucional en sentencia de unificación¹³ aludió al contenido de la motivación del acto administrativo mediante el que se desvincula al servidor nombrado en provisionalidad, tomando como criterio el principio de “razón suficiente”. En lo pertinente, señaló:

“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, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado’. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 29 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04126-00 (AC).

117

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'.

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'."

De lo anterior se deduce que, el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, debe fundamentarse en razones ciertas y suficientes, que expliquen de manera expresa, clara, detallada y precisa las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide prescindir de los servicios del funcionario en provisionalidad. En consecuencia, no son válidas las justificaciones de carácter indefinido, general y abstracto, que no se desprenden directamente de la persona que se desvincula.

G. CASO CONCRETO

Se encuentra probado que el señor Juan Camilo Charry Uribe fue nombrado mediante **Resolución 01557 del 22 de octubre de 2015** en la planta de personal del Club Militar, en el cargo de Profesional de Defensa código 3-1 grado 07, en la Oficina de Control Interno Disciplinario, del cual tomó posesión el 1º de noviembre de 2015 (f. 25 y 26).

Con posterioridad, a través de la **Resolución 1658 del 10 de noviembre de 2015** y con novedad fiscal de la misma fecha fue encargado el demandante "por necesidades del servicio" de la Oficina Asesora Jurídica "Profesional de Defensa, código 3-1 grado 07 sin perjuicio de sus funciones" (f. 27).

El **17 de febrero de 2016**, con novedad fiscal 19 de febrero de 2016, el Director General del Club Militar expidió la **Resolución 0393** declarando insubsistente el nombramiento del demandante en la Planta de Personal del Club Militar, en el cargo de Profesional de Defensa código 3-1 grado 07 de la Oficina de Control Interno Disciplinario (f. 23).

Para el análisis concreto del cargo invocado en la demanda este Despacho se remite a los argumentos expuestos en el acto administrativo sujeto de control de legalidad, **Resolución 0393 del 17 de febrero de 2016**, el cual obra en copia a folio 23 y en la que el Director General del Club Militar, indicó lo siguiente:

"EL DIRECTOR GENERAL DEL CLUB MILITAR, en uso de sus facultades legales y estatutarias y en especial de las que le confiere el Decreto 1802 de 2014 y el Acuerdo 004 de 2001,

RESUELVE

"Artículo 1º Con novedad fiscal diecinueve (19) de Febrero de 2016, declarar insubsistente el nombramiento en la Planta de Personal del Club Militar, del señor JUAN CAMILO CHARRY URIBE, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.020.747.848 de Bogotá, Profesional de Defensa código 3-1 Grado 07, de la Oficina de Control Interno Disciplinario.

Artículo 2º La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición".

Ahora bien, revisados tanto el nombramiento del demandante como la declaratoria de insubsistencia de este, no se señala si el cargo es de carrera y su nombramiento es en provisionalidad, como lo manifiesta el actor, o de libre nombramiento y remoción, tal y como lo argumenta el apoderado de la entidad.

Sin embargo, en cumplimiento de la normativa constitucional y de los derroteros expresados por la Corte Constitucional, que se enunciaron en precedencia, atendiendo al cargo desempeñado por el actor como Profesional de Defensa, no se avizora que sus funciones se encuentren dirigidas al control, manejo o dirección de las políticas institucionales.

El apoderado de la entidad demandada citó en la contestación de la demanda el artículo 5º de la Ley 909 de 2004 para señalar que el cargo desempeñado por el actor se encuentra dentro de los criterios allí definidos. La cita textual de la norma es:

“Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. (...)
2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno 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 del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

Con sustento en la citada norma el apoderado de la entidad manifestó que el demandante ocupó cargos de libre nombramiento y remoción por haberse hecho cargo de la Oficina de Control Interno y, además asumir el cargo de jefe de la Oficina Asesora Jurídica, argumentos sobre los cuales este Despacho disiente, **en primer lugar** porque no se encuentra probado que hubiese sido nombrado “para hacerse cargo” de la Oficina de Control Interno, solamente se probó su nombramiento como Profesional de Defensa de esa oficina, **en segundo lugar**, porque aunque sí fue Jefe de la Oficina Asesora Jurídica en **encargo**¹⁴, sus funciones, visibles a folios 87 a 90, estaban dirigidas a la defensa de la entidad en los procesos en su contra y a la asesoría en todo lo concerniente a acuerdos, resoluciones, contratos, convenios y actos administrativos que deba expedir el Club en desarrollo de su

misión institucional, sin que esto implicara que debiera adoptar políticas o directrices fundamentales, o una excesiva confianza distinta a la que cualquier Profesional de Defensa pudiera requerir y en **tercer lugar** por la potísima razón que el cargo sobre el cual fue declarado insubsistente su nombramiento fue el de Profesional de Defensa código 3-1 grado 07 de la Oficina de Control Interno, no el de Jefe de la Oficina Jurídica¹⁵.

En este estado, no está por demás citar el artículo 7º del Decreto 092 de 2007 “por el cual se modifica y determina el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de los empleos de las entidades que integran el Sector Defensa”, que describe los niveles jerárquicos de los empleos de dichas entidades y señala que el **Nivel Profesional** comprende 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**; descripción que para nada obedece a los criterios de los cargos de libre nombramiento y remoción.

De lo visto se observa con claridad que el cargo desempeñado por el actor, obedece a la regla constitucional y general que predica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y por tanto su nombramiento era en provisionalidad y el acto administrativo demandado no expresa en ningún aparte las razones por las cuales se declaró insubsistente su nombramiento.

En efecto, encuentra el Despacho que la entidad no adujo ninguna razón para declarar insubsistente el nombramiento del actor en el cargo que desempeñaba en provisionalidad, lo cual, acorde con la aplicación que le ha dado la jurisprudencia a la teoría de la motivación de los actos, fuerza concluir que ante la ausencia de la **razón formal y material**, que es, en definitiva, la que, según deduce este Despacho, se debe exigir a la administración, fuerza concluir la *falta de motivación*, que por sí sola constituye un vicio que mina la legalidad del acto.

Pago de salarios y prestaciones

Al respecto se cita **sentencia del 6 de diciembre de 2016**¹⁶, proferida por el Consejo de Estado en la cual enuncia las diferentes posiciones asumidas tanto por esta misma corporación como por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

Respecto de las diferentes posiciones del Consejo de Estado, citó sentencia de Sala Plena del 28 de julio de 1996, rad. n.º S – 638, en la que se rectificó la tesis mayoritaria que para esa época sostenía la Sección Segunda que contemplaba la posibilidad de aplicar descuentos básicamente porque (i) Las sumas a las que se condena y para las cuales se toma en cuenta la equivalencia las prestaciones y los salarios dejados de percibir entre las fechas de desvinculación y reintegro no revisten el carácter de otro empleo público u otra asignación proveniente del tesoro público, sino tiene como propósito resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le genera a la demandante; (ii) no es ilícito recibir sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo, por cuanto provienen de causas diferentes, lo que no

¹⁵ Véase que el nombramiento de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica ocurrió a partir del 11 de febrero de 2016 y la entrega de la oficina fue el 17 de febrero de 2016, folio 87, y la declaratoria de insubsistencia fue a partir del 19 de febrero de 2016, es decir que el demandante volvió al ejercicio de su cargo de Profesional de Defensa de la Oficina de Control Interno Disciplinario.

está prohibido por la Constitución Política, pues lo que esta prohíbe en el artículo 128 es que una misma persona desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos, y como consecuencia de ello, perciba dos o más salarios; (iii) el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir que se ordena como consecuencia del reintegro del servidor desvinculado busca reparar el daño o perjuicio que le irrogó el acto nulo que lo desvinculó ilegalmente del servicio, distinto a los salarios y prestaciones que se pudiese haber recibido de otra relación laboral de derecho público que tienen su fuente en la prestación laboral del servicio y constituyen la remuneración por esa actividad personal; y (iv) no existe disposición legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa aplicar descuentos a las condenas y el juez no puede crear una disposición no prevista en esos términos en la Constitución Política ni en la ley¹⁷.

Más adelante, señaló que en sentencia del 16 de mayo de 2002, la Sala Plena de la Sección Segunda, con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero, consideró que cuando se ordenara el reintegro de un servidor público debía ordenarse el descuento de todo lo percibido por él en razón de los salarios recibidos de otras entidades públicas, siempre y cuando fueran incompatibles con el servicio y no estuvieran autorizadas por la ley, en el entendido que la percepción de los pagos ordenados conjuntamente con otros que tienen origen en el desempeño de un empleo público, dentro del mismo lapso, es claramente contraria a la Constitución y la ley.¹⁸

Luego, enunció que el 29 de enero de 2008 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo emitió un nuevo pronunciamiento, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, por cuanto se estimó que contrariaba la tesis planteada en la sentencia del 28 de julio de 1996 (v. párr. 16.5.1). Así, en aras de definir la controversia, se rectificó el criterio jurisprudencial sostenido por la Sección Segunda de la Corporación, en el sentido de indicar que el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio y adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración. **No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó.**

Finalmente, señaló que la mencionada tesis se ha mantenido a través del tiempo y ha sido reiterada por el Consejo de Estado y cita sentencia de la Sección Segunda Subsección "B", del 12 de julio del 2012, rad. 0412-2012, con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado de la Sección Segunda Subsección "A", del 7 de febrero de 2013, rad. n.º 1107-11, con ponencia del Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de julio de 1996, rad. S-638, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 16 de mayo de 2002, rad. N.º 1000-22-21-000-1000-0007-014550-001, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

Ahora, en cuanto a la posición de la Corte Constitucional, señaló que al momento de ordenar las respectivas medidas de protección ha adoptado las siguientes posturas:

Entre los años 1998 a 2003, la Corte Constitucional se limitó a ordenar el reintegro del servidor público desvinculado hasta que el asunto fuera resuelto por la autoridad competente, mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como se afirmó en la sentencia T – 800 de 1998.

Después, entre 2003 y 2010, la Corte Constitucional estimó que para proteger los derechos constitucionales al debido proceso, lo procedente era ordenarle a la Administración que motivara los actos que ordenaban el retiro o desvinculación, y solo en el evento en que esta se negara a hacerlo dentro del trascurso de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia de tutela, debía hacerse efectivo el reintegro del servidor.

En sentencia T-108 de 2009, resolvió ordenar el **reintegro inmediato y sin solución de continuidad** a un cargo igual o superior categoría, con efectos desde la fecha de su desvinculación.

en la sentencia SU – 917 de 2010 consideró viable que se retrotrajeran los efectos de los actos administrativos afectados de nulidad, es decir, se procediera al reintegro de los funcionarios y al pago de los salarios dejados de percibir desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, sin considerar que haya existido solución de continuidad **y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados**, con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Refirió que los anteriores planteamientos fueron reiterados por la Corte, como en la sentencia T – 656 de 2011¹⁹ y en la sentencia SU-691 de 2011; no obstante, en la sentencia T – 961 de 2011, en las que consideró que como consecuencia de la nulidad del acto administrativo atacado, era procedente el reintegro del interesado, pero aclaró que ello dependía de que el cargo no hubiere sido provisto por concurso de méritos, esto, además del pago de salarios y prestaciones a partir del momento en que solicitó protección de sus derechos fundamentales y hasta la fecha del reintegro efectivo o la vinculación del funcionario en propiedad como consecuencia del correspondiente concurso de méritos.

Finalmente, señaló que en sentencia SU 556 de 2014, la Corte Constitucional varió su criterio, bajo la consideración, según la cual quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera se encuentra en una situación excepcional y temporal de permanencia, dado que esta debe proveerse mediante concurso de méritos, de suerte que el empleado provisional debe asumir que cuenta con una estabilidad intermedia y solo puede esperar mantenerse en el empleo hasta tanto sea provisto en el término legal y determinó que las órdenes que se debían adoptar en casos de retiro sin motivación, de personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, eran las siguientes:

¹⁹ Decisión en la que se trató el caso de una persona nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado de la Dirección Nacional del CTI de la Fiscalía General de la Nación, quien posteriormente fu desvinculada sin que el acto de retiro expresara el fundamento de la decisión los motivos de tal determinación. Con base en esos elementos, la Corte Constitucional ordenó el reintegro del accionante al cargo, además del pago de salarios y prestaciones sociales dejados

(i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

En consecuencia, el Consejo de Estado en la sentencia en cita del 6 de diciembre de 2016 puso de presente que: “las sentencias de unificación que profiere la Corte Constitucional, cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, constituyen precedente, pues se trata de la Corporación de cierre en materia de derechos fundamentales y la que tiene a su cargo la eventual revisión de los fallos de tutela proferidos por todos los jueces. De esta manera, la naturaleza vinculante de dicho tipo de decisiones, deviene de la función de guarda que le asiste a la Corte Constitucional de la integridad y supremacía de la Constitución Política en los términos del artículo 241 ibídem, quien en desarrollo de dicha atribución establece el alcance de los derechos fundamentales o interpreta una disposición de la forma que más se ajusta al ordenamiento superior, lo que lleva a inferir que para los operadores jurídicos es menester tener en cuenta las consideraciones expuestas en la mencionada SU – 556 de 2014, en los eventos en que se resuelvan situaciones similares a las allí tratadas (...)”.

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario precisar por este Despacho que aun cuando las posiciones, tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, sobre el punto en estudio han sido diversas, a la fecha el criterio se encuentra unificado y por ende es vinculante para los operadores de justicia en aquellos casos en que se ordene un reintegro de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera quien se encuentra en una situación excepcional y temporal de permanencia.

Restablecimiento del derecho: Por lo anterior, atendiendo a lo expuesto en la parte considerativa y al precedente jurisprudencial tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional este Despacho declarará la nulidad del acto administrativo demandado, **Resolución 393 del 17 de febrero de 2016** y ordenará el reintegro del demandante al cargo de **Profesional de Defensa código 3-1 grado 07** que ocupaba al momento de su desvinculación, siempre y cuando dicho cargo no haya sido provisto en propiedad por el sistema de carrera administrativa, no haya sido suprimido o que el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso ordenando pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario. Así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

Ajuste al valor: Al final, la suma que resulte no pagada deberá ser ajustada, dando aplicación a la siguiente fórmula:

ÍNDICE FINAL

R = RH X -----

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, en cuanto a su diferencia insoluta.

Intereses: A partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3º del artículo 192 del CPACA; a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

Cumplimiento de la sentencia: El cumplimiento de la sentencia será motivado conforme con los artículos 192, 193, 194 y 195 del CPACA; se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos 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 de Procedimiento Civil"*.

Así también el numeral 4º del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...."*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso²⁰, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: "La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el

²⁰ Cfr La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea

propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra.”. (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado²¹ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

“Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto.

Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>”²²

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, en tanto no se han comprobado las mismas.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO DE BOGOTÁ – SECCIÓN SEGUNDA**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 0393 del 17 de febrero de 2016, expedida por el Director General del Club Militar, por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del señor JUAN CAMILO CHARRY URIBE.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** al CLUB MILITAR reintegrar al señor JUAN CAMILO CHARRY URIBE identificado con cédula de ciudadanía 1.020.747.848 de Bogotá, sin solución de continuidad, al cargo de **Profesional de Defensa código 3-1 grado 07** que ocupaba al momento de su desvinculación siempre y cuando dicho cargo no haya sido provisto en propiedad por el sistema de carrera administrativa, suprimido o el demandante haya llegado a la edad de retiro forzoso. Así como el pago de los aportes por este período a las entidades de Seguridad Social.

TERCERO.- De conformidad con lo ordenado en el numeral anterior, **CONDENAR** al CLUB MILITAR, a **PAGAR** a favor del demandante el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya

²¹ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCION CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. (20486) Actor DIEGO JAVIER JIMENEZ GIRALDO Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

²² Cfr las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en

recibido el demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario, sumas que deberán ser indexadas de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta sentencia (artículo 187 del CPACA).

CUARTO.- ORDENAR el ajuste al valor; es decir que la suma que resulte deberá ser ajustada al valor, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por la parte actora, desde la fecha a partir de la cual se hace exigible la obligación decretada hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas. Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, en cuanto a los pagos insolutos.

QUINTO.- DECRETAR que a partir de la fecha en que quede ejecutoriada esta providencia las sumas adeudadas causarán intereses moratorios según lo señalado en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA, a menos que se dé el supuesto de hecho contemplado en el inciso 5º del mismo artículo, caso en el cual deberá estarse a lo dispuesto en dicha norma.

SEXTO.- CONDENAR al cumplimiento de la sentencia de conformidad con los artículos 192, 193, 194 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *El acto* será motivado, se notificará a la parte interesada y tendrá recursos para que se resuelvan los posibles conflictos que puedan surgir y evitar hasta donde sea posible, nuevas controversias judiciales.

SÉPTIMO. - SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

OCTAVO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada, con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 inciso final, de la Ley 1437 de 2011). Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere, así mismo, expídase copia de conformidad con lo normado en el numeral artículo 114 del C.G.P.

NOVENO.- Las decisiones adoptadas en la presente audiencia, incluida la sentencia proferida quedan **notificadas en ESTRADOS**, tanto a los comparecientes como a los no comparecientes, conforme se establece en el **artículo 202 del C.P.A.C.A.**

De la sentencia se corre traslado a los intervinientes para que manifiesten si contra la sentencia interponen recurso alguno.

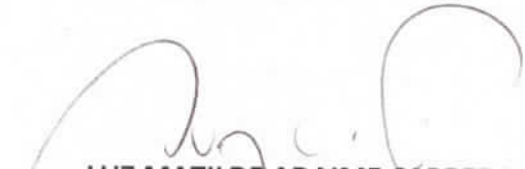
El apoderado de la parte demandante: interpone **RECURSO DE APELACIÓN** y lo sustenta en la audiencia en los términos del audio.

Parte demandada: se pronuncia respecto de la apelación de la parte actora y manifestó que

Vencido el término previsto en el artículo 247 del CPACA, el Despacho se pronunciará al respecto. Se requiere a las partes sobre alguna nulidad, las partes manifiestan que ninguna.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada y, se firma por quienes en ella intervinieron.

FIRMAS,



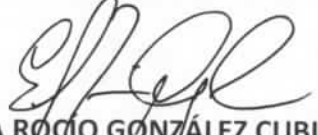
LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez



DARÍO FERNANDO RINCÓN LOZANO,
Apoderado parte actora



JHONATAN LEANDRO RODRÍGUEZ QUIROGA
Apoderado CLUB MILITAR



ELSA ROCÍO GONZÁLEZ CUBILLOS
Profesional Universitario