



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, cinco (05) de octubre de dos mil dieciocho (2018)

Radicado	08001333300720160028500
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	NELLIS ESTHER GERÓNIMO CASTRO
Demandado	MUNICIPIO DE TUBARÁ
Juez (a)	MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Despacho a dictar sentencia dentro la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, interpuesta por NELLY ESTHER GERÓNIMO CASTRO, contra el MUNICIPIO DE TUBARÁ, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

- DEMANDA

Las súplicas de la demanda fueron expuestas de la siguiente forma:

1. Declarar Nulo el artículo primero del Decreto No. 029 de 22 de febrero de 2016, mediante el cual se declaró insubsistente a mi poderdante, así mismo, el acto administrativo expedido el día 26 de mayo de 2016, a través del cual se desató desfavorablemente del recurso interpuesto por la actora. (sic)
2. Que consecuencia de lo anterior, se resarza el derecho y se ordene a reintegrar a la señora NELLIS ESTHER GERONIMO CASTRO, en el mismo cargo que venía desempeñando en idénticas condiciones a la que tenía al momento de su desvinculación o en otro de igual o superior categoría.
3. Que se condene a la entidad Municipio de Tubará, el pago de los salarios, primas, reajustes o aumento de sueldos y demás emolumentos de mi poderdante que dejó de percibir desde la fecha de su ilegal desvinculación, hasta que se produzca el reintegro.
4. Para los efectos de prestaciones sociales en general, se declarara que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la empleada que demanda.
5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

II. HECHOS

Los hechos narrados este despacho los sintetiza así:

El Despacho se permite sintetizar los hechos de la demanda así:

- Mediante decreto 060 de 31 de marzo de 2015, se nombró a la actora en el cargo de secretaria en la Secretaría de Gobierno de la alcaldía de Tubará, código 440 grado 02, el cual tomó posesión el 4 de junio de 2014, de acuerdo a acta de posesión No. 007.
- La actora, desempeña el cargo en mención, al momento de la desvinculación, con una asignación mensual de \$690.660.00. El 14 abril de 2016, se le informó al señor Alcalde del Municipio de Tubará que la demandante hace parte de la junta directiva del Sindicato de Trabajadores del ESTADO "SUNET".
- Mediante decreto No. 65 de abril de 22 de 2016, notificado el 26 de abril de 2016 expedido por la alcaldía de Tubará, fue declarada insubsistente. La actora solicitó la revocatoria del acto administrativo, la cual no accedió mediante oficio de 26 de mayo de 2016, desconociendo el Decreto 785 de 2002 y la ley 909 de 2014,

- CONCEPTO DE VIOLACION

El concepto de violación la parte actora, lo sustenta en los siguientes cargos:

Señala la accionante como NORMAS VIOLADAS, las siguientes:

Constitución Nacional: Artículos 25, 29, 39 y 15.

Sentencia SU 556 de 2014

Sentencia C -1119 de 2004

Ley 909 de 2004

Decreto Ley 760 de 2005.

Decreto de 785 de 2005.

Presenta para el concepto de violación de normas legales y constitucionales de los actos acusados, el artículo 25 superior, teniendo en cuenta que el derecho al trabajo es un derecho fundamental del orden público el cual está bajo la tutela del Estado.

Asimismo, manifiesta que se vulneró por parte de la accionada el artículo 29 superior, teniendo en cuenta que el ente administrativo tenía que someterse a los procedimientos determinados en la ley y como culminación de ellos, expedir el acto debidamente motivado. Con la expedición de acto, afirma la parte actora que se vulneró por parte de la accionada el artículo 125 superior.

En ese orden la H. Corte Constitucional, mediante sentencia SU -556 de 2014, se ha referido, a i. El deber de motivación de los actos administrativos ii. Estabilidad relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera.

Manifiesta que el cargo que desempeñaba la actora, pertenece al rango de carrera administrativa en el entendido de la naturaleza misma de las funciones que desempeñaba en la alcaldía de Tubará, es decir, no desempeñaba un cargo de directivo de manejo o dirección institucional.

La administración no hizo la motivación del acto administrativo para declarar insubsistente, tal como lo señala la jurisprudencia, la ley 909 de 2004 y el decreto 760 de 2005, que responde al caso de empleado amparado con fuero sindical, como es el caso.

- CONTESTACIÓN

La parte demandada no contestó demanda.

- ACTUACION PROCESAL

La demanda fue presentada el 28 de noviembre de 2016, correspondió por reparto a este Despacho el conocimiento del presente proceso, siendo inadmitida mediante auto de 5 de diciembre de 2016, la cual fue subsanada dentro del término legal para ello y fue admitida por auto de 16 de enero de 2017, ordenándose y realizándose las notificaciones correspondientes.

El ente demandado no contestó demanda dentro del término otorgado para ello, sin embargo este despacho dio traslado¹ de manera errónea a unas excepciones que no fueron presentadas. Una vez vencido el anterior término se celebró audiencia inicial², en la cual se dispuso declarar precluido el periodo probatorio por no tener pruebas que decretar, ordenando la presentación de alegatos por escrito.

Una vez vencido el término de alegatos, el Despacho advirtiendo que el ente demandado no había allegado los antecedentes administrativos de la actora, procedió a mejor proveer requiriendo por última vez dicha información.

- ALEGACIONES

El apoderado de la actora, confirma lo expresado en los hechos y sustenta que su poderdante es socia fundadora del sindicato y miembro de junta directiva del SINDICATO UNITARIO NACIONAL DE TRABAJADORES DEL ESTADO, lo que deriva que el acto administrativo acusado no tiene fundamento legal alguno, que permita establecer que la demandada hace uso de sus facultades para debilitar y limitar el ejercicio de derecho de asociación sindical.

Que de lo anteriormente mencionado se puede establecer que la actora gozaba de fuero sindical al momento de la declaratoria de insubsistencia como secretaria de la Secretaría de Gobierno y asuntos administrativo en provisionalidad.

Así mismo, reitera que la entidad demandada desconoció el artículo 25 superior teniendo en cuenta que el trabajo es un derecho Fundamental de orden público que está bajo tutela del Estado. Así mismo, se vulneró el artículo 29 de la misma norma, toda vez que el ente administrativo tenía que someterse a los procedimientos determinados por la ley y como culminación de ellos expedir el acto debidamente motivado, previo el agotamiento de haber sido escuchado en descargo y obtener el concepto de la comisión de personal, proceder que no acató el órgano estatal.

Por otro lado, el apoderado del demandado, presentó sus alegatos indicando que hay una inexistencia o indeterminación del acto demandado, toda vez que el número de acto indicado por el actor en la demanda no corresponde a la realidad. Así mismo, en sus alegatos presenta excepciones previas, las cuales no fueron interpuestas en la etapa procesal dispuesta para ello, por lo tanto no serán tenidas en cuenta, para la presente decisión

¹ Fl. 46 del expediente

² Acta 01-18 de 6 de febrero de 2018

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Judicial delegada en asuntos administrativos ante éste Despacho no rindió informe en el presente caso.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia correspondiente.

No obstante, advierte el Despacho, que el apoderado de la parte actora incurre un lapsus calami, al momento de señalar en las pretensiones la nulidad del decreto 029 de 22 de febrero de 2016, cuando en el acápite de los hechos señala que acto administrativo que define la situación jurídica de la actora y declara su insubsistencia es el Decreto 065 de abril 22 de 2016. Este último es enunciado y allegado como prueba con la demanda, señalado como objeto de la nulidad pretendida en este proceso, por lo tanto se extrae del contenido de la misma, que la actora con el medio de control presentado ante esta Agencia lo que persigue es dejar sin efecto la insubsistencia declarada por el Decreto 065 de abril 22 de 2016, que obra a folio 14-15 del expediente.

En razón a que la irregularidad advertida no fue alegada por la parte interesada en la etapa correspondiente para ello, y con fundamento al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política, este Despacho da por saneado el presente proceso, y en consecuencia procederá a estudiar la legalidad del decreto 065 de 22 de abril de 2016.

IV.- CONSIDERACIONES

- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

La entidad demandada, no contestó demanda y no presentó excepciones previas

- PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico se centra en determinar si:

¿Deben anularse el decreto 065 de 22 de abril de 2016 y el oficio recibido 26 de mayo de 2016, que declara la insubsistencia en el cargo de secretaria de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Tubará de Nelly Esther Gerónimo Castro, y no accede a su reintegro, teniendo en cuenta que es un cargo de carrera administrativa, y ésta se encontraba amparada con fuero sindical al momento de su vinculación, toda vez que no fue motivado debidamente al no respetar el debido proceso, siendo de esta manera, contrarios a lo establecido en la ley y la Constitución?

Asociados:

¿Por ser un cargo ejercido en provisionalidad, puede la entidad pública declarar insubsistente al empleado, motivado por razones del servicio, de conformidad con la SU 917 de 2010 de la Corte Constitucional?

- TESIS

Para este Despacho, de conformidad con lo señalado por el H. Consejo de Estado, los actos administrativos que declaren insubsistente a empleados públicos que ocupan cargos de carrera administrativa, deben ser debidamente motivados, por razones ciertas y objetivas, entre las cuales tenemos (i) *la calificación de desempeño*, (ii) *la comisión de faltas disciplinarias* o (iii) *la provisión del cargo por concurso de méritos*³. Siendo ello así, advierte el Despacho que el decreto acusado se adoptó sin haberse observado cumplidamente el procedimiento administrativo señalado en la ley y en la jurisprudencia, siendo contrario a la ley.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 125 de la Constitución Política, señala la forma de provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, previendo que la regla general son de carrera administrativa, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el legislador.

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», estableció en el numeral 1 del artículo 3º, que se aplica a quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

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

En efecto, el artículo 41 *ibídem*, dispuso:

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

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

La Corte Constitucional en sentencia SU 917 de 2010 Señaló;

“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 predicen directamente de quien es desvinculado”⁴. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso

³ Corte Constitucional, sentencia T-245 de 2007

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

*explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión*⁵.

*Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular"*⁶, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario.⁷ Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias⁸. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

*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"*⁹

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen "explícitas" en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración¹⁰, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos.

*En la jurisprudencia específica sobre el asunto que ahora es objeto de análisis, esta Corporación ha precisado en forma reiterada que la motivación es un requisito de validez donde los actos que carecen de ella están viciados de nulidad¹¹. Por ello ha señalado que en estos casos "basta considerar las disposiciones constitucionales que rigen el retiro con sujeción al debido proceso en los cargos y entidades del Estado en general y en la Fiscalía General de la Nación en particular"*¹².

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

¹⁰ En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación", al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, "Las razones del Derecho". Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, "La Argumentación en el Derecho". Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, "Argumentación y sentencia". En: Revista DOXA 21, 1998.

¹¹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias SU-250/98, C-371 de 1999, T-1206 de 2004, T-132 de 2007, T-736 de 2009, entre otros.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 2006.

Quiere decir lo anterior, que el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado vinculado en provisionalidad, debe constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de mérito, la imposición de sanciones disciplinaria, la calificación insatisfactoria u otra razón específica por las cuales se decide remover de su cargo, no resultando válidas razones indefinidas, generales o abstractas.

De igual manera el Consejo de Estado¹³ en sentencia de Tutela, afirmó:

“1. La estabilidad laboral relativa de los servidores públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa.

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera¹⁴ pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera [...] se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente¹⁵.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, si bien es cierto que la situación de los servidores públicos que ocupan cargos en provisionalidad no puede equipararse a la situación de quienes ocupan un empleo de carrera, pues no han ingresado al cargo mediante concurso de méritos, su permanencia en éste no depende de una facultad discrecional del nominador, como si se tratara de un funcionario de libre nombramiento y remoción.

En efecto, las personas que ocupan cargos en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia¹⁶, por lo que el acto administrativo que haga efectiva una desvinculación de un trabajador en provisionalidad debe estar respaldado por una motivación seria y suficiente en la que se indiquen específicamente las razones de tal decisión. De incumplirse este deber se está ante una clara violación del derecho al debido proceso, que puede ser reparada, en determinadas condiciones, mediante la acción de tutela.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia T-245 de 2007,¹⁷ sostuvo que dicha garantía constitucional implica que, en caso de que un funcionario nombrado en provisionalidad vaya a ser despedido, debe mediar una justa causa que tenga como fundamento (i) la calificación de desempeño, (ii) la comisión de faltas disciplinarias o (iii) la provisión del cargo por concurso de méritos.”

¹³ Consejo de Estado, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección segunda, subsección A, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil dieciocho (2018), **Radicación número: 05001-23-33-000-2017-04848-01(AC)**.

¹⁴ El artículo 125 de la Constitución se refiere al ingreso y retiro de servidores públicos en los empleos del Estado. De un lado, reconoce que por regla general los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se hará, también por regla general, mediante concurso, con el propósito de estimular el mérito y las calidades de los aspirantes como forma de acceso a la función pública. De otro lado, el mismo artículo señala que el retiro se hará “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”.

¹⁵ Ver entre otras, la sentencia T-298 de 2011.

¹⁶ Ver, por ejemplo, sentencias T-245 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-109 de 2009 (M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez), T-507 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo), C-533 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), SU-917 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

¹⁷ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Siendo así, los cargos en carrera administrativa sufridos por provisionalmente, gozan de una estabilidad, ya que solo pueden ser removido por justa causa motiva, no en ejercicio de la facultad discrecional, la cual está contemplada exclusivamente para los cargos de libre nombramiento y remoción”.

Así las cosas, tenemos que la motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa, debe ser seria, con razón suficiente y con atención de preceptos constitucionales como el debido proceso entre otras.

- CASO CONCRETO

Ahora bien, una vez referido lo anterior y descendiendo específicamente al tema que nos ocupa en esta litis, tenemos que la parte actora, señala que el acto acusado va en contravía de normas legales y constitucionales, toda vez que el cargo que ocupaba la actora al momento de la declaratoria de insubsistencia, es de carrera administrativa, por lo tanto, su desvinculación debe ser motivada, con cumplimiento al debido proceso y a lo preceptuado en normas legales, asimismo, advierte que ésta tiene un fuero sindical, y su retiro se debe a una intención contra el derecho de asociación, y siendo así se debió surtir un procedimiento administrativo previo para el retiro, dentro del marco legal.

Con relación al fuero sindical, el Despacho advierte que en razón a la regla general de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral corresponde a ella las acciones correspondientes a fuero sindical, cualquiera que sea la relación laboral. Por tal razón el Despacho no se pronunciará al respecto, pero si convalidará si las motivaciones del acto administrativo acusado son suficiente para la declarar la insubsistencia de un empleado en provisionalidad que ocupa un cargo de carrera administrativa.

Se observa que en efecto, de conformidad con las normas precitadas y la jurisprudencia invocada, los actos administrativos que declaran insubsistente a empleados públicos que ocupan cargos de carrera administrativa, deben ser debidamente motivados, por razones ciertas y objetivas, entre las cuales tenemos (i) *la calificación de desempeño*, (ii) *la comisión de faltas disciplinarias* o (iii) *la provisión del cargo por concurso de méritos*¹⁸. Ahora bien, el Alcalde del Municipio de Tubará, al motivar la decisión de declaratoria de insubsistencia, invoca parcialmente la sentencia SU 917 de 2010, manifestando que el empleado que ocupa cargo de carrera administrativa, en provisionalidad, no puede predicarse de una estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, y que haciéndose necesario la mejora del servicio, puede declarar la insubsistencia para tener a una persona con mayor idoneidad para el cargo. No obstante no tiene en cuenta, las consideraciones objetivas expuestas en dicha sentencia como son: *la calificación de desempeño*, *la comisión de faltas disciplinarias* o *la provisión del cargo por concurso de méritos*. La interpretación que el ente administrativo le da a la citada sentencia, es la correspondiente a los cargos de libre nombramiento y remoción, en los cuales solo es necesario motivar la mejora del servicio atendiendo a circunstancias subjetivas del nominador en razón a la misma naturaleza del cargo, no siendo aplicable acaso en litis.

Siendo esto así, es dable concluir para el Despacho, que la falta de motivación del acto administrativo es clara, ya que la causa o causales por las cuales se decidió remover de su cargo a la actora son indefinidas, generales y abstractas, no tuvo en cuenta el real fundamento expuesto por la corte Constitucional en la sentencia aludida en dicho acto, con

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-245 de 2007

violación a ciertos derechos constitucionales y en contravía de lo establecido en el normas legales

-Hechos Probados

- Mediante Decreto 146 de 3 de julio de 2014, se hace el nombramiento a la señora NELLYS ESTHER GERONIMO CASTRO, en el cargo de secretaria de Secretaría de gobierno y asuntos administrativos municipal de Tubará. Código 440, grado 02. (Fl.10)
- Mediante Acta No. 007 de 4 de julio de 2014 se posesionó en el cargo (fl. 11)
- Mediante Decreto 65 de 22 de abril de 2016, se declara la insubsistencia de NELLYS ESTHER GERONIMO CASTRO, como servidora pública, por razones de mejora del servicio e indicando que hasta ese momento no gozaba de fuero sindical. Notificado personalmente el 26 de abril de 2016 (fl. 14-16)
- Petición realizada por la actora, para su reintegro en calidad de directiva del sindicato SUNET, e información sobre las condiciones del cargo que ocupaba. (fl. 17-18)
- Respuesta del Municipio de Tubará no accediendo al reintegro e informando, que al momento de su retiro no contaba con el fuero sindical. Así mismo informan que no ha habido convocatoria para proveer el cargo era ocupad por ella y confirman que de conformidad con el decreto 1227 de 2005, el nominador puede darlo por terminado mediante resolución motivada.

Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

- El despacho encontró probado que la actora estuvo vinculada como servidora pública en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, como es el de secretaria código 440, grado 02, en la Alcaldía de Tubará (ver fl. 14).
- Que los hechos invocados como sustento de la decisión de la declaración de insubsistencia, en la necesidad de mejorar el servicio de la administración público de Tubará, señala: *"... que la dirección de talento humano de la planta globalizada de la Alcaldía de Tubará se dé demanera organizada, situación que no se refleja ya que se le solicitó un informe de gestión a la Señora NELLIS ESTHER GERONIMO CASTRO, quien no lo presentó, para mejor el servicio de esta secretaria se considera tener una persona con mayor idoneidad académica para que ayude a mejorar el funcionamiento de la dependencia."* (Véase folio 14 al reverso). No siendo debidamente motivado por razones ciertas y objetivas, como es la calificación de desempeño, la comisión de faltas disciplinarias o la provisión del cargo por concurso de méritos.
- El oficio que da respuesta a la solicitud de reintegro, se observa que también es indebida su motivación, teniendo en cuenta que el decreto citado corresponde a cargos temporales y no provisionales en cargos de carrera administrativa, careciendo de fundamento factico y jurídico.

De conformidad con lo anterior, para este Despacho, la fundamentación del acto administrativo acusado no corresponde a la consistencia y la coherencia de la motivación del mismo, es decir, no se observó en el sub lite que dicha resolución se adoptó tras haberse observado cumplidamente el procedimiento administrativo señalado en la ley e invocado en la jurisprudencia, por lo tanto la presunción de legalidad del mismo quedó desvirtuada.

Ahora bien, frente a las pretensiones de reintegro y pago de salarios, primas y reajustes o aumentos de salarios dejados de recibir desde su desvinculación hasta que se produzca su reintegro, es procedente el reintegro al mismo cargo o a otro de igual categoría, es decir, en las mismas condiciones en que se encontraba la demandante al momento de su retiro.

En se orden de idea El municipio de Tubara deberá pagarle a la actora los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos causados dejados de percibir desde el 26 de abril de 2016 fecha en que se notificó el decreto 065 de 22 de abril de 2016, por medio del cual se declaró la insubsistencia del cargo, hasta la fecha que se produzca su reintegro efectivo al cargo en las condiciones antes descrita.

Sobre el particular se advierte que los valores adeudados serán ajustados en los términos del 187 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = RH \times \text{Índice final} / \text{Índice inicial}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo que corresponde a lo dejado de percibir, por guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

- COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

V.- FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de del decreto No. 65 de 22 de abril de 2016, expedida por la Alcaldía Municipal de Tubará, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora en el cargo de Secretaria código 440 grado 02 de esta entidad, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído .

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **CONDÉNESE** al Municipio de Tubará a reintegrar a la señora **NELLY ESTHER GERONIMO CASTRO**, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, al mismo cargo que ocupaba al momento de la desvinculación, o a uno similar o equivalente.

Radicación: 08001333300620160028500
Demandante: NELLY ESTHER GERONIMO CASTRO
Demandado: MUNICIPIO DE TUBARÁ
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

TERCERO: ORDÉNESE al Municipio de Tubará pagarle a la señora NELLY ESTHER GERÓNIMO CASTRO, identificada con cédula de ciudadanía No. 22.704.429, los salarios, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de pagar desde el 26 de abril de 2016 hasta la fecha en que se produzca su reintegro efectivo al cargo en las condiciones descrita en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Los valores que resulten adeudados, como consecuencia de esta sentencia, serán ajustados en los términos del artículo 187 del C.P.A C.A. dando aplicación a la fórmula señalada en la parte considerativa de esta sentencia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

SEXTO: NOTIFÍQUESE personalmente el presente fallo al señor Procurador Delegado ante este Despacho

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAURICIO JAVIER RODRIGUEZ AVENDAÑO
JUEZ

KS

