



Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del Atlántico
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

D.E.I.P De Barranquilla, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado	08001-3333-006-2020-00197-00
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante	Edgar Jiménez Crecines
Demandado	Municipio de Piojó
Jueza	Lilia Yaneth Álvarez Quiroz

I. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por el señor Edgar Jiménez Crecines contra el Municipio de Piojó, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II. ANTECEDENTES

- DEMANDA

2.1. PRETENSIONES

Como pretensiones de demanda, la parte actora presentó las que a continuación se transcriben:

1. Declarar nulo el Decreto No 028 de enero 13 de 2020, expedido por la Alcaldía Municipal de Piojó, el cual declaró la insubsistencia del señor Edgar Jiménez Crecines en el cargo de Técnico Área de Salud – Coordinador Pass nivel técnico de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Piojó, código 323 grado 05 nombrado provisionalmente mediante Decreto 041 de junio 21 de 2019.

2. Declarar nulo el oficio No. 042 de fecha del 17 de febrero de 2020, emitido por la Alcaldía Municipal de Piojó – Atlántico que negó el reintegro del señor Edgar Jiménez Crecines, al cargo que venía desempeñando.

3. En consecuencia, a manera de restablecimiento del derecho ordene que el señor Edgar Jiménez Crecines sea reintegrado al cargo que venía ejerciendo o a otro de superior categoría dentro de la Alcaldía Municipal de Piojó – Atlántico o que sea reubicado.

4. Ordenar a la Alcaldía Municipal de Piojó – Atlántico pagar al señor Edgar Jiménez Crecines todas las prestaciones sociales, la seguridad social, primas y los salarios

dejados de percibir desde cuando fue declarado insubsistente hasta la fecha en que se produjera el reintegro, más los intereses de mora.

5. Ordenar a la Alcaldía Municipal de Piojó – Atlántico, pagar la liquidación de las prestaciones sociales de Edgar Jiménez Crecines desde el período comprendido del 21 de junio del 2019 hasta el 14 de enero de 2020, fecha en que fue declarado insubsistente, más la sanción moratoria por el pago de retardo de dicha liquidación.

2.2. HECHOS

Al realizar el estudio del cuerpo de la demanda y sus anexos, como fundamentos fácticos de las pretensiones de demanda, se resumen los siguientes:

- El señor Edgar Jiménez Crecines mediante Decreto No. 041 de junio 21 de 2019, fue nombrado y posesionado en el cargo de Técnico Área de Salud – Coordinador Pass nivel técnico código 323 grado 05, con carácter de provisionalidad de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Piojó.
- El día 16 de Enero del presente año, lo declararon insubsistente mediante Decreto N° 028 de Enero 13 de 2020, en el cual manifiestan que no superó las etapas del concurso de mérito del cargo, sin que dicho acto estuviera motivado.
- El concurso de meritocracia inicio en el año 2018, y hasta la presente la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) publicó lista de elegibles el 10 de agosto de 2020.
- En el concepto marco 09 de 2018, el Departamento Administrativo de la función pública expresó que la situación de quienes ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad es protegida constitucionalmente en la medida en que, en igualdad de condiciones, pueden participar en los concursos, además de que gozan de estabilidad laboral durante el lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean remplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo por méritos.
- Claramente se ha violado a título de abuso de poder por parte de la administración actual los derechos fundamentales a la estabilidad laboral relativa, al trabajo, a la seguridad social, y al mínimo vital del demandante.
- Que presentó derecho de petición el 29 de enero de 2020, radicado bajo el número 0146 ante la Alcaldía Municipal de Piojó, en el cual, solicitó el reintegro al cargo que venía desempeñando.

- La Alcaldía Municipal de Piojó, mediante oficio No. 042 de fecha 17 de febrero de 2020, respondió su solicitud negativamente, pues no accedió a su reintegro, manifestando que el Decreto a través del cual se declaró su insubsistencia se encontraba debidamente motivado.
- El proceso que está adelantando la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer definitivamente los Cargos o empleos vacantes de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Piojó (Atlántico), es el proceso de selección No. 749 de 2018 - Convocatoria Territorial Norte, cuyas reglas están establecidas en el Acuerdo No. CNSC – 2018000006256 del 16-10-2018, publicando la lista de elegibles el 10 de agosto de 2020; por tanto para los días en que fue expedido el Decreto de insubsistencia del demandante por la Alcaldía Municipal de Piojó, no había culminado el proceso de selección, por tanto, no existía la lista de elegibles, para que se basaran en ella para reemplazar a quien puede ser retirado una vez se realice el nombramiento en periodo de prueba de las personas que ocupen los primeros puestos.
- En el Decreto que declara insubsistente al demandante, se cita el Decreto reglamentario 1227 de 2005, manifestando que los términos de duración de los nombramientos provisionales no pueden superar los seis meses; pero este Decreto no tiene validez, no es procedente, no tiene efectos jurídicos porque fue derogado por el Art. 3.1.1. del Decreto 1083 del 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, y en este último Decreto no se establece ningún termino de duración para los nombramientos provisionales.
- Adicionalmente, la Alcaldía Municipal de Piojó (Atlántico) desde cuando fue retirado el demandante hasta el día de hoy, no le ha pagado la liquidación de sus prestaciones sociales, esto demuestra la mala fe de esta entidad pública territorial, por lo que se hace merecedora que se le imponga la sanción moratoria por el pago de retardo de su liquidación.
- El demandante Edgar Jiménez Crecines, cuando fue nombrado provisionalmente en el cargo de carrera en el que se desempeñó, mediante Decreto No. 041 de junio 21 de 2019, era una persona discapacitada, cuyo diagnóstico es <presente rodilla izquierda, fractura de la diafisis del fémur izquierdo, con porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 25%, condición que era de total y pleno conocimiento por la Alcaldía Municipal de Piojó, siendo esta, otra razón por la cual no debió ser declarado insubsistente, a quien debieron garantizarle sus derechos por su discapacidad física, siendo una persona de especial protección

constitucional, de conformidad a lo estipulado en el inciso segundo del artículo 52 de la ley 909 de 2004, y el artículo 13 de la Carta Magna.

2.3. Fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de violación.

Como fundamentos de derecho, normas violadas y concepto de su violación, presentó la parte actora los argumentos que a continuación se resumen:

2.3.1. Disposiciones Violadas

- Constitución Política Art. 6, 25, 29, 48, 53
- Ley 489 de 1998, Ley 734 de 2002, Ley 909 de 2004, Decreto 760 de 2005, Decreto 1083 del 2015

En virtud de salvaguardar el artículo 6 de la Constitución Política, es necesario que mediante la nulidad de los actos administrativos se guarde lo allí señalado, pues la expedición del Decreto que declaró la insubsistencia reviste de una flagrante extralimitación en las funciones de la Administración Pública.

El proceso de selección realizado por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) comprende una etapa convocatoria, una de reclutamiento, una de pruebas, la lista de elegibles, y por último el periodo de prueba, en el que evalúan el desempeño laboral. Como lo establece la anterior norma para ser retirados los funcionarios debía haber existido la lista de elegibles para que inmediatamente fueran ocupados los cargos de carrera vacantes por lo cual se realizó el concurso de mérito; por tanto, el 13 de enero del 2020, en que fue declarado insubsistente el actor por el Decreto de la Alcaldía Municipal de Piojó, no existía la lista de elegibles vigente.

En estos momentos el proceso de selección que se encuentra vigente que está llevando a cabo la CNSC para proveer los cargos en la Alcaldía del Municipio de Piojó es el Acuerdo No. CNSC – 2018000006256 del 16-10-2018, por el cual, se establece las reglas del concurso abierto de méritos y se convoca para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal de la Alcaldía de Piojó - Atlántico "proceso de selección No. 749 de 2018 – Convocatoria Territorial Norte". Es de anotar, que este proceso ya superó la etapa de pruebas y hasta la presente apenas fue publicada la lista de Elegibles el 10 de agosto de 2020, en la página www.cnsc.gov.co enlace Banco Nacional de Listas de Elegibles, como lo establece el artículo 51 del Acuerdo de Convocatoria ya citado.

La Alcaldía al tomar la indebida decisión de retirar al demandante, sin ceñirse al debido proceso de selección realizado Por la CNSC, perturba y perjudica el normal funcionamiento y desarrollo de la administración pública, ignorando el interés público para

el bien del Municipio de Piojó, ya que dicho cargo no debe ser asumido por capricho personal, y no debe ser asumido por cualquier persona que no cumpla con los requisitos y no haya superado satisfactoriamente el debido concurso de mérito, porque para ser ocupado el cargo que desempeñaba el demandante debe ser nombrada la persona de la lista de elegibles, que para este caso la lista fue elaborada y publicada el 10 de agosto de este año, y una vez nombren a la persona que estará en periodo de prueba es cuando podía la Alcaldía declarar insubsistente al actor..

El Decreto de la Alcaldía de Piojó, que declaro insubsistente al demandante jamás alega ni expresa alguna causal para ser retirado, que puede ser por insatisfacción del cumplimiento de funciones, la comisión de una falta penal, o la elección de un funcionario por medio de un concurso de mérito. Por lo que en estos actos administrativos, hay **falta de motivación**, son totalmente nulos, deben ser dejados sin efectos porque no dan ninguna justificación para prescindir de sus servicios, simplemente lo retiran, pues como lo dicen ambas normas anteriormente citadas su terminación debe ser motivada, que para el caso de mi poderdante no se cumple esta condición, son actos injustos.

2.4 Contestación De La Demanda

2.4.1. Municipio de Piojó

La administración municipal de Piojó es respetuosa de las normas sobre carrera administrativa y de los concursos de méritos, señalados en nuestra constitución en el artículo 125. La anterior administración ofertó las plazas provisionales, a través de concurso de mérito, desarrollado en la convocatoria No. 749 de 2018, pero el cargo de Área de salud coordinador pass, código 323 grado 05, nadie superó el concurso de mérito, ni nadie salió en la lista de elegible, si el demandante ostenta algún derecho, de las etapas de haber ganado alguna de las etapas del concurso de mérito que lo pruebe.

Por lo tanto el acto administrativo, contenido en el acto de insubsistencia, fue expedido con base en la potestad de la discrecionalidad del nominador, mejorar el buen servicio y el programa de gobierno.

El demandante está en el deber de demostrar al juzgado, un mejor derecho como es el hecho de demostrar que se encontraba vigente y haber superado las etapas del concurso de mérito, como jamás lo va a demostrar, si en este cargo nadie paso el concurso de mérito, por lo tanto el actor no puede reclamar derecho alguno de estabilidad y el nominador estaba en la facultad de declararlo insubsistente.

2.5. Alegatos

2.5.1. Parte demandante

La parte demandante presentó alegatos de conclusión, ratificando los cargos y argumentos expuestos en la demanda.

2.5.2. Parte demandada

No alegó de conclusión.

2.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio público no emitió concepto.

III. TRAMITE PROCESAL

- La demanda fue presentada el 30 de octubre de 2020¹ y admitida en auto de fecha 30 de noviembre de 2020.²
- Surtidos los trámites de notificación, la demanda fue contestada mediante correo de 02 de junio de 2021.
- De las excepciones propuestas, se corrió traslado mediante fijación en lista del 16 de julio de 2021.³
- Se citó a audiencia inicial mediante auto de 12 de agosto de 2021, fecha que fue modificada mediante auto del 04 de octubre de la misma anualidad⁴, audiencia que se llevó a cabo el 26 de octubre de 2021, en la misma una vez surtidas las etapas correspondientes, se decretaron pruebas documentales, por lo que, se prescindió de la audiencia de pruebas y se ordenó que una vez se allegaran las documentales solicitadas por secretaría se les corriera traslado.
- Mediante auto de 25 de noviembre de 2021, se dispuso corre traslado para alegar de conclusión⁵.
- Finalmente, y vencido el referido traslado para alegar, ingresa el proceso para dictar sentencia.

Expediente Digital N° 03 (Acta de Reparto)
Expediente Digital N° 04 (Auto Admisorio)
Expediente Digital N° 11 (Traslado de Excepciones Fijación en lista)
Expediente Digital N° 13 y 14
Expediente Digital N° 25 (Auto corre alegatos)

IV. CONSIDERACIONES.

4.1. Validez de la actuación.

Revisadas las actuaciones procesales, no se observan irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado.

4.2. Problema jurídico: Se deberá determinar ¿si existe falta de motivación en los Decretos 028 del 13 de enero de 2020, y Decreto 042 del 17 de febrero de 2020, expedido por el Alcalde del municipio Piojó, que declaró la insubsistencia del señor Edgar Jiménez Crecines, quien se desempeñaba en el cargo de cargo de Técnico Área de Salud – Coordinador Pass nivel técnico de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Piojó, código 323 grado 05?

4.3. Tesis del Juzgado:

La respuesta al interrogante principal que se planteó ab initio, será positiva, en el sentido que no existió una motivación real del acto acusado, con lo cual se constituye un vicio que conduce a la nulidad de los actos administrativos demandados.

Al respecto se tiene que, en el acto que declaró insubsistente al actor no se hicieron consideraciones específicas en torno a las razones por las cuales la labor desempeñada afectaba la prestación del servicio, o que se hiciera necesario el nombramiento de la persona que ganó el concurso de méritos; o proceso disciplinario concluyente, que hiciera necesario adoptar la decisión de retirarlo para lograr el mejoramiento del servicio.

4.4. Marco jurídico y jurisprudencial

4.4.1. Normatividad de la carrera administrativa, el encargo y la provisionalidad en Colombia⁶.

El artículo 125 de la Constitución Política, prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y expresamente exceptúa de la misma a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, a los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Señala además que, los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la ley, serán nombrados por concurso público; el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; el retiro ocurrirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales

⁶ El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, agosto 4 de 2010, Expediente N° 15001 -23-31-000- 2001-00354-01 (0319-08)

previstas en la Constitución o la ley; y en ningún caso la filiación de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

En su artículo 130, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Con relación a la carrera administrativa, cabe resaltar que son también concordantes el numeral 13 de su artículo 189, que estableció que es al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa a quien le corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. Y determinó que en todo caso, al Gobierno le asiste la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes. En el artículo 209 estableció, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones; con lo que adquirieron rango constitucional los principios que hasta el momento solo encontraban consagración legal.

Es así como la Ley 909 de 2004 señala en su artículo 1º, que su objeto es la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos reguladores de la gerencia pública y señala que los empleos de carrera, los de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales hacen parte de la Función Pública. En su artículo 3º describe en forma taxativa sus destinatarios.

En el artículo 4º por primera vez se define lo que es un sistema específico de carrera. Enlista las carreras específicas agregando a las que traía la normativa anterior, las Superintendencias, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la U.E.A de la Aeronáutica Civil.

El Decreto 1227 de 2005 reglamentó la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con los empleos temporales y provisionales.

Definió el empleo temporal en el artículo 1º, como aquel creado en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento; está sujeto a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad; el estudio técnico debe contar con concepto previo favorable del DAFP y su régimen salarial y prestacional será el corresponde a los empleos de carácter permanente. Como lo informa su artículo 4º, el nombramiento se debe efectuar teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal,

mediante acto administrativo con indicación del término de duración, que una vez vencido, implica su retiro automático, teniendo en cuenta, según su artículo 3º, las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y si no existen, la Entidad realizará un proceso de evaluación del perfil.

En el Parágrafo Transitorio de su artículo 8º en cuanto a los **empleados provisionales** dispuso, que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio; **dicho encargo o nombramiento provisional no puede superar los 6 meses**, término dentro del cual se debe convocar a concurso y reitera que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

Esta norma fue modificada por el **Decreto 3820 de 2005**, en el sentido de establecer la prórroga de dichas figuras hasta la superación de las circunstancias que las originaron previa autorización de la Comisión del Servicio Civil. Este último a su vez, se modificó por el **Decreto 1937 de 2007**, que amplió el espectro de la prórroga, señalando que no se requiere autorización de la Comisión Nacional del servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera. Seguidamente por medio del **Decreto 4968 de 2007**, la norma sufrió variación en el sentido de que la Comisión Nacional del Servicio Civil debe resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud y si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entiende prorrogado o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso. Especificó las vacancias temporales que no requieren de autorización de la Comisión y agregó que tampoco es necesaria la autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso.

El Decreto 1227 de 2005 en el artículo 9º reitera lo estipulado en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, relacionado con la separación temporal del cargo de carrera que admite provisión **en forma provisional**, sólo por el tiempo de duración de la separación temporal, cuando no sea posible el encargo e insistió en que cuando el empleado ejerza empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera, su vinculación tendrá carácter provisional y ese cargo de carrera se tiene que proveer en orden de prioridad por acto administrativo emitido por el nominador. Y en su artículo 10 señaló, que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador puede darlos por terminados, tal como lo estableció en el artículo 7º Decreto 1572 de 1998, pero agregando que la resolución debe ser motivada.

Empero, estas disposiciones fueron suspendidas provisionalmente por el H. Consejo de Estado⁷, en providencia del 5 de mayo de 2014; por considerar entre otras cosas que, la Comisión Nacional del Servicio Civil no puede inmiscuirse en temas regulados específicamente por la normativa especial.

Así las cosas, en el funcionamiento de la administración, no puede estar supeditado a las autorizaciones o no, de la CNSC, para ejercer las facultades que el mismo legislador ya previó.

El Decreto 3905 de 2009 fue expedido por el Presidente en uso de las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 Superior y la Ley 909 de 2004, a fin de reglamentarla en lo concerniente al derecho a la pensión de jubilación que le asiste a quienes fueron nombrados en provisionalidad en empleos vacantes del sistema general, específico y especial del sector Defensa en forma definitiva antes del 24 de septiembre de 2004 y que les faltaren 3 años o menos para causar dicho derecho.

4.4.2. De la situación del Empleado Provisional

Encuentra el Despacho que de conformidad con el recuento normativo que antecede, en nuestro país existe como garantía para los servidores públicos, que les permite la permanencia en los cargos, el principio general de la carrera administrativa, que ha atravesado por diversas condiciones circunstanciales de las dinámicas políticas, que inevitablemente en veces la han convertido en la excepción.

Es así como en la Carta Política de 1886 inicialmente se consagraron las reglas generales sobre el servicio público, entre las que se hizo alusión a la carrera administrativa, que en los primeros cincuenta años de su vigencia se tornó en una figura extinta, pero que renació con la expedición de la Ley 165 de 1938, en la que se proyectaron los principios fundamentales de mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y ascenso en la misma. Sin embargo, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968, en tanto que admitió el ingreso automático a la misma, favoreciendo a los empleados que estuvieron desempeñando el empleo de carrera, solo por el hecho de estarlo haciendo al momento de la expedición de la ley; obviando con ello, que uno de los pilares básicos es el mérito que se debe demostrar previo al ingreso en el servicio público, situación que encontró su fin solo hasta el año 1997, con la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional del artículo 22 de la Ley 27 de 1992 en la Sentencia C-030.

⁷ El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente N° 11001-03-25-000-2012-00795- 00 (2566-12)

De manera particular y tal como se advirtió, fue a partir del Decreto 1732 de 1960, que en forma expresa se contempló la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados provisionales. Aunque esta figura inicialmente se estableció con una duración de 15 días, término que una vez cumplido habilitaba al provisional para separarse del cargo, en tanto que no podía continuar ejerciendo las funciones del empleo, lo cierto es, que con el paso del tiempo adquiriría vocación de permanencia, pues en caso de persistir la ausencia de lista de candidatos elegibles para proveer el cargo, el mismo debía ser provisto en provisionalidad por el nominador.

El artículo 5º del Decreto 2400 de 1968, estableció por primera vez, las clases de nombramiento: el ordinario, en periodo de prueba y el provisional, debiendo tener ocurrencia este último, tal como lo señala su inciso 4º, solo cuando se tratara de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera, con un límite temporal de 4 meses. Por su parte el artículo 26, habilitó la declaratoria de insubsistencia sin motivación alguna, del nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo, no perteneciente a la carrera y el artículo 25, contempló dentro de las causales de retiro del servicio, la insubsistencia del nombramiento; de tal suerte que no asistiéndole derechos de carrera al provisional, es necesario establecer el alcance de los artículos 25 y 26 del citado Decreto, sobre su desvinculación vía acto discrecional.

Pues bien, se observa que el análisis sistemático de estos preceptos permite deducir la siguiente percepción, que reviste especial importancia para aclarar los nexos entre la cesación definitiva de las funciones de los empleados provisionales y los actos discrecionales de insubsistencia.

En efecto es claro, que por orden legal, la designación del empleado provisional tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado; tal circunstancia en armonía con el inciso 3º del mismo artículo, permite deducir, que dicho nombramiento no tiene el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, no otorga la estabilidad propia del sistema; así las cosas, su desvinculación se producirá dentro de las hipótesis del artículo 25 ibidem, que bien desarrolló el artículo 26, pero con la ambigüedad relacionada a que la insubsistencia es propia de los que no pertenecen a una carrera, esto es, los nombramientos ordinarios o sea los de libre nombramiento y remoción, pues para los de carrera existen los motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios de insatisfactoria.

La manera como quedó redactado el precepto, en principio, no sería extensible a los funcionarios provisionales, pero tampoco estos vínculos generan derecho de estabilidad; de tal suerte, que la ambigüedad se resuelve en la identidad material que existe entre el

nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, lo cual origina en forma lógica que la cesación definitiva de funciones comporta identidad de dispositivo de los señalados en el artículo 25 literal a), es decir, que el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, pueda y deba hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, pensar lo contrario supone atribuir al nombramiento provisional consecuencias que no tiene, es decir, someterlo al procedimiento del inciso 2º del artículo 26, sin que se comporte hipótesis material, porque el ingreso de estas personas no ocurrió previo un sistema de selección de mérito, lo cual como puede apreciarse, conduce a que la identidad material del ingreso al servicio por nombramiento ordinario comparta analogía real con el ingreso al servicio público por nombramiento en provisionalidad.

Esta identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional encuentra disposición expresa en el Decreto 1950 de 1973, por medio de su artículo 107, que preceptúa que tanto el nombramiento ordinario como el provisional, pueden ser declarados insubsistentes sin motivación de la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que le asiste al Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados.

Tal identidad que comparte el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, en razón de que puede declararse su insubsistencia sin motivación alguna, persiste aún, en razón de que la Carta Política de 1991 en su artículo 125, preceptuó como causales de retiro para los empleados de carrera, no solo la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario, las demás causales previstas en la Constitución, sino también las demás contempladas por "la ley"; última parte de la disposición Superior, que habilita de manera expresa la aplicación de lo prescrito en esta particular materia de tiempo atrás, por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

El empleado provisional seguía teniendo vocación de permanencia al interior del servicio público y no era de otra manera cuando la Ley 61 de 1987, con la estipulación de las excepciones al término de 4 meses de duración de la figura, habilitó tres posibilidades de ocupar un cargo en provisionalidad: la ordinaria ante la carencia de lista de elegibles, la del que ocupaba el cargo del empleado a quien se le otorgó comisión de estudios y la de quien laboraba en el cargo que fue prorrogado por solicitud de la entidad interesada debidamente motivada.

El nombramiento provisional, con las Leyes 27 de 1992 y Decretos Reglamentarios y con la Ley 443 de 1998, pasó a convertirse en figura suplente del encargo, que se constituyó en el derecho preferencial de los empleados escalafonados para ocupar los cargos de carrera; de suerte que, la provisionalidad en virtud de la segunda Ley, admitió varias

Radicado No. 08001-3333-006-2020-00197-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Edgar Jiménez Crecines
Demandado: Municipio de Piojó

excepciones a su temporalidad de 4 meses, aunque en el Parágrafo de su artículo 8º, expresamente contempló la imposibilidad de la prórroga de dicho término al igual que el impedimento para proveer nuevamente el empleo a través de dicho mecanismo.

Las causales de pérdida de los derechos de carrera, en tanto que siguen siendo las mismas que se dispusieron en la normativa que le precede a estas Leyes, permiten sin lugar a dudas afirmar la vigencia de los artículos 5º, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968 y del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

El Decreto 1572 de 1998 en su artículo 7º, continuando con el lineamiento expuesto en la normativa que le antecedió; expresamente habilitó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del empleado provisional, a través de acto expedido por el nominador, es más, facultó a este para darlo por terminado mediante resolución, en cualquier momento antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga. Esta disposición corrobora aún más que la cesación de funciones del empleado provisional puede y debe hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, que también aplica para los empleados con nombramiento ordinario.

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004, cuando establece que las clases de nombramiento son ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal; con lo que se torna aún más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, varía la situación, pero solo cuando se da por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, evento en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

De todo lo anterior emerge con claridad, que in factum no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación in absurdo,

porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

Por tanto, el nombramiento en provisionalidad no genera ninguna clase de estabilidad respecto al empleado que lo ocupa, dado que el mismo legislador previó las circunstancias para que se tome dicha figura, así como la terminación de la misma; toda vez que su nombre de provisionalidad, aduce, transitorio; posición que impera hasta el día de hoy en el Tribunal Supremo de lo Contencioso.

4.4.3. Hechos Probados

En el sublite está acreditado que, el señor Edgar Jiménez Crecines se vinculó en el cargo Técnico Área de Salud – Coordinador Pass nivel técnico código 323 grado 05 de la planta de personal de la alcaldía Municipal de Piojó, mediante Decreto 041 del 21 de junio de 2019.

Luego, a través del Decreto 028 de 13 enero de 2020, se le declaró insubsistente del cargo que viene de mencionarse, con lo cual se le desvinculó del servicio.

4.5. Caso Concreto

En el caso que se estudia, pretende la parte demandante la nulidad de los actos administrativos que lo declararon insubsistente y como consecuencia de ello, se restablezca su derecho, reintegrándolo al cargo que venía ocupando.

Por metodología y para determinar las especificidades del caso, se examinará la legalidad del acto administrativo en virtud del cual fue declarado insubsistente al señor Edgar Jiménez Crecines atendiendo en orden los cargos que por violación se endilgan contra el mismo, y del cual alega el demandado estar conforme a derecho; para así determinar, si se motivó o no el acto de desvinculación y si éste a la vez está conforme a la Ley y la jurisprudencia.

Luego entonces, resulta menester transcribir el acto administrativo reprochado, a fin de verificar su contenido:

Decreto N° 028
(Enero 13 de 2020)

POR MEDIO DEL CUAL SE DECLARA UNA INSUBSISTENCIA

Radicado No. 08001-3333-006-2020-00197-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Edgar Jiménez Crecines
Demandado: Municipio de Piojó

El alcalde Municipio de Piojó – Atlántico, en uso de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el artículo 315 de la C.P., artículo 91 de la Ley 136 de 1994, Ley 909 de 2004 y Decreto 1083 de 2015.

CONSIDERANDO

“Conforme lo establece el artículo 315 de la C.P. son atribuciones del alcalde dirigir la acción administrativa; nombrar y remover funcionarios bajo su dependencia, conforme a las disposiciones pertinentes.

Que el señor Edgar Jiménez Crecines, fue nombrado en provisionalidad en el cargo de técnico operativo – área de presupuesto, nivel técnico, código 323, grado 05, mediante decreto 041 de 2019.

Que la vinculación del presente cargo no obedeció a ningún proceso meritocrático.

Que la Alcaldía del Municipio de Piojó, mediante proceso de concurso de selección N° 749 de 2018 de la CNSC, sometió los cargos de la planta de personal de la Alcaldía de Piojó, a concurso.

Que el señor Edgar Jiménez Crecines, no supero las etapas del concurso de mérito del cargo.

Que la Ley 909 y se decreto reglamentario 1227 de 2005, 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.

La potestad de remoción del cargo se hace para mejorar el buen servicio y articular el programa de gobierno de la actual administración. (Negrillas y Subrayas del Despacho)

En merito de lo anterior,

DECRETA

ARTICULO PRIMERO: Decrétese la insubsistencia del señor Edgar Jiménez Crecines, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° 3.738.571 del cargo de técnico área de salud - Coordinador Pass, nivel técnico, Código 323, grado 05, de la alcaldía del Municipio de Piojó, realizado mediante Decreto N° 041 de Junio 21 de 2019.

ARTICULO SEGUNDO: Remítase este acto administrativo, para que repose en los archivos de la Secretaría de Gobierno del municipio, dependencia encargada de las funciones de talento humano.

ARTICULO TERCERO: Contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno.

ARTICULO CUARTO: El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición.

COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

Dado en el municipio de Piojó – Atlántico, a los (15) días de enero del año dos mil veinte (2020).

En este orden de ideas, corresponde a esta sede judicial, pronunciarse sobre los argumentos esbozados por el Municipio de Piojó en el acto de insubsistencia, los cuales para efectos metodológicos, lo dividiremos en tres (razones) arriba subrayadas, a fin de determinar si existió una falsa o falta motivación o si el mismo fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse.

Inicialmente, se procederá definir en que consiste la potestad discrecional administrativa⁸ atendiendo al parámetro fijado por el H. Consejo de Estado en Sentencia del 30 noviembre de 2006⁹ quien en cita de la definición planteada por el Dr. Hugo Alberto Marín Hernández señaló:

"Como corolario de lo hasta aquí expuesto, es que se han formulado definiciones de la discrecionalidad administrativa desde enfoques que combinan las dos perspectivas que se acaba de comentar —conceptos "negativos" o "formales", de un lado, y "materiales" o "positivos", de otro—, con lo cual ofrecen probablemente la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, entendiéndola como:

«...el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico»¹⁰

En efecto, la potestad discrecional que ostenta la administración como facultad otorgada por el ordenamiento jurídico, le permite en desarrollo de su función y actividad, un cierto grado de libertad para tomar decisiones sin el deber de motivarlas, como quiera que, su intención se presume determinada por el interés público y revestida de legalidad; luego, la finalidad perseguida por esta potestad es el buen funcionamiento de la administración.

En este sentido, se ha considerado como una de las manifestaciones de la potestad discrecional que ostenta la administración como nominadora, la declaratoria de insubsistencia; sin embargo, actualmente esta es predicable respecto a los empleados de libre nombramiento y remoción, no así en relación a los empleados nombrados en provisionalidad, toda vez que la Ley 909 de 2004, fijó para efectos del retiro de estos empleados, la obligación de expresar los motivos de la insubsistencia.

Así las cosas, se concluye que el acto administrativo demandado no podía ser expedido en ejercicio de la facultad discrecional, como sostiene la demandada, sino que en tratándose del retiro de los empleados provisionales estamos en presencia de un acto reglado, toda vez, que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004¹¹, y su Decreto reglamentario 1227 de 2005¹² (aplicable al caso en estudio) la **norma ordenó como**

⁸ La jurista española Eva Desdentado Daroca, Define la Discrecionalidad Administrativa (diferenciándola de la Discrecionalidad jurídica y política) como: "aquella que consiste en la realización (por parte de la administración) de elecciones sobre los medios más convenientes para la consecución de los fines de interés público establecidos por el legislador o, incluso, en la especificación de esos fines."

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Alir E. Hernández Enríquez. Exp. 13074.

¹⁰ MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, Tratamiento de la discrecionalidad...pág. 100.

¹¹ Artículo 41: "(...) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado."

¹² Artículo 10: "Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados."

recién se señaló, la motivación de los actos de retiro de dichos servidores, con lo cual el nominador ya no podrá hacer uso de la discrecionalidad para expedirlo.

Descendiendo al caso concreto, al observar el decreto de insubsistencia, la administración consigna los fundamentos de la decisión, acudiendo a un marco jurídico demarcado para el ejercicio de la facultad del retiro de empleados y acudiendo a razones del buen servicio y articulación el programa de gobierno de la actual administración, así como al hecho de que el actor no superó el concurso de méritos y al vencimiento del término de seis meses otorgado por la Ley para esta clase de nombramientos, como motivos principales.

Frente al argumento del buen servicio, la Corte Constitucional en sentencia SU-917 de 2010, efectuó un análisis en relación a la motivación y contenido de los actos retiro de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, cuyo quid resulta oportuno escudriñar a efectos de una mayor comprensión temática; los apartes señalan:

“a.- Motivación de los actos de retiro.

En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad¹³.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”¹⁴. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo”¹⁵.

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas¹⁶.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

¹³ En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5º del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4º de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

¹⁶ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009. Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

Radicado No. 08001-3333-006-2020-00197-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Edgar Jiménez Crecines
Demandado: Municipio de Piojó

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que "las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional"¹⁷, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que "sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores"¹⁷.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es "reglada" y "deberá efectuarse mediante acto motivado", mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia "discrecional" mediante "acto no motivado"¹⁸. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos¹⁹.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

Desde la Sentencia C-514 de 1994, reiterada en varias oportunidades²⁰, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción para la provisión de empleos, de modo que "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".

Pero como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, el nominador tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad (relativa) con la que puede hacerlo para aquéllos cargos, esto es, sin el deber de motivar sus actos.

La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones²¹ y se ha mantenido inalterada en los más recientes fallos sobre el

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652

¹⁸ "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: (...) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. // La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado". Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652

¹⁹ Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2001 y T-752 de 2003, entre muchas otras.

²¹ En la Sentencia T-800 de 1998 la Corte sostuvo por vez primera que "el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". Tesis reiterada en las numerosas sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en la materia.

particular²², aún cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional²³.

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor. Esta postura ha sido abordada en algunas de las sentencias recientes. Por ejemplo, en la sentencia T-007 de 2008 dijo al respecto:

“La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso (T-1011/03). Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección” (T-1316/05), que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P.).

De igual forma, en la Sentencia T-251 de 2009 esta Corporación sostuvo:

“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”.

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

b.- Contenido de la motivación

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

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso,

²² Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009

²³ Es así como en algunas ocasiones la Corte ha sostenido que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad” (Sentencia T-800 de 1998, reiterada, por ejemplo, en las sentencias T-884 de 2001, T-392 de 2005, T-257 de 2006, T-104 de 2009 y T-108 de 2009). En otros eventos ha considerado que “un nombramiento en provisionalidad, así sea por un periodo largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria” (Sentencias T-1241 de 2001, C-901 de 2008 y T-251 de 2009). También ha señalado que “aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre” (Sentencias T-1316 de 2005, T-1011 de 2003, C-279 de 2007, T-007 de 2008, T-023 de 2009).

pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado"²⁴. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión"²⁵.

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"²⁶.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa²⁷ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados"²⁸.

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", no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario. 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 ordinarias. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

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

²⁴ 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".

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

²⁷ CP., Artículo 209.- "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

²⁸ Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p. 1994, p. 162.

Radicado No. 08001-3333-006-2020-00197-00
 Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
 Demandante: Edgar Jiménez Crecines
 Demandado: Municipio de Piojó

son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos (Subrayas para resaltar).

De acuerdo, al marco fijado por la Corte, se advierte que el señalamiento del ente demandado, en el acto de insubsistencia de las solas expresiones de buen servicio y articulación con el plan de gobierno de la entidad como motivaciones, no son suficientes, por cuanto constituye una imposición legal y directriz jurisprudencial, la exposición de las razones, explícitas, claras y detalladas de la decisión.

En un caso similar al estudiado, la Corte concluyó que no existía motivación de retiro acudiendo a las siguientes razones²⁹:

"Tampoco estima la Sala que las razones contenidas en el acto por medio del cual se declara insubsistente al señor... puedan hacerse equiparables a una motivación. La entidad demandada se limitó a llenar sendas páginas con doctrina y jurisprudencia y tan sólo en la parte resolutoria mencionó que el señor... se declararía insubsistente por motivos de mejorar el servicio y la buena marcha de la administración. En ningún lugar de la resolución se pueden encontrar razones – serias, claras, detalladas y precisas – que expliquen por qué la permanencia del señor... en el cargo de... contribuye a desmejorar el servicio y la buena marcha de la administración.

"Como se indicó más arriba, es característico de un gobierno democrático ofrecer explicaciones – jurídicas y fácticas – sobre las actuaciones adelantadas por la administración. La administración debe aclarar de modo detallado los fundamentos en que se sustentan sus decisiones. Se señaló, además, que una de las finalidades de la motivación consiste en brindarle la oportunidad a la persona que será desvinculada de ejercer su derecho de contradicción y radica, por ende, en garantizar su derecho constitucional fundamental al debido proceso. Esto a todas luces no sucedió en el caso señor..."

De igual forma, el Consejo de Estado sobre la presunción del mejoramiento del servicio ha indicado:

*"De esa manera probó que era una eficiente servidora y no se evidencian razones de servicio que ameritaran su retiro. **La entidad demandada por su parte, tenía la obligación de indicar las razones de servicio que llevaron a la expedición del acto de insubsistencia y demostrar en qué sentido se proponía mejorar el servicio, sin embargo solamente se limitó a argumentar que el acto de insubsistencia fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional,** y que no existe nexo de causalidad entre el acto de insubsistencia y el hecho de que no se haya asignado todo el presupuesto requerido para el ejercicio del objeto de la División a su cargo o la asignación del personal requerido. En esas condiciones, demostró la parte actora que con su labor garantizaba la prestación de un buen servicio público y que con su retiro se desmejoró, mientras que la entidad no indicó cómo pretendía mejorar el servicio con la decisión de insubsistencia, siendo así, la causa de la expedición del acto demandado no estuvo basada en razones del buen servicio, sino que obedeció a una decisión arbitraria y caprichosa del nominador, configurándose la desviación de poder."³⁰*

En efecto, en la sentencia SU-917 del 16 de noviembre de 2010 la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, indicó que la desvinculación de una persona nombrada provisionalmente en un cargo de carrera procede por i) provisión

²⁹ Corte Constitucional en sentencia T-132 de 2007.

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda –Subsección A. Sentencia del 5 de septiembre de 2012. Expediente 2378-18. C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

definitiva del cargo por haberse realizado concurso de méritos; ii) la imposición de sanciones disciplinarias; iii) calificación no satisfactoria; u iv) otra razón específica atinente al servicio que se está prestando y que debería prestar el funcionario.

Ahora bien, en relación con la motivación referente al vencimiento del término de seis (06) meses que impone la Ley para esta clase de nombramientos, vale la pena traer a colación la sentencia de 19 de febrero de 2015, proferida en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejera Ponente Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, que al resolver un caso en que se solicitaba la anulación de un acto administrativo de desvinculación, fundado en el cumplimiento del plazo de seis meses previsto en la referida norma -artículo 10 del Decreto 1227 de 2005-, consideró lo siguiente:

"De la lectura y análisis de los documentos que obran en el proceso, como son el acto de nombramiento, la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para que el mismo fuera por el término de seis (6) meses y el acto que dio por terminada la vinculación laboral de la demandante con el Municipio de Villavicencio, se establece que la entidad demandada cumplió la mencionada autorización y al vencerse el término indicado para el nombramiento procedió a terminarlo para lo cual expresó las motivaciones contenidas en el acto de retiro como fueron: el vencimiento del término, que el nombramiento provisional es transitorio y que recae en personas no seleccionadas por el sistema de carrera administrativa, que el Decreto 1227 de 1995, en el artículo 10, señala que antes de cumplirse el término del nombramiento provisional el nominador lo puede terminar mediante resolución motivada, que la Comisión Nacional del Servicio Civil indicó que uno de los motivos por los cuales se puede terminar un nombramiento provisional es por el cumplimiento de la condición, en este caso, por vencimiento del término para el que fue nombrada la demandante, y que se cumplió el período para el cual fue autorizado el nombramiento.

(...)

Ahora bien, las motivaciones contenidas en el acto de retiro de la demandante tienen la connotación de cumplir las exigencias mínimas respecto de su contenido material, de tal manera que la actora contara con elementos de juicio necesarios para acudir a impugnar la decisión a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 aludiendo a cualesquiera de las causales contenidas en el artículo 137 ibídem? A juicio de la Sala se debe responder que las motivaciones consignadas en aquél no son verdaderas razones que justificaran la decisión, pues, no tienen la identidad predicada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 917 de 2010, cuya parte pertinente se transcribió en el apartado anterior, ya que si bien tiene una motivación formal no se tiene conocimiento sobre las razones precisas de la decisión del Municipio de Villavicencio. Dicha decisión es posible de ser enjuiciada, como en efecto lo fue; sin embargo, motivaciones como las allí consignadas en nada ayudan para adelantar un proceso contencioso en el cual se controviertan las verdaderas razones que se tomaron para retirar a la demandante.

Así, pues, no es admisible cualquier motivación sino aquella en la que consten o se invoquen los argumentos precisos y puntuales para adoptar la decisión que serían, en este caso, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos, que a la demandante se le hubiese impuesto sanciones disciplinarias por faltar al decoro que debe tener todo servidor público o por inasistencia al sitio de trabajo, por haber sido calificado de manera no satisfactoria, incumplimiento de las funciones propias del cargo o cualesquiera otra razón que tenga relación directa con la prestación del servicio a la comunidad, y que se pueda constatar de manera empírica.

Radicado No. 08001-3333-006-2020-00197-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Edgar Jiménez Crecines
Demandado: Municipio de Piojó

Las razones aducidas en el acto demandado no consultaron las situaciones antes señaladas y se limitaron a expresar una circunstancia que es contraria a la prestación de un buen servicio público, y permitiendo, además, adoptar acciones para la satisfacción de intereses particulares del nominador con lo cual se incurre en desviación de poder. La Administración es libre en su elección, pero debe dar cuenta de los motivos de ella, y no pueden ser cualesquiera sino consistentes con la realidad y objetivamente fundados. (...) - negrilla fuera del texto-

Se tiene entonces, que el acto de retiro que se fundamenta en el vencimiento del término constituye una referencia acerca de la naturaleza provisional del nombramiento y no atiende las finalidades de la función administrativa (Art. 209 C.P.), pues el legislador al establecer un periodo de tiempo específico en estos eventos, buscó agilizar la provisión de los cargos a través de un concurso de méritos como lo exige el artículo 125 Superior, y no la creación de una nueva forma de vinculación al servicio público y por consiguiente, de desvinculación.

Así entonces, no es una razón suficiente del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad que desempeña un cargo que debe ser provisto en carrera, el vencimiento del término del nombramiento.

Ahora bien, con relación al argumento relacionado con el hecho que el actor no superó las etapas del concurso, se tiene que, de las pruebas allegadas al plenario, se evidencia que efectivamente el Municipio de Piojó a través del CNSC dieron apertura a concurso de mérito para proveer algunos cargos en la planta de personal de dicha entidad territorial, dentro de los cuales, se encontraba el ocupado por el actor.

No obstante, la entidad demanda no aportó pruebas que demostraran que la insubsistencia del actor se debió al nombramiento de la persona que superó el concurso de mérito, sólo se limitó a decir que éste último no había superado las etapas del mismo.

Llama la atención, que dentro de los argumentos expresados en la contestación de esta demanda, la entidad territorial manifestó textualmente " *La anterior administración ofertó las plazas provisionales, a través de concurso de mérito, desarrollado en la convocatoria No. 749 de 2018, pero el cargo del Área de salud coordinador pass, código 323 grado 05, nadie superó el concurso de mérito, ni nadie salió en la lista de elegible, si el demandante ostenta algún derecho, de las etapas de haber ganado alguna de las etapas del concurso de mérito que lo pruebe*"

Quiero decir lo anterior, que la desvinculación del demandante no se dio por el nombramiento de la persona que superó las etapas del concurso de méritos, pues la administración municipal fue clara al manifestar que ninguna persona superó dicho concurso.

Radicado No. 08001-3333-006-2020-00197-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Edgar Jiménez Crecines
Demandado: Municipio de Piojó

En este punto, es pertinente recalcar que los empleados públicos que se encuentren vinculados en provisionalidad en cargos de carrera, no tienen la estabilidad de la que gozan quienes ocupan cargos de carrera en propiedad, no obstante, tienen una estabilidad relativa, toda vez, que sólo podrán ser removidos de sus cargos cuando: i) haya lugar a una sanción disciplinaria de retiro; ii) el cargo debe ser ocupado por alguien que haya superado las etapas del concurso de mérito; y iii) existan razones de buen servicio, que justifiquen la remoción del empleado en provisionalidad del cargo de carrera.

En el expediente, no está probado que al señor Edgar Jiménez, en el ejercicio del cargo de Técnico Área de Salud – Coordinador Pass nivel técnico de la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Piojó, código 323 grado 05, se le haya adelantado proceso disciplinario por deficiencias e irregularidades en el ejercicio del cargo.

Así mismo, como se anotó en renglones anteriores, el cargo no fue ocupado por persona que haya superado el concurso, ello atendiendo a lo manifestado por la entidad en la contestación de la demanda, al señalar que nadie superó el mencionado concurso.

Y por último, las razones de buen servicio y articulación del programa de gobierno no fueron claramente detalladas según lo dispone la jurisprudencia del Consejo de Estado, señalada a lo largo de esta providencia.

Siendo así, lo que correspondía una vez vencido el término de seis (06) meses del nombramiento del actor, era solicitar la prórroga del nombramiento del empleado, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 4968 del 27 de diciembre de 2007.

En Conclusión, resulta evidente que el Decreto 028 del 13 de enero de 2020, se encuentra viciado de nulidad, por cuanto no fue motivado en debida forma, esto es, no hizo consideraciones específicas en torno a las razones por las cuales la labor desempeñada por el demandante afectaba la prestación del servicio, o que se hacía necesario el nombramiento de la persona que ganó el concurso de méritos; haciendo necesario adoptar la decisión de retirarla para lograr el mejoramiento del servicio.

En consecuencia, conforme lo indican los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se debe entender que no existió una motivación real del acto acusado, con lo cual se constituye un vicio que conduce a la nulidad del acto por violación de normas superiores de orden legal y constitucional, y falta de motivación que justamente el demandante arguyó en su demanda y con lo cual se desvirtúa la tesis esgrimida por la demandada.

Restablecimiento del Derecho

Corolario de todo lo expuesto deviene la prosperidad de las pretensiones, con la consecuente nulidad del acto administrativo demandado; esto es el Decreto No 028 de enero 13 de 2020 y Decerto N° 042 de fecha del 17 de febrero de 2020, que declaró insubsistente al señor EDGAR JIMENEZ CRECINES y denegó su reintegro respectivamente; y su restablecimiento siguiendo las pautas establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia SU 556 de 2014:

"Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son 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"³¹.

Atendiendo a lo anterior, se ordenará en primera medida el reintegro del señor Edgar Jiménez sin solución de continuidad, 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.

En relación con la reparación, se ordenará al Municipio de Piojó, al pago de la indemnización que en ningún caso puede ser inferior a seis (6) meses, que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, ni superior a veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, término este último que, a su vez, se establece teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.

La suma indemnizatoria que se reconozca al trabajador que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es despedido sin motivación, es preciso descontar todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.

Dicha liquidación se realizará por la entidad demandada, según los parámetros antes dichos, la cual se actualizará conforme a la siguiente fórmula:

³¹ Sentencia SU556 de 2014

*Radicado No. 08001-3333-006-2020-00197-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Edgar Jiménez Crecines
Demandado: Municipio de Piojó*

R = RH Índice Final

Índice Inicial

En la que el valor R se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma liquidada en favor del demandante por concepto de retroactivo pensional, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, dividido por el índice inicial de precios vigente al 24 de febrero de 2013, fecha en que se causó el derecho.

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

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

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar en el fondo o entidad de seguridad social que elija la demandante, el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término que estuvo desvinculada del cargo.

Con relación a la pretensión relacionada con el pago de la liquidación del periodo laborado antes de la declaratoria de insubsistencia se denegará, atendiendo a que la entidad territorial allegó copia del pago de dicha liquidación realizado a la cuenta del actor.

V. Condena en Costas

Finalmente, el Juzgado no condenará en costas, en razón que la parte vencida no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a ello, tal como el haber incurrido en temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, en dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sexto (06) Administrativo Oral del Circuito de Barranquilla**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

FALLA

PRIMERO: DECLARASE la nulidad del acto administrativo contentivo en el Decreto N° 028 de enero 13 de 2020, mediante el cual se declaró insubsistente al señor Edgar

Radicado No. 08001-3333-006-2020-00197-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Edgar Jiménez Crecines
Demandado: Municipio de Piojó

Jiménez Crecines, en el cargo de técnico área de salud - Coordinador Pass, nivel técnico, Código 323, grado 05 adscrito a la planta de personal del Municipio de Piojó, según lo expuesto en este proveído.

SEGUNDO: DECLARASE la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto N° 042 de fecha del 17 de febrero de 2020, mediante el cual se negó el reintegro del señor Edgar Jiménez Crecines al cargo que venía ocupando.

TERCERO: ORDENASE al Alcalde Municipal de Piojó - Atlántico que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho:

- a) **REINTEGRE** al señor EDGAR JIMENEZ CRECINES, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.738.571, al cargo de técnico área de salud – Coordinador Pass nivel técnico código 323 grado 05 o a otro de igual o superior categoría al que desempeñaba el demandante a la fecha de su retiro sin solución de continuidad, 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.
- b) **PAGAR** a título indemnizatorio, 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 actor, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

El valor a cancelar será obtenido así:

$$R = \frac{\text{Rh índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la aplicación de esta fórmula se tendrá presente que (R) es el valor a determinar y se obtiene multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente a cada mesada salarial, y prestacional por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de cada salario y prestación).

Por tratarse de pagos de tractos sucesivos, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y por cada periodo para las prestaciones,

Radicado No. 08001-3333-006-2020-00197-00
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Edgar Jiménez Crescines
Demandado: Municipio de Piojó

comenzando por lo que devengaba el actor al momento del retiro y para los demás emolumentos, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO: Deniéguense las demás pretensiones de la demanda

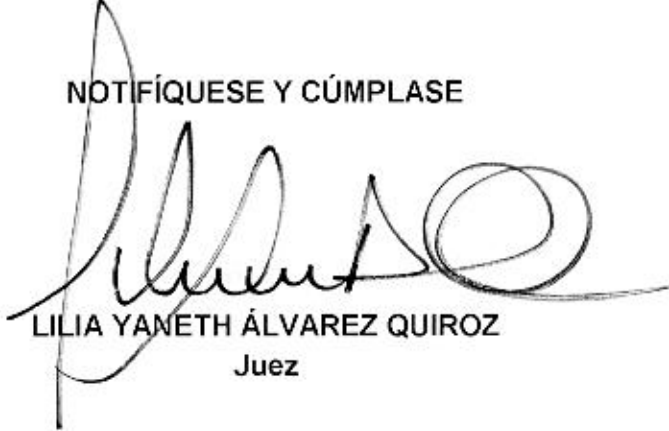
QUINTO: DÉSELE cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA

SEXTO: Sin costas en esta instancia

SÉPTIMO: NOTIFICAR personalmente esta providencia a la señora Agente del Ministerio Público.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, ARCHÍVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LILIA YANETH ÁLVAREZ QUIROZ
Juez

L.P.M