

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE
BOGOTÁ D.C.**

SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D. C., once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013342-052-2016-00696-00
Demandante: NOE DE JESÚS SIERRA LÓPEZ
Demandado: CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA - CASUR
Asunto: Aprueba conciliación

Conforme a lo dispuesto en audiencia anterior (fl. 72), procede el Despacho a pronunciarse respecto de la aprobación o improbación del acuerdo de conciliación surtido ante este Juzgado, en la diligencia evacuada el día 6 de septiembre de 2017, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. TRÁMITE PROCESAL.

Tras haber dado apertura a la audiencia inicial referida en el art. 180 del CPACA, se evacuaron en debida forma las etapas atinentes al saneamiento del proceso, resolución de excepciones previas y fijación del litigio, no obstante al indagar a la apoderada de la entidad demandada respecto del ánimo conciliatorio, la misma presentándose como vocera del Comité de Conciliación de la demandada CASUR, indicó que sí le asistía dicho ánimo, por lo que, atendiendo al grado de Agente que ostentaba el demandante, los años que estuvieron por debajo del IPC fueron 1997, 1999 y 2002 respecto de los cuales estaría dispuesta a conciliar y en virtud de la prescripción cuatrienal consagrada en el Decreto 1213 de 1990 (art. 113) se reconocerá el reajuste desde el 5 de agosto de 2012, por cuanto la petición en tal sentido fue presentada el 5 de agosto de 2016.

En ese orden, como parámetros de conciliación reconoce el capital indexado como derecho esencial en la suma de \$5.052.035.00, además del 75% de la indexación que equivale a \$470.824.00, cuya sumatoria, tras deducir los descuentos de ley

arroja un total de **\$5.115.702.00**, agregando que la asignación de retiro será incrementada en la suma de \$81.506.00.

De la anterior fórmula de arreglo se le corrió traslado al apoderado del extremo demandante, quien luego de revisarla manifestó estar de acuerdo y aceptarla, toda vez que la encontró ajustada a derecho y que la misma afectaba los intereses de su poderdante.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

Mediante Resolución N° 4089 del 27 de octubre de 1993 le fue reconocida asignación de retiro al Agente ® de la Policía Nacional, Noé de Jesús Sierra López¹, quien elevó un escrito en ejercicio del derecho de petición el 5 de agosto de 2016 (fl. 2), solicitando el reajuste de su pensión por los valores dejados de percibir, así como el pago de las diferencias que resulten por concepto del reajuste.

La entidad demandada a través de oficio No. 18095/OAJ del 17 de agosto de 2016, informó no acceder de manera favorable a la anterior petición, indicándole al actor el trámite pertinente si decidía acudir a la conciliación extrajudicial. (Fls.3 y 4).

3. ACUERDO CONCILIATORIO.

En el audio de la diligencia evacuada el pasado 6 de septiembre de 2017, consta que se indicaron los términos de la fórmula de acuerdo presentada por la entidad demandada, la cual se contrae a lo siguiente:

“Se reconoce el capital total como derecho esencial en la suma de \$5.052.035.00, además se concilia el 75% de la indexación que equivale a \$470.824.00, cuya sumatoria, tras deducir los descuentos de ley arroja un total de \$5.115.702.00, agregando que la asignación de retiro será incrementada en la suma de \$81.506.00. acta en un folio.”

Por su parte, el apoderado de la parte solicitante manifestó que acepta la conciliación; a su vez, el Ministerio Público impartió viabilidad al acuerdo al que llegaron las partes, aduciendo que:

“(…) una vez verificada la propuesta conciliatoria presentada por CASUR la misma se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales así como a la prescripción cuatrienal establecida en el Decreto de 1990”

¹ Ver fls.9 a 11 del archivo digital obrante a folio 44.

II. CONSIDERACIONES

A partir de la Ley 23 de 1991 se permitió en nuestro país que las entidades públicas pudieran acudir a la conciliación prejudicial o judicial, sujeta a la previa homologación del Juez Administrativo, como una forma de solución alternativa de conflictos.

De conformidad con el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, podrán conciliar, total o parcialmente, prejudicial o judicialmente, las personas jurídicas de derecho público, a través de sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 137 y siguientes del CPACA.

Por su parte, el artículo 3º de la Ley 640 de 2001 establece las clases de conciliación como judicial y extrajudicial, siendo la primera, aquella que se adelanta dentro de un proceso, como es el caso que nos ocupa, siendo menester revisar la fórmula que proponga el Comité de Conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 446 de 1998.

Ahora bien, como antes se señaló, en materia contencioso administrativa la ley autoriza el uso de este mecanismo, siempre que se acrediten unas exigencias especiales que deben ser valoradas por el Juez.

Al respecto el H. Consejo de Estado, de manera reiterada ha manifestado que el acuerdo conciliatorio se someterá a los siguientes supuestos de aprobación²:

- a. La debida representación de las personas que concilian.
- b. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d. Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículos 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

² Ver, entre otras, las providencias radicadas bajo los números: 21.677, 22.557, 23.527, 23.534 24.420 de 2003 y 28106 de 2.007

En cuanto a la trascendencia del mecanismo de conciliación, el máximo Tribunal Contencioso Administrativo, en auto calendado 30 de marzo de 2000, anotó:

“A título de reflexión final, vale la pena advertir que la conciliación contencioso administrativa constituye, sin duda, un mecanismo valioso en la solución de los conflictos en los cuales se ve envuelto el Estado, no solo porque borra las huellas negativas del conflicto sino porque contribuye eficazmente a la descongestión de los despachos judiciales. Tal circunstancia, sin embargo, no debe hacer perder de vista el hecho de que, a través suyo, se comprometen recursos del erario público cuya disposición no se puede dejar a la voluntad libérrima de los funcionarios sino que requiere del cumplimiento de reglas y exigencias muy severas y precisas que impiden el uso de la conciliación para fines no previstos y no queridos por la ley”³.

CASO CONCRETO.

Bajo los parámetros anotados, corresponde al Despacho determinar si la conciliación celebrada al interior del presente litigio, efectivamente cumplió o no, con los requisitos exigidos para ser aprobada, razón por la cual, habrá de analizarse tales presupuestos frente al asunto conciliado, esto es en lo alusivo al reajuste de la pensión que devenga el señor NOE DE JESÚS SIERRA LÓPEZ respecto de los años 1997, 1999 y 2002, que fueron los que estuvieron por debajo del IPC; más las diferencias entre lo recibido y lo que debía recibir por los años en que el referido indicador fue superior al incremento que se le aplicó.

La documentación allegada dentro del trámite conciliatorio, que reposa en el plenario y que es relevante para la decisión a adoptar corresponde a lo que sigue:

1. Escrito presentado en ejercicio del derecho de petición ante la entidad accionada el 5 de agosto de 2016, en el cual, el accionante solicitó el reajuste de su asignación de retiro teniendo en cuenta el IPC a partir del año de 1997 y subsiguientes. (Fl.2)
2. Copia del oficio No. 18095/OAJ del 17 de agosto de 2016, mediante el cual la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, informó no acceder de manera favorable a la anterior petición, indicándole el trámite pertinente si decidía acudir a la conciliación extrajudicial. (Fls.3 y 4).
3. Hoja de servicios del señor NOE DE JESÚS SIERRA LÓPEZ (Fl.6)

³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto 30 de marzo 2000, radicación: 16.116.

4. Antecedentes administrativos allegados al plenario por la entidad accionada en medio magnético (Fl. 44).
5. Liquidación de indexación presentada por CASUR en la cual se basó la fórmula de arreglo presentada (fls. 61 a 67).
6. Certificación No. 56170 expedida por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación mediante la cual se acredita que en el Acta 21 del 25 de agosto de 2017, quedaron plasmadas las consideraciones y parámetros de la fórmula de arreglo que se presentaría en la diligencia evacuada.

Ahora bien, en cuanto a los presupuestos exigidos, en el caso sub examine considera el Despacho:

1. Que no haya operado el fenómeno de la caducidad.

Respecto de este requisito se debe señalar que en el literal c) del artículo 164 del CPACA, se estableció que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, cuando la misma se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas; situación que se presenta en el *sub júdice*, observándose por tanto que no ha operado el fenómeno de la caducidad lo que posibilita el estudio de los demás presupuestos.

2. Que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes (art. 59 ley 23 de 1991 y 70 ley 446 de 1998).

De conformidad con lo establecido por la Ley 23 de 1991 (artículos 59 y 65), el Decreto 2651 de 1991, los Decretos Reglamentarios 171 de 1991 y 173 de 1993, respectivamente y la Ley 446 de 1998 (artículo 65), es objeto de conciliación, en materia administrativa, todo conflicto de carácter particular y contenido patrimonial, que sea susceptible de transacción, figura que se regula por el Código Civil, básicamente por los artículos 2469 a 2487 de dicho estatuto, los cuales indican que son susceptibles de transacción, todas las cosas que pueden ser negociadas por su contenido y naturaleza, siempre y cuando no se violen disposiciones legales especiales previamente establecidas, tal como lo disponen los artículos 1502, 1523 y 1524 *ibídem*, pues de lo contrario se caería en el campo de la ilicitud.

En el caso bajo estudio, se trata de una solicitud de reajuste de una pensión reconocida al señor NOE DE JESÚS SIERRA LÓPEZ, con fundamento en la Ley 238

de 1995 y en aplicación del índice de precios al consumidor, lo cual constituye una obligación de carácter particular y de contenido económico cuyo reconocimiento a través de un proceso judicial, es de competencia de esta jurisdicción a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 CPACA), con lo cual se evidencia que se cumple con el requisito referido.

3. Que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.

El señora SIERRA LÓPEZ compareció al proceso a través de apoderado, quien se encuentra facultado expresamente para conciliar (Fl.1).

La entidad CASUR compareció ante este Despacho a través de mandataria, en virtud del poder conferido con expresa facultad para conciliar (fl. 55), quien adicionalmente se allegó certificación expedida por la Secretaria Técnica del Comité de Conciliación de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en la cual se indicó que es viable conciliar las pretensiones del actor ante este estrado judicial (Fl.74).

4. Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público (art. 65 A ley 23 de 1991 y art. 73 ley 446 de 1998).

Al abordar este aspecto, tenemos lo que sigue:

El artículo 150 de la Constitución Política establece que le corresponde al Congreso de la República hacer las leyes y por medio de ellas dictar normas generales a las cuales debe sujetarse el gobierno para efectos de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública.

Los artículos 217 y 218 ibídem indican que la ley determinará los derechos y obligaciones así como el régimen prestacional de las Fuerzas Militares y el cuerpo de Policía.

A su vez la Ley 4ª de 1992 determinó que el Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta ley, fijaría el régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública.

Respecto de la especialidad del régimen de la fuerza pública, la Corte Constitucional, sostuvo:

“Es claro entonces que la existencia de un régimen especial para los miembros de la fuerza pública, no solo tiene su fundamento constitucional en la consagración expresa de los artículos 150, numeral 19, literal e), 217 y 218 del texto superior, sino también en la diversidad de vínculos jurídicos para acceder a la función pública y que, sin lugar a dudas, conducen a una distinta nominación del empleo, de la categoría del servidor y de la naturaleza de sus funciones, que lógicamente conllevan al señalamiento de un régimen salarial y prestacional distinto.

...
Se puede entonces considerar que un régimen prestacional especial es aquél conjunto normativo que crea, regula, establece y desarrolla una serie o catálogo de prestaciones a favor de un grupo social determinado que, a pesar de tener su origen en un derecho general o de mayor entidad, goza de una regulación propia, en virtud de ciertas características individuales que le dotan de plena singularidad”.

De otra parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó del Sistema Integral de Seguridad Social al personal de la Fuerza Pública:

“Artículo 279.- Excepciones. El sistema integral de Seguridad Social contenido en la presente ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas”.

La disposición transcrita fue adicionada por la Ley 238 de 1995 en los siguientes términos:

“Parágrafo 4: Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículo 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados.”

Concordante con lo anterior y sobre el punto que se debate en este proceso, el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 prescribe:

“ARTÍCULO 14-. Reajuste de Pensiones. Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incrementa dicho salario por el Gobierno.”

De lo señalado se puede avizorar que los miembros de la Fuerza Pública tienen derecho al incremento de su asignación de retiro con arreglo al índice de precios al consumidor, cuando quiera que éste supere el incremento resultante de la aplicación del sistema de oscilación.

La jurisprudencia sobre el particular indica:

"(...) Por consiguiente, no existe la menor duda en el sentido de que bajo los mandatos del artículo original 279 de la ley 100 de 1993 los pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional no eran acreedores del reajuste de sus pensiones como lo dispone el artículo 14 de aquella, vale decir, teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, sino como lo disponía el decreto 1212 de 1990, o sea mediante la oscilación de las asignaciones de los miembros de la Policía Nacional en actividad."

Lo referido significa que a partir de la vigencia de la Ley 238 de 1995, el grupo de pensionados de los sectores excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, tienen derecho al reajuste de sus pensiones teniendo en cuenta la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE como lo dispuso el artículo 14 de la última, y a la mesada 14 en los términos del artículo 142 *ibidem*.

Se reitera entonces que la garantía establecida en la Ley 238 de 1995 cubre por entero a las pensiones señaladas y reconocidas bajo el imperio de normas especiales, es decir, que las asignaciones de retiro son susceptibles de incrementarse con el IPC de acuerdo con los artículos 14, 142 y 238 de la Ley 100 de 1993, al efecto el Consejo de Estado ha sostenido:

"En tales circunstancias, el ajuste de pensiones y asignaciones de retiro de los miembros de la Fuerza Pública debe hacerse conforme al I.P.C. de que trata el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, por remisión expresa que hiciera el propio Legislador en la Ley 238 de 1995.

A lo anterior se agrega, que además de la aplicación del ajuste del I.P.C. por remisión expresa del Legislador, la Sala también llegó a tal conclusión en razón del principio constitucional de favorabilidad que, por lo general, gobierna a los regímenes especiales, como es el caso de los miembros de la Fuerza Pública."

En síntesis, puede ocurrir que al aplicarse el principio de oscilación, los sueldos de los miembros de la Fuerza Pública se incrementen por el Gobierno en un porcentaje inferior al del IPC, lo que habrá de redundar en detrimento del aumento de las asignaciones de retiro y/o pensiones, evento que obliga a su reajuste bajo los parámetros del IPC.

Bajo esta perspectiva y con arraigo al principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Carta Política concordante con la Ley 238 de 1995, las asignaciones de retiro y/o pensiones pueden incrementarse en sus montos atendiendo al mayor valor que resulte de la comparación entre los guarismos del sistema de oscilación y los del IPC.

Ahora bien, advirtiéndose que: (i) Al Agente ® de la Policía Nacional NOE DE JESÚS SIERRA LÓPEZ le fue reconocida asignación de retiro efectiva a partir del 18 de octubre de 1993 (fl. 5); (ii) Él presentó solicitud de reajuste de dicha prestación a partir del año 1997, con aplicación de los porcentajes del IPC (Fl. 2) y (iii) La entidad accionada a través de apoderada especial allegó la certificación No. 56170 expedida por la Secretaría Técnica del Comité de Conciliación mediante la cual, indicó que hay lugar a conciliar el presente asunto.

Al respecto, se debe señalar que esa solicitud es viable desde el año 1997 y hasta el año 2004, según lo dispuesto por el artículo 42 del Decreto 4433 de 2004, debido a que esta norma volvió a establecer el mismo sistema que existió bajo la vigencia del Decreto 1213 de 1990, teniendo en cuenta la oscilación de las asignaciones del personal en actividad, es decir que el derecho sólo se consolida hasta el 2004 ya que a partir de ese tiempo los Decretos han tenido aumentos aún más favorables⁴, como en efecto lo estipuló la entidad en la liquidación realizada obrante a folios 61 a 67.

Lo anterior se corrobora en el cuadro comparativo entre el reajuste reconocido por CASUR y lo establecido en la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor respecto de los años referidos a efectos de establecer qué incremento le fue más favorable:

AÑO	Incremento	Oscilación Grado: AGENTE	
	IPC	Decreto	%
1997	21,63%	122 de 1997	18,87%
1998	17,68%	058 de 1998	17,96%
1999	16,70%	062 de 1999	14,91%
2000	9,23%	2724 de 2000	9,23%
2001	8,75%	2737 de 2001	9,00%
2002	7,65%	745 de 2002	6,00%
2003	6,99%	3552 de 2003	7,00%
2004	6,49%	4158 de 2004	6,49%

De acuerdo a los Decretos expedidos por el Gobierno Nacional, se aprecia claramente las diferencias presentadas en perjuicio de la convocante, en comparación con el porcentaje del índice de precios al consumidor⁵ para los años de 1997, 1999 y 2002. En éste punto es importante resaltar lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de

⁴ Consejo de Estado – Sección Segunda. Sentencia de mayo 17 de 2007, C.P.: Jaime Moreno García. Referencia 8464-05.

⁵ Las variaciones del IPC son un hecho notorio que no requieren ser probadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del C.P.C.

Cundinamarca⁶, al revocar un fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en un caso similar al de estudio, por no allegarse los certificados de asignación del actor:

“Por las razones expuestas, la Sala no comparte la decisión del a quo de negar las pretensiones de la demanda, en consideración a que no fueron suficientemente probados los porcentajes y las certificaciones de asignación devengados por el accionante, por cuanto se trata de circunstancias meramente formales, toda vez que de la lectura del numeral 2 de la demanda y de la revisión del cuadro comparativo registrado a folio 27 de la misma, así como la contestación de la demanda donde no controvertió la base de esa liquidación, se establece claramente la diferencia en los porcentajes aplicados por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional en relación con los determinados por el IPC, como lo señala el Consejo de Estado en casos similares, situación ésta que originó el conflicto jurídico que se resuelve en el presente caso y constituye precisamente la razón principal de la demanda y sus pretensiones.

En tal sentido, la Sala advierte que el problema jurídico a decidir consiste en un debate eminentemente jurídico y no matemático, porque de lo que se trata es establecer cuál es la disposición aplicable al caso y por lo mismo, si procede el reajuste establecido en el índice de precios al consumidor IPC o por el contrario, debe aplicarse solamente el principio de oscilación contemplado en el régimen prestacional especial de la Fuerza Pública y en últimas, si debe aplicarse o no la norma más favorable para el accionante. La cuantificación será la consecuencia de la aplicación normativa, en los términos de la sentencia.”

Por lo anterior, habiéndose comprobado por medio de las pruebas allegadas al plenario, el derecho que le asiste al señor SIERRA LÓPEZ, a que se le efectúe el reajuste de su pensión que le fuera reconocida con base en el IPC para los años 1997, 1999 y 2002, considera el Despacho que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR y el accionante, con intervención del Ministerio Público, por la naturaleza del derecho discutido, podían disponer del mismo y llegar a un acuerdo conciliatorio.

Ahora bien, se advierte que la entidad tomó como fecha de inicio del pago el 5 de agosto de 2012, por prescripción cuatrienal, como se observa de la liquidación realizada por dicho sujeto procesal visto a folios 61 a 67 del expediente, situación que se ajusta a derecho y que acepta el titular de la prestación pensional, toda vez que presentó petición el 5 de agosto de 2016 la cual obra a folio 2.

Sobre el particular, es pertinente aclarar que en principio, no existiendo pronunciamientos judiciales unánimes, la jurisdicción contenciosa estaba dividida y algunos operadores judiciales aplicaban la prescripción trienal establecida en el artículo 43 del Decreto 4433 de diciembre 31 de 2004⁷, sin embargo, en sentencia de

⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia del 12 de marzo de 2009, M.P. Amparo Oviedo Pinto.

⁷ “ARTICULO 43. Prescripción. Las mesadas de la asignación de retiro y de las pensiones previstas en el presente decreto prescriben en tres (3) años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por la autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, por un lapso igual. (...)”.

12 de febrero de 2009, el Consejo de Estado⁸ determinó que: *"el Ejecutivo no se refirió a la prescripción de las asignaciones de retiro o pensiones causadas con anterioridad a su vigencia; circunstancia que permite afirmar que la prescripción trienal sólo es aplicable a los derechos prestacionales que se causen a partir del año 2004"*, en consecuencia, la prescripción a aplicar es la establecida en el Decreto 1213 de 1990 (cuatrienal).

Sumado a lo anterior, se advierte que las partes acordaron el reconocimiento de la indexación de los valores adeudados en un 75%, lo cual puede ser objeto de conciliación, como se colige del pronunciamiento del Consejo de Estado del 20 de enero de 2011 en el que se señaló⁹:

"3) Aunque la parte demandante, como se observa en el cuadro anexo, estaba de acuerdo en ceder parte de la actualización del valor reconocido, como se observa en el proyecto de reliquidación aportado al trámite conciliatorio, nótese que está cediendo hasta un 50% de la indexación (...)

Lo antes dicho sin perjuicio de reconocer que estos valores pueden ser objeto de conciliación, porque no se trata de derechos laborales irrenunciables, sino de una depreciación monetaria que puede ser transada".

Por último se evidencia que la liquidación realizada por la entidad convocada fue conocida por el solicitante en la audiencia de conciliación, la cual fue aceptada por el mismo, sin que se advirtiera inconformismo al respecto arrojando una suma total de cinco millones ciento quince mil setecientos dos pesos (\$5.115.702.00) M/cte.

En tales condiciones, es evidente, que el acuerdo conciliatorio logrado por las partes, cuenta con las pruebas necesarias que demuestran la existencia del derecho que le asiste al señor NOE DE JESÚS SIERRA LÓPEZ, de que le sea reconocido y pagado el reajuste de su asignación de retiro con base en el índice de precios al consumidor IPC respecto de las anualidades señaladas y que las diferencias que resulten con ocasión de la aplicación del índice de precios al consumidor deben utilizarse como base para la liquidación de las mesadas posteriores, motivo por el que se evidencia que dicho acuerdo no vulnera el ordenamiento jurídico, aunado a que no resulta lesivo para el patrimonio público.

Por los anteriores razonamientos se debe concluir que se reúnen los requisitos necesarios para que sea aprobado el acuerdo conciliatorio a que llegaron las partes referidas y así se declarará por parte de esta judicatura.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", C.P.: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del: 12 de febrero de 2009. Radicado: 2443-08.

⁹ Magistrado Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, No. 2005-01044-01(1135-10),

La ejecución de lo conciliado, se efectuará dentro del término previsto en el artículo 192 del CPACA y adicionalmente el Despacho hace la claridad, de que la presente providencia tiene efecto de COSA JUZGADA y presta mérito ejecutivo.

Por lo expuesto, el Juzgado Cincuenta y Dos Administrativo del Circuito de Bogotá, D.C.,

RESUELVE:

PRIMERO.- Aprobar en su integridad el acuerdo conciliatorio celebrado ante este Despacho el seis (6) de septiembre de 2017, entre el señor NOE DE JESÚS SIERRA LÓPEZ y la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR, por valor de cinco millones ciento quince mil setecientos dos pesos (\$5.115.702.00) M/cte, conforme lo señalado en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- Las sumas pactadas serán pagadas por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional –CASUR en los términos del artículo 192 del CPACA.

TERCERO. Declarar que las decisiones contenidas en el acta de audiencia de conciliación prejudicial y esta providencia, hacen tránsito a cosa juzgada.

CUARTO.- Cumplido lo anterior, archívese el expediente dejando las constancias del caso, previa expedición de las copias del presente proveído, conforme lo establece el numeral 2º del artículo 114 del CGP, con la constancia de prestar mérito ejecutivo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 1716 de 2009 y previa solicitud del apoderado de la convocante, las cuales se expedirán a su cargo.

Notifíquese y cúmplase,


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA
Juez

JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
-SECCIÓN SEGUNDA-

Hoy 12 de septiembre de 2017 se notifica el auto anterior por anotación
en el ESTADO No. 60



ERVIN ROMERO OSUNA
Secretario

MPV.



**JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52)
ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÀ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., once (11) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Proceso: 110013335-708-2016-00016-00
Demandante: SANTIAGO PEÑALOZA BARRETO
Demandado: NACIÓN –RAMA JUDICIAL –CONSEJO SUPERIOR
DE LA JUDICATURA –SALA JURISDICCIONAL
DISCIPLINARIA
Asunto: Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Sentencia
de primera instancia –Insubsistencia.

El Despacho procede a decidir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto por el señor Santiago Peñaloza Barreto en contra de la Nación –Rama Judicial –Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Santiago Peñaloza Barreto, actuando por intermedio de apoderado judicial, acudió a este Despacho pretendiendo que:

Se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo No. 066 del 2 de julio de 2015, mediante el cual la Nación –Rama Judicial –Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad hecho al actor en el cargo de citador grado 05.

Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho solicitó se ordene a la Nación –Rama Judicial –Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional, a:

Reintegrar al demandante en el cargo de citado grado 05 de la Secretaría de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o a otro de igual o superior categoría.

Efectuar el pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir desde la fecha en que se retiró del servicio y hasta cuando se realice el reintegro del actor.

Declarar que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del actor, entre la fecha de retiro del servicio y la fecha en que se efectúe el reintegro.

Declarar y condenar a la entidad demandada por los perjuicios morales sufridos por la desvinculación inconstitucional e ilegal del actor, como consecuencia de los comentarios *“insinuantes de que él había incurrido en responsabilidad disciplinaria y por haberlo sancionado con la declaratoria de insubsistencia sin haber agotado el procedimiento establecido en la ley para tal efecto”*.

Cancelar la suma de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes como compensación por el dolor, la aflicción, la desesperación, la congoja, el desasosiego y la zozobra que tuvo que vivir el actor por las actuaciones antijurídicas de la entidad demandada.

Cumplir con la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como sustento fáctico de las pretensiones informa que (Fls. 22 a 25):

1. Mediante Acuerdo No. 108 del 2 de agosto de 2012, el actor fue nombrado en el cargo de citador grado 05 en provisionalidad adscrito a la Secretaría de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura.

2. A través de Acuerdo No. 056 del 13 de junio de 2013, se declaró insubsistente el nombramiento del cargo desempeñado por el actor en provisionalidad, decisión que fue revocada por Acuerdo No. 057 del 14 de junio de 2013,

3. Mediante Acuerdo No. 066 del 2 de julio de 2015, se declaró insubsistente el nombramiento del cargo desempeñado en provisionalidad por el actor, sin que se haya motivado el mismo por parte de la entidad demandada.

4. El demandante no tuvo conocimiento de procedimiento disciplinario alguno en su contra, puesto que no se le notificó de pliego de cargos, inicio de investigación preliminar, como tampoco de actuación formal adelantada en los términos del Código Disciplinario Único.

5. El 27 de octubre del año 2015, se solicitó ante la Procuraduría Judicial para Asuntos Administrativos la celebración de la audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 20 de enero de 2016, sin que las partes hayan llegado a acuerdo alguno, por lo cual se declaró fallida.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Señaló que la entidad demandada vulneró la Constitución Política, principalmente su artículo 29 y para el efecto alegó los siguientes cargos.

- Falta de motivación

Precisó que la declaratoria de insubsistencia contenida en el Acuerdo 066 de 2015, no tuvo explicación o justificación alguna, razón por la cual, se retiró forzosamente del servicio.

Adujo que la entidad se basó en normas propias de libre nombramiento y remoción, teniendo en cuenta que en contra de los actos administrativos mediante los cuales retiran del servicio a los funcionarios que son nombrados bajo esta modalidad, no proceden recursos de reposición o apelación.

Afirmó que el acto mediante el cual se retiró del servicio al actor fue de comuníquese y por ende en contra del mismo no procedía recurso alguno previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Argumentó que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, basó el retiro del actor en la interpretación de la Ley Estatutaria referente a que los cargos en provisionalidad sometidos a concursos de méritos no tienen una expectativa de estabilidad laboral, por lo cual, basta solo con declarar la insubsistencia del empleado sin motivación alguna por ser una decisión discrecional, asimilándolo a los cargos de libre nombramiento y remoción.

Trajo a colación sentencias de la Corte Constitucional, con el fin de advertir que el retiro de un empleado nombrado en provisionalidad no goza de la misma discrecionalidad que el de uno en libre nombramiento y remoción, por lo cual, la decisión debe estar motivada.

- Desviación de poder

Anotó que la entidad demandada en vez de esperar las consecuencias propias del proceso disciplinario en contra del señor Barreto por la queja de un usuario, prefirió de la manera más rápida y efectiva desvincularlo en ejercicio de la facultad discrecional que lo reviste por ser empleado en provisionalidad.

Afirmó que a la fecha de presentación de la demanda, no se ha notificado al actor pliego de cargos, como tampoco se le ha informado del inicio de una investigación preliminar, lo que da a entender que existieron razones de fondo, las cuales no fueron plasmadas en el acto administrativo que se ataca en el asunto de la referencia.

De otro lado, manifestó que existe una desviación de poder al encontrar contradicciones en respuestas a derechos de petición, puesto que en comunicación del 15 de octubre de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo de Estado indicó:

“(...) no existieron quejas o actos administrativos preparatorios que recomendaron que se debía declarar insubsistente el nombramiento del señor

Santiago Peñaloza Barreto y la decisión de declarar insubsistente al señor Peñaloza Barreto fue tomada por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura en su calidad de nominador de los cargos pertenecientes a la Secretaría Judicial de la misma Sala (...)”.

Y en respuesta dada un mes después, la misma Corporación manifestó: **“Las razones por las cuales se procedió a hacer este nuevo nombramiento obedecieron a mejorar las condiciones en la prestación del servicio de administración de justicia, pues el señor Lozada Ariza se encuentra mejor calificado para ejercer el cargo de Citador Grado 05 de la Secretaría Judicial de la ya referida Sala, habida cuenta que este tiene el título de abogado, y por ende mejores conocimientos de trámites judiciales, los mismos que deben atender en el ejercicio del referido cargo” sic.**

De las mentadas respuestas, afirmó que esta última es un intento de convalidar la ilegalidad cometida con retiro del servicio del señor Peñaloza.

Bajo los argumentos esbozados, el apoderado solicita que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo 066 de 2015 y en su lugar ordene el reintegro del servicio del actor sin solución de continuidad y se efectúe la indemnización de los perjuicios ocasionados en virtud del artículo 90 de la Constitución Política y el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. La Nación –Rama Judicial –Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria contestó la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente (Fls. 48 a 55).

La apoderada de la entidad, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, se manifestó frente a los hechos y para el efecto basó su defensa en las siguientes consideraciones:

Señalo que el acto administrativo acusado goza de legalidad, en consideración a que se declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en aras de preservar los principios en que debía fundarse el desempeño del cargo, puesto que se expidió con el fin de mejorar la prestación del servicio.

Luego de citar normas y jurisprudencia, la apoderada adujo que el acto administrativo por medio del cual se desvinculó al actor del servicio, está debidamente motivado con razones de mejorar la prestación el servicio, por lo cual, se presume su legalidad, esta ajustado a derecho y fue expedido en procura del buen funcionamiento del servicio de la administración de justicia.

Indicó que el cargo desempeñado por el actor en provisionalidad es de carrera, razón por la cual, es facultad del nominador nombrar a un funcionario en remplazo para el desempeño del cargo, puesto que se debe verificar que cumpla los índices de rendimiento y eficacia que se requieren para el buen ejercicio público, son pena de ser calificado insatisfactoriamente a los funcionarios de carrera o declarar insubsistente el nombramiento del empleado en provisionalidad.

Afirmó que la decisión de la entidad se hizo con observancia de los principios constitucionales y laborales del servidor judicial, en aras de preservar el interés general sobre el particular.

Manifestó que si bien se nombró al señor Peñaloza en provisionalidad en un cargo de carrera, ello no implica estabilidad, puesto que el nominador debe garantizar que sea ocupado por personal que se desempeñe dentro de los índices de rendimiento, eficiencia, eficacia y celeridad que exige la administración pública.

Por las anteriores razones se procedió a nombrar a persona mas idónea con las cualidades y calidades requeridas para el mejoramiento del servicio, argumentando que su conocimiento y experiencia se adecúa mas a las necesidades del cargo, además de que es abogado titulado de la Universidad de San Buenaventura, mientras que el actor es bachiller de conformidad a la información que obra en la hoja de servicios.

Por lo anterior, aseveró que la entidad que representa tiene la facultad de desvincular del servicio activo al personal que no llene las expectativas, precisando que en el caso del señor Peñaloza, hubo llamados de atención por la prestación del servicio en ventanilla, razón que permite tomar la decisión por mejoramiento del servicio.

De otro lado, propuso las excepciones denominadas "FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR", por considerar que la entidad en uso de la facultad discrecional podía declarar la insubsistencia del actor cuando lo estime pertinente, siempre en pro del buen servicio; "COBRO DE LO NO DEBIDO", puesto que la administración no adeuda dinero alguno a favor del actor y "LA INNOMINADA" en el sentido de declara la prosperidad de las excepciones que se encuentren probadas en el transcurso del proceso.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN. Mediante providencia del 11 de julio de 2017 (Fls. 218-219), el Despacho indicó a las partes que dentro del término de 10 días siguientes podrán allegar los alegatos de conclusión.

Conforme lo anterior, la parte demandada estando dentro de la oportunidad legal presentó escrito de alegatos el 25 de julio de 2017 (Fls. 224 a 226), en el que adujo que el actor prestó sus servicios a la entidad en el cargo de citador grado 05 desempeñado en provisionalidad, por lo cual, no le genera estabilidad laboral alguna.

Además, insistió en que la parte actora no desvirtuó que la declaratoria de insubsistencia del actor fue por razones de mejoramiento del servicio, en aras de cumplir con los fines de la administración de justicia, entre ellos el de la eficiencia.

Por las anteriores consideraciones, solicita que se declaren probadas las excepciones presentadas y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el apoderado de la parte actora allegó escrito de alegatos el 27 de julio de 2017, tal como se advierte a folios 230 a 237 del expediente.

En ese sentido, además de ratificarse en los hechos y pretensiones de la demanda, el apoderado del actor afirmó en síntesis que el acto administrativo acusado vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, puesto que la declaración de insubsistencia carece de motivación, explicación o justificación.

Afirmó que la entidad demandada se contradice, por que con posterioridad indicó que la motivación de la decisión contenida en el acto acusado es la repuesta a un derecho de petición radicado por el señor Peñaloza, en la que le señalan que su insubsistencia se decidió por razones de mejoramiento del servicio.

Concluye entonces, diciendo que en efecto el Acuerdo 066 del 2 de julio 2015, debió motivarse con las razones por las cuales la entidad demandada tomó la decisión de declarar la insubsistencia del actor.

El Ministerio Público no emitió concepto.

Surtido el trámite correspondiente a la instancia y no observándose causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a decidir la presente controversia, previas las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES: La denominada "*FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR*" y "*COBRO DE LO NO DEBIDO*", encuentra el Despacho que tales consideraciones no solo se oponen a las pretensiones de la demanda, sino que además constituyen argumentos de defensa de los intereses de la entidad demandada que serán examinados junto con el fondo del asunto objeto de controversia, motivo por el cual no constituye excepción de mérito alguna, pues la finalidad de ésta es probar la existencia de un hecho extintivo, modificativo o impeditivo de las pretensiones, que imposibilita al fallador entrar a conocer de fondo el asunto, circunstancia que no se presenta en éste caso, ante lo cual el Despacho procederá a proferir fallo que resuelva la controversia.

Finalmente, el Despacho no encuentra en este momento procesal excepciones que deban ser declaradas de oficio.

2. PROBLEMA JURÍDICO

En audiencia inicial adelantada por este Despacho el 19 de enero de 2017 (Fls. 164 a 170), se fijó el litigio de la siguiente manera:

- Si con la expedición del acto administrativo contenido en el Acuerdo No. 066 del 2 de julio de 2015, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Santiago Peñaloza Barreto, se incurrió en las causales de nulidad alegadas como infracción en las normas en que debió fundarse, desviación de poder, falta de motivación y expedición irregular que desvirtúen su legalidad.

3. ACERVO PROBATORIO.

- PRUEBAS DOCUMENTALES

3.1. Copia auténtica del Acuerdo No. 108 del 2 de agosto de 2012, mediante el cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura nombró en provisionalidad al señor Peñaloza en el cargo de citador grado 05 adscrito a la Secretaría Judicial de esa Sala (Fl. 2).

3.2. Copia auténtica del acta de posesión en provisionalidad del señor Santiago Peñaloza del 2 de agosto de 2012 (Fl. 3).

3.3. Copia auténtica del Acuerdo No. 56 del 13 de junio de 2013, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Peñaloza a partir de la fecha (Fls. 4-5).

3.4. Copia auténtica del Acuerdo No. 57 del 14 de junio de 2013, por el cual se revoca la declaratoria de insubsistencia del actor contenida en el anterior acto administrativo (Fls. 6-7).

3.5. Copia auténtica del Acuerdo No. 066 del 2 de julio de 2015, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Santiago Peñaloza Barreto, a partir del 2 de julio de 2015 (Fl. 8).

3.6. Copia auténtica del Acuerdo No. 072 del 8 de julio de 2015, por el cual se nombra en provisionalidad al señor Jhenfer de Jesús Lozada Ariza en el cargo de citador grado 05 adscrito a la Secretaria Judicial de la Sala Jurisdiccional del Consejo de Estado, a partir de la fecha de posesión (Fl. 9).

3.7. Copia auténtica del acta de posesión del señor Lozada de fecha 13 de julio de 2015 (Fl. 10).

3.8. Copia simple de escrito presentado en ejercicio del derecho de petición, en el cual solicitó copias auténticas de documentales que obran en la entidad demandada (Fls. 16-18).

3.9. Copia simple del Oficio No. PSD15-1274 del 15 de octubre de 2015, mediante el cual se da respuesta a la anterior petición (Fl. 15).

3.10. Oficio No. SJ-MS 61669 del 10 de noviembre de 2015, mediante el cual la Secretaria Judicial informa al Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que revisado el sistema se encontró una queja en contra de los empleados de ventanilla, entre ellos en contra del señor Peñaloza (Fl. 14).

3.11. Copia simple del Oficio No. PSD15-1389 del 24 de noviembre de 2015, mediante el cual hizo comentarios frente a la solicitud de conciliación prejudicial (Fls. 12 -13).

3.12. Original de acta y constancia de conciliación celebrada en la Procuraduría 6ª Judicial II para Asuntos Administrativos de Bogotá D.C.

3.13. Copia simple de los antecedentes administrativos del señor Santiago Peñaloza Barreto (Fls. 56 a 145).

- PRUEBAS TESTIMONIALES:

Declaraciones rendidas el 22 de febrero de 2017, por la señora Yira Lucia Olarte Ávila (Fls. 208 a 210), las cuales se encuentran en CD contentivo de las declaraciones recepcionada a folio 207 del expediente.

MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL

Para darle solución al problema jurídico planteado, es preciso realizar un análisis de vinculación y las causales de retiro de los empleados públicos, de la estabilidad laboral de los cargos desempeñados en provisionalidad y de la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se decide desvincular del servicio activo al empleado que desempeñó el cargo en provisionalidad.

- **De la vinculación y las causales de retiro de los empleados públicos.**

La Constitución Política de Colombia en su artículo 125, adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003 y Acto Legislativo 01 de 2008, estableció la forma de vinculación de los empleados públicos y las causas de retiro, así:

“ARTÍCULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003.> *Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta*

absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido". (Negrita del Despacho)

Respecto a la administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos, el artículo 130 constitucional dispuso que esta a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, exceptuando las que tengan carácter especial.

Por tal razón, nos remitimos a la Ley 270 del 7 de marzo de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, que en sus artículos 130 y 158 de establecen la clasificación de los empleos y la forma de provisión de cargos de la Rama Judicial, de la siguiente forma:

"ARTÍCULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. (...)

Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.

(...)"

"ARTÍCULO 132. FORMAS DE PROVISIÓN DE CARGOS DE LA RAMA JUDICIAL. La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

1. *En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.*

2. *En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.*

Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.

3. *En encargo. El nominador, cuando las necesidades del servicio lo exijan, podrá designar en encargo hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual, a funcionario o empleado que se desempeñe en propiedad.*

Vencido este término procederá al nombramiento en propiedad o provisionalidad según sea el caso, de conformidad con las normas respectivas.

PARÁGRAFO. Cuando la autoridad que deba efectuar el nombramiento se encuentre en vacaciones, la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional, designará un encargado mientras se provee la vacante por el competente, a quien dará aviso inmediato". (Negrita del Despacho).

Por su parte, el artículo 149 de la misma normativa, contempló el retiro del servicio de los servidores de la Rama Judicial, cuyo tenor literal estableció:

"ARTÍCULO 149. RETIRO DEL SERVICIO. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

1. *Renuncia aceptada.*
2. *Supresión del Despacho Judicial o del cargo.*
3. *Invalidez absoluta declarada por autoridad competente.*
4. *<Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Retiro forzoso motivado por edad.*
5. *Vencimiento del período para el cual fue elegido.*
6. *Retiro con derecho a pensión de jubilación.*
7. *Abandono del cargo.*
8. *Revocatoria del nombramiento.*
9. ***Declaración de insubsistencia.***
10. *Destitución.*
11. *Muerte del funcionario o empleado". (Negrita del Despacho)*

Del precedente normativo, se establece que los cargos de la Rama Judicial se pueden ejercer, entre otros, por medio de nombramientos en provisionalidad siempre que se encuentren en vacancia definitiva o temporal, sin embargo, en caso de llegar a ser el cargo de carrera, dicho nombramiento surtirá efectos hasta que deba ser provisto por el empleado que supere el concurso de méritos.

- **Estabilidad laboral de los cargos en provisionalidad.**

El Consejo de Estado ha determinado que en el caso de los empleos que deben ser provistos por medio de concurso de méritos, el acto de nombramiento en propiedad, culmina el realizado en provisionalidad.

Al respecto, el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en sentencia del 13 de marzo de 2003, C. P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, dentro del proceso con número de radicación 76001-23-31-000-1998-1834-01, dispuso:

" (...)

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Sobre el particular, cada Subsección de la Sección Segunda de esta Corporación, tiene una posición encontrada respecto de la otra, así:

La Subsección "A", en algunas providencias ha considerado que los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública y en ejercicio de empleos de carrera judicial, gozan de una **estabilidad restringida**, pues para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso.

La Subsección "B" ha venido sosteniendo, que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos, y que, por ende, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.

Que la provisión de los cargos en provisionalidad (lo que tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto), no implica que la persona provisionalmente designada no pueda ser removida del servicio hasta que se produzca el nombramiento previsto legalmente. "Si quien desempeña un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aun no puede proveer el cargo definitivamente o en propiedad, [...], lo puede hacer, igualmente, en provisionalidad".

Ahora, esta Sección Segunda, teniendo en cuenta la normatividad señalada y atendiendo a la **necesidad de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el tema, considera:**

El efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo

Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo.

Se resalta que cuando el art. 132-2 de la Ley 270 de 1996 regla el nombramiento en provisionalidad judicial, hay que entender que esta facultad la tiene el nominador "hasta tanto se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos, .." y no significa que una vez hecho esta clase de nombramiento el designado obtenga "estabilidad" en el

empleo hasta cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el Nominador pierda la facultad citada en ese evento. La norma legal no puede entenderse como otorgante de una estabilidad que solo existe para el personal de carrera, en cuanto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para el ingreso y desempeño de esa clase de empleo.

En estas condiciones, se considera que para los empleos judiciales no es posible reconocer una estabilidad al empleado nombrado en provisionalidad.

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.

*De otro lado, si de conformidad con los cánones legales aplicables a la carrera en la Rama Judicial, mientras se provee el empleo de carrera mediante concurso, dicho cargo se puede proveer con nombramiento en provisionalidad, **esta circunstancia no implica que quien en esta forma ocupe el cargo quede bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, porque así no lo dispuso la ley.** Y no es posible acudir a normas extrañas a la Rama Judicial para llegar a conclusiones en materia de la carrera propia de esta Jurisdicción.*

Admitir lo contrario, conllevaría a conferirle, si no el estatus de empleado de carrera a quien se halla nombrado en provisionalidad, sí las garantías propias de tal condición, lo cual se opone a la preceptiva constitucional, pues ello implica un acceso automático a los derechos de la carrera judicial, lo que solamente puede ser el resultado de haber accedido al empleo mediante el sistema de concurso.

*De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que **al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad.***

(...)" (resaltado fuera de texto).

Del precedente jurisprudencial, se evidencia que el empleado público nombrado en provisionalidad de un cargo de carrera, se encuentra inmerso en una situación de doble inestabilidad, en consideración a que no pertenece al sistema de carrera y, por lo tanto, la administración puede desvincularlo por razones del servicio o puede ser desplazado por el empleado que hubiese superado en concurso de méritos y tenga derecho a ocupar el cargo que el ostenta, puesto que su vinculación no le confiere fuero alguno de estabilidad laboral.

- **De la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se decide desvincular del servicio activo al empleado que desempeñó el cargo en provisionalidad.**

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia han sido claros en precisar que la administración debe motivar el acto administrativo por medio del cual se desvincula al empleado que desempeña un cargo en provisionalidad, con el fin de se expongan de manera clara, cierta y precisa las circunstancias de hecho y de derecho que sustentan la decisión de prescindir del funcionario.

En ese sentido, vale la pena traer a colación sentencias de trascendencia jurídica en tratándose del retiro de empleados vinculados en provisionalidad, siendo del caso referirnos a la sentencia **SU-917 de 16 de noviembre de 2010**, de la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en la que señaló:

"(...)

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 adoptadas.

- 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.

- 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", 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”.

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”. 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 actos.

- 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.

(...)

*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.***

(...)” (Negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado –Sección Segunda, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve en sentencia del **23 de septiembre de 2010, expediente 2005-1341**, de manera similar adujo:

“(...)

*La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**¹, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre*

¹ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

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

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación **SU-566 de 2014**, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, discurre:

*"(...)
Como manifestación del Estado de Derecho, el principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, de manera que se eviten arbitrariedades y se permita su control efectivo. Dentro de ese propósito, esta Corporación² ha establecido que la Administración debe dar cuenta de las razones que justifican sus decisiones, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.*

*3.4.2. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso. En esos términos, el deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.
(...)"*

² Sentencia SU-250 de 1998.

A continuación, la Máxima Corporación Constitucional en sentencia **SU-053 de 2015**, en lo que refiere a la motivación del retiro del servicio de los empleados vinculados en provisionalidad, estipuló:

(..)

*Así, desde la sentencia **SU-250 de 1998**^(...) hasta en los más recientes pronunciamientos, la Corte ha sostenido que "necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción"^(...).*

*26. En efecto, en la reciente sentencia de unificación **SU-556 de 2014**^(...), la Corte reiteró, en concordancia con los anteriores pronunciamientos, que la inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ocupado un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva su nulidad, con fundamento en los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo^(...). Bajo esa premisa esta Corte ha sostenido que el "desconocimiento del deber de motivar el acto, es una violación del debido proceso del servidor público afectado por tal decisión, en tanto la naturaleza del cargo le reconoce una estabilidad relativa que en los eventos de desvinculación se materializa en el derecho a conocer las razones por las cuales se adoptó tal determinación".^(...)*

27. Específicamente sobre el deber de motivación de los actos administrativos sostuvo la sentencia referida que:

- i. El principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, con el fin de evitar arbitrariedades y se permita su control efectivo, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.*
- ii. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.*
- iii. El deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.*
- iv. Cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa^(...).*

Criterio reiterado por la Corte Constitucional en sentencia **SU-288 del 14 de mayo de 2015**, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, al señalar:

(...)

Para la Corte, el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, debe responder a una motivación coherente con la función

*pública en el Estado Social de Derecho³, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. Dicho acto de retiro debe referirse a la aptitud del funcionario para un cargo público específico; por lo cual, no son válidas las apreciaciones generales y abstractas. La inexistencia de motivación razonable del acto administrativo que retira a un funcionario que ha ejercido un cargo de carrera en provisionalidad, conlleva la nulidad del mismo, tomando como fundamento los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo⁴.
(...)*

A su vez, la motivación del acto ha sido acogida por el Consejo de Estado, tal como se reseñó en la sentencia del 18 de marzo de 2015, de la Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B de esa Corporación, con ponencia del Consejero Gerardo Arenas Monsalve, expediente con radicado interno No. 2698-2011, demandante: Flor Margy Malagón Ortíz, demandado: Rama Judicial –Consejo Superior de la Judicatura, al discurrir:

(...)

El 23 de septiembre de 2010, con ponencia de este Despacho, la misma Sala Plena de la Sección Segunda, precisó en el radicado interno: 0883-2008, Actor: María Stella Albornoz Miranda, el alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, respecto del acto de retiro de los provisionales así:

...

*“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**⁵, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los

³ artículo 41 de la Ley 909 de 2004, a cuyo tenor, “[e]s 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.”

⁴ Dichas apreciaciones son válidas tanto para el texto del Decreto 1 de 1984, como para la Ley 1437 de 2011, dado que el sentido de las disposiciones se mantuvo, al insistir que son nulos los actos administrativos que contravengan normas en las que han de fundarse, y que desconozcan derechos de los administrados afectados por el acto.

⁵ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

⁶ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado”.

(...)

Los antecedentes jurisprudenciales y legales citados evidencian y resaltan en este momento, la necesidad de motivar los actos de retiro cuando se trata de empleados o funcionarios nombrados en provisionalidad por esa mera condición, sin importar si pertenecen a la carrera general o a carreras especiales.

(...)”. (Negrillas del texto original).

En reciente pronunciamiento, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “C” en sentencia proferida el 21 de julio de 2016, con ponencia de la Magistrada Amparo Oviedo Pinto, reseño:

“(…)

*Es necesario precisar que cuando una persona accede a un cargo de carrera, mediante nombramiento en provisionalidad, en atención a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia, es decir, sin haber participado en el proceso de selección de personal previsto en la ley, **ello no modifica la naturaleza eminentemente transitoria de su nombramiento** y no alcanza a conferirle, por ese solo hecho, una significación más allá de la que la ley concibió.*

En consecuencia, por motivo de la figura excepcional de la provisionalidad en cargos de carrera, surge una estabilidad laboral que se encuentra entre los dos extremos laborales referidos con anterioridad (la provisión de cargos de carrera y aquellos de libre nombramiento y remoción). Se trata de la estabilidad relativa o intermedia, que se manifiesta en la posibilidad con que cuenta el nominador para nombrar y separar de tales cargos a los funcionarios que ejerzan cargos en provisionalidad, pero, con un grado de discrecionalidad restringido, consistente en el deber de justificar los motivos por los cuales se adoptó la decisión de retiro del cargo, que deben responder a una argumentación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho y que logra la protección del derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público del funcionario retirado”.
(Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, el servidor que ejerce un cargo de carrera y que se hubiese vinculado mediante nombramiento en provisionalidad, como consecuencia de una vacancia definitiva o temporal, conoce que desempeña el mismo de forma transitoria y, por ende, no goza de un fuero de estabilidad, pues no puede variar su naturaleza y, por ello, puede ser separado del mismo, como resultado del nombramiento del empleado que superó el concurso de méritos o por necesidades del servicio.

Además, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado ha sido clara en establecer que los actos administrativos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad, debe estar debidamente motivada.

3. CASO CONCRETO.

En el asunto de la referencia el señor Santiago Peñaloza Barreto, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del acto administrativo contenido en el Acuerdo No. 066 del 2 de julio de 2015, mediante el cual la Secretaria Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de citador grado 05, a partir del 2 de julio de 2015.

Como argumentos de la anterior pretensión, adujo que el acto atacado es ilegal, porque se expidió con: (i) desviación del poder, al afirmar que la entidad demandada actuó de manera errática e incoherente al expedir el acto atacado sin motivación alguna y posteriormente, señalar que existieron razones disciplinarias para proceder al retiro del demandante y (ii) falta de motivación, al señalar que el acto administrativo susceptible de nulidad no consagra las razones por las cuales se desvinculó del servicio al actor.

Sobre el particular, advierte el Despacho que la entidad demandada retiró del servicio activo de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al señor Santiago Peñaloza Barreto *“de conformidad a lo decidido en Sesión de Sala Ordinaria N° 052 del 02 de julio de 2015”*.

Entonces, el Despacho procede a realizar un análisis del caso con el fin de establecer si en el presente asunto se encuentra probado alguno de los cargos alegados por la parte actora.

- Desviación de poder

El apoderado de la parte actora argumentó que la entidad demandada incurrió en una desviación de poder al retirar al actor de manera rápida y efectiva en ejercicio de la facultad discrecional, siendo que lo pertinente era esperar las consecuencias propias del proceso disciplinario previsto en el Código Disciplinario Único.

Adicionalmente, señaló que la demandada incurrió en tal cargo al expedir con posterioridad al acto de insubsistencia que carece de motivación, comunicación en la que se indican las razones “disciplinarias” por las cuales se tomó la decisión de prescindir de los servicios del actor.

Sobre el particular, dicho cargo es definido como “*la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario*”⁷.

Respecto a la desviación de poder, la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 2012, con ponencia de la Magistrada: Bertha Lucia Ramírez de Páez, dentro del proceso No. 2002-12596-01(1752-09), anotó:

(...)
Desviación de Poder

(...)
Existe desviación de poder cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta a la perseguida por la ley, es decir, cuando con la decisión no se busca el mejoramiento del servicio público.

Esta subsección en pronunciamiento de 26 de marzo de 2009, radicado 0312-2008, actor John Alexander Hernández Villamarín, Consejero Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve, frente a la desviación de poder concluyó lo siguiente:

“El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. Por eso se dice que cuando la autoridad profiere una decisión administrativa para la cual la ley le ha otorgado competencia pero lo hace con un fin distinto del previsto por el legislador se incurre en una desviación de poder.

De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto se configura esta causal de ilegalidad.

⁷ Consejo de Estado –Sección Segunda- Subsección A. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia de 7 de marzo de 2013. Expediente No. 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

Ciertamente, se ha dicho, esta es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar.”.

En este orden de ideas, es necesario que quien alega esta causal demuestre en forma irrefutable y fidedigna, que el acto acusado se expidió con un fin y por motivos no admitidos por la moral administrativa.”

Así las cosas, se advierte que la desviación de poder que alega el apoderado del demandante debe ser probada de manera “*irrefutable y fidedigna*”, evidenciándose de manera clara que la actuación de la administración contraría los fines perseguidos por la ley.

Es decir, que se deben aportar al proceso todos los elementos directos o indirectos que demuestren indiscutiblemente el interés particular y malintencionado de la administración con la expedición del acto acusado.

En ese orden de ideas, estudiadas las documentales obrantes en el expediente considera esta instancia judicial que la parte actora no demostró que el motivo que inspiró la declaratoria de insubsistencia del señor Santiago Peñaloza Barreto, se hubiera apartado del buen servicio o con fines distintos a los previstos en la ley, máxime cuando el mismo carece del sustento de las razones de hecho y de derecho que conlleven a la desvinculación del cargo.

De otro lado, no es cierto que para proceder al retiro del servicio se deba agotar en primera medida un proceso disciplinario en contra del actor, puesto que es facultad de la entidad demandada declarar la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad del señor Peñaloza, esto, siempre y cuando la decisión encuentre fundamento y sustento en razones del buen servicio o por la provisión del cargo que desempeña a la persona que superó el concurso de méritos.

En estas condiciones es claro que la desviación de poder debe tener un respaldo probatorio definido que lleve al juzgador a la certeza incontrovertible de que los motivos que la administración tuvo para expedir el acto enjuiciado son ajenos a los que la ley señala para tal efecto.

Bajo las consideraciones realizadas, la normatividad aplicable al asunto de la referencia y las pruebas obrantes en el expediente, se concluye que el actuar de la

entidad no obedeció a un fin particular, personal o arbitrario, por lo cual, no se evidencia que la entidad haya incurrido en una desviación del poder con la expedición del acto atacado.

- Falta de Motivación

El Congreso de la República expidió la Ley 909 de 2004⁸ *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, que en su artículo 41 consagró como requisito indispensable motivar el acto administrativo que declare la insubsistencia de un nombramiento provisional, esto es, que el nominador debe precisar de manera clara las causas por las cuales decide desvincular al empleado nombrado en provisionalidad.

Se hace necesario precisar entonces, que la referida Ley de conformidad a lo dispuesto en su artículo 3º es aplicable con carácter supletorio a los servidores públicos entre ellos a los de la Rama Judicial, en caso de que la norma que los rige presente vacíos.

Sin embargo, con anterioridad a la promulgación de la normativa precitada la Corte Constitucional dispuso que la insubsistencia de los nombramientos en provisionalidad debe estar motivada.

Tal criterio ha sido reiterado en varias oportunidades tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, razón por la cual, los actos administrativos mediante los cuales se declara la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de un empleado que desempeña un cargo de carrera administrativa, debe sustentarse en razones objetivas que permitan a la administración justificar la decisión de separación del cargo del miembro de la entidad, las cuales deben ponerse en conocimiento del interesado.

Ahora, si bien los empleados en provisionalidad no gozan de una estabilidad laboral, lo cierto es que no pueden ser separados del cargo sin que medie la razón

⁸ Reglamentada por el Decreto 1227 de 2005.

que guarde proporción con los hechos que sirven de causa a una decisión de tal naturaleza, lo cual debe estar consignado en el acto administrativo.

En ese sentido, de conformidad al precedente de la Corte Constitucional⁹ citado en el marco normativo y jurisprudencial, el objeto de la motivación de los actos atiende a lo siguiente:

1. El principio general es que los actos de la administración han de tener una motivación acorde con los fines de la función pública, con el fin de evitar arbitrariedades y se permita su control efectivo, salvo en los casos exceptuados por la Constitución y la ley.
2. La necesidad de motivación de los actos administrativos es una manifestación de principios que conforman el núcleo de la Constitución de 1991, entre los cuales se debe resaltar la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad, y el derecho al debido proceso.
3. El deber de motivar supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en que la administración da cuenta a los administrados de las razones que la llevan a proceder de determinada manera, permitiéndoles, por lo tanto, controvertir las razones que condujeron a la expedición del acto, como manifestación de su derecho de contradicción.
4. Cuando la Constitución y la ley lo prevean, es posible que el deber de motivar el acto se encuentre atenuado o reducido. Dichas excepciones responden a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa.

De lo anterior se colige, que el hecho de motivar el acto administrativo obedece a la garantía de los principios constitucionales, entre ellos la Cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático y el principio de publicidad, lo que conlleva a que la administración informe las razones que justifican su decisión, permitiendo que la misma sea susceptible de control judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

⁹ Sentencia SU-053 del 2015 de la Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, la finalidad de que se motive el acto administrativo por medio del cual se declara la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera es que se eviten arbitrariedades por parte de la administración y que las razones que respaldan la decisión de la entidad sean sometidas a juicio.

Postura que el Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda –Subsección B, en sentencia del 18 de marzo de 2015, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, expediente interno No. 2698-2011, demandante: Flor Margy Malagón Ortiz, demandado: Nación –Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, acogió al estudiar controversia que gira en torno a la declaratoria de insubsistencia de una empleada nombrada en un cargo en provisionalidad, puesto que señaló que en efecto es deber de la administración motivar el acto administrativo *“para así equilibrar los derechos del servidor público y preservar diversos principios como la igualdad, favorabilidad, debido proceso y el pro homine.”*

En el mismo pronunciamiento indicó que *“La explicación que aquí se reclama debe ser particular y concreta, esto es, señalar las razones fácticas y específicas por las cuales el nominador prescinde de los servicios de la funcionaria, para que de esta manera el juez pueda hacer un control efectivo de legalidad y no como allí se hizo, exponer con obiter dicta, de manera impersonal y abstracta una línea jurisprudencial. En resumen, en el sub lite no se argumentó nada en particular sobre la insubsistencia de la señora Flor Margy Malagón, por manera que la Sala lo tendrá como no motivado, en consecuencia, al ser expedido con posterioridad a Ley 909 de 2004 sin motivación, se incurre en una causal de nulidad que da lugar a la prosperidad del cargo propuesto, y por ende, se declarará la nulidad de la Resolución No. 3348 de 28 de octubre de 2005.”*

Así las cosas, esta instancia con el fin de analizar el cargo propuesto por la parte actora estudiará si el acto administrativo por medio del cual la entidad demandada declaró la insubsistencia del señor Peñaloza Barreto se encuentra ajustado a los parámetros referidos.

En ese sentido, de las documentales obrantes en el expediente se encuentra a folio 8 el Acuerdo No. 066 del 2 de julio de 2015, por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria, consideró:

(...)

Que le señor SANTIAGO PEÑALOZA BARRETO, identificado con cédula de ciudadanía No. 85.162.27 (sic), se desempeña en el cargo de Citador Grado 05 adscrito a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (sic)

Que de conformidad con lo decidido en Sesión de Sala Ordinaria N° 052 del 02 de julio de 2015, los Honorables Magistrados decidieron declarar insubsistente el nombramiento del señor SANTIAGO PEÑALOZA BARRETO, identificado con cédula de ciudadanía No. 85.162.27 (sic), en el cargo de Citador Grado 05 adscrito a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a partir del 02 de julio de 2015.

ACUERDA

ARTÍCULO ÚNICO: Declarar insubsistente el nombramiento del señor SANTIAGO PEÑALOZA BARRETO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 85.162.27 (sic), en el cargo de Citador Grado 05 adscrito a la Secretaría Judicial de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, a partir del 02 de julio de 2015.

(...)”

Revisada la decisión que precede y que es objeto de control judicial en el asunto de la referencia, se evidencia que la entidad demandada se limitó únicamente a indicar de manera expresa y directa que declara la insubsistencia del señor Peñaloza, por lo cual salta a la vista que se obviaron las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión de la administración de separar del cargo al actor.

Pues no es suficiente que la entidad en el acto de insubsistencia haya indicado a groso modo que la desvinculación radica en la decisión tomada por los Magistrados de la Corporación en la Sesión de Sala Ordinaria No. 052 de 02 de julio de 2015, en consideración a que se requiere el sustento de las razones objetivas que dieron lugar a la misma.

Entonces, se puede inferir que la figura utilizada por la entidad para retirar del servicio activo al actor obedece a la discrecionalidad, siendo que la misma no aplica en asuntos como el que hoy nos ocupa, teniendo en cuenta que la

modalidad bajo la cual se vinculó al servicio del Consejo Superior de la Judicatura no es otra que la provisionalidad de un cargo de carrera.

Por lo tanto, es importante resaltar que la discrecionalidad para disponer del puesto solamente aplica a los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales están determinados por la ley como *“aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado”*^{10,11}

Entretanto los cargos de carrera ocupados excepcionalmente en provisionalidad, buscan *“responder a las necesidades de personal de la administración en momentos en que se presenten vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos se proveen con los requisitos de Ley, o mientras cesa la situación que originó la vacancia”*^{12,13}

En virtud de las consideraciones que preceden, no se pueden asimilar los cargos de libre nombramiento y remoción con los de provisionalidad, razón por la cual, no se puede hacer uso de la discrecionalidad para efectuar el retiro de los empleados nombrados bajo esta última modalidad, en consideración que se requiere de la motivación de la decisión por parte de la entidad, como se ha indicado de manera reiterada.

De tal forma, la entidad demandada al no haber sustentado las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho que sirvieron de fundamento para la expedición del acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente al demandante, incurre en una causal de ilegalidad del mismo por falta de motivación, ya que no se admiten razones indefinidas, generales y abstractas.

Respecto al contenido de la motivación, la Corte Constitucional en Sentencia SU 054- del 2015, discurrió

¹⁰ Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.

¹¹ Sentencia SU-556 del 2014 de la Corte Constitucional, página 26.

¹² T-1206 de 2004 .

¹³ Sentencia SU-556 del 2014 de la Corte Constitucional, página 27.

(...)

Para considerar motivado el acto administrativo, no es suficiente la cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relaciona de manera directa e inmediata con el caso particular y concreto del servidor público afectado, o la utilización de expresiones formales tales como "por los motivos expresados" para proceder a la desvinculación, sino que es forzoso explicar de manera "clara, detallada y precisa" las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión¹⁴.

(...)

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

*Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de 'razón suficiente' en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado"¹⁵. **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"¹⁶.***

(...)"

De esa forma, al constatar la falta de motivación del acto que declaró la insubsistencia del señor Santiago Peñaloza Barreto, quien desempeñó el cargo de Citador Grado 05 en provisionalidad, se constituye por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria en un ejercicio arbitrario del poder y una violación a las normas en que debía fundarse el acto administrativo.

Adicionalmente, el hecho de indicar las razones que motivan la decisión de desvincular del servicio al actor, las cuales deben obedecer a situaciones relacionadas con el servicio prestado o al nombramiento en propiedad de la

¹⁴ Sentencia C-279 de de 2007, citada en la sentencia T-104 de 2009.

¹⁵ 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".

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

persona que superó el concurso de méritos, se hace con el fin de que no se incurra en la vulneración a su estabilidad laboral en condición de servidor público.

Lo anterior, en el entendido de que el señor Peñaloza gozaba de una estabilidad laboral relativa o intermedia en consideración a que fue nombrado en provisionalidad, pues su expectativa de permanencia en el cargo es hasta que el mismo sea provisto mediante concurso; por razones del servicio o imposición de sanciones.

Ahora bien, este Despacho practicó el 22 de febrero de 2017, el testimonio a la abogada Yira Lucia Olarte Ávila, en su calidad de secretaria judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que obra en medio magnético a folio 207 del expediente, del que se resalta lo siguiente:

PREGUNTADO: “Doctora, ¿sírvese informar al Despacho si tiene conocimiento si el acto administrativo que desvinculó al señor Santiago Peñaloza fue motivado?”

RESPUESTA: “Bueno (...) en el acto administrativo la sustentación que dieron los nominadores que son como lo explicó el doctor Pedro Sanabria en su respuesta que se le dio a la petición inicial que se hiciera cuando se inició la demanda, fue una motivación posterior que se hizo al mismo en donde se (...) argumentó por los mismos Magistrados de la Sala la profesión de abogado del señor Jhenfer que lo reemplazó y esa fue la motivación posterior que se le hizo al acto administrativo, si bien es cierto en el mismo acto no estaba pues los magistrados que son los nominadores hicieron la motivación posterior de conformidad con una sentencia del Consejo de Estado en donde permite que no obstante no sea al mismo tiempo de la emisión del acto administrativo o la decisión de la sala ellos la sustentaron en el mejoramiento del servicio como quiera que el señor Jhenfer ostenta la calidad de abogado y podría colaborar en los que es la función de la sala en que fue en su momento la consideración de recibir los documentos específicamente de las tutelas.”

Precisa la declarante que la motivación del acto administrativo se encuentra en el Oficio No. PSD15-1274 del 15 de octubre de 2015, exactamente en los numerales 2º y 3º, que al respecto indican:

“(...)

En atención al asunto de la referencia y en cumplimiento de los artículos 13 y 14 de la Ley Estatutaria 1755 de 2015 que reguló el derecho de Petición y sustituyó el Título II de la Ley 1437 de 2011, Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, me permito dar respuesta a su petición en los siguientes términos:

2. En cuanto a los numerales 5º y 6º no existieron *“quejas y/o actos administrativos preparatorios que recomendaron que se debía declarar insubsistente el nombramiento del señor SANTIAGO PEÑALOZA BARRETO”* y la decisión de declarar insubsistente al señor Peñaloza Barreto fue tomada por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura en su calidad de nominador de los cargos pertenecientes a la Secretaría Judicial de la misma Sala, conforme los literales b) y d) del artículo 2 del Acuerdo 075 de 2011 y los artículos 113, 131 numeral 4 y 112 numeral 6 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con el artículo 204 de la misma disposición.
3. *frente a los numerales 7º al 11º, me permito señalar que en remplazo del funcionario Santiago Peñaloza Barreto fue nombrado el señor Jhenfer de Jesús Lozada Ariza como citador Grado 05 adscrito a la Secretaría Judicial de esta Sala quien tiene título profesional de Abogado.*

(...)”

Conforme la manifestación que precede y estudiada la documental que aduce la declarante es la motivación posterior a la declaración de insubsistencia del nombramiento del señor Peñaloza, avizora este recinto judicial que la misma no cumple con los requisitos de la motivación del acto, pues como se ha indicado de manera reiterada en el presente asunto, no basta con razones indefinidas, generales o abstractas, siendo que es indispensable que de manera clara, detalla y precisa sustente las razones que conllevaron a tomar la decisión de prescindir de los servicios del actor, en el acto que declaró su insubsistencia.

Sumado a lo anterior, para esta instancia no es del recibo el hecho de que el acto administrativo se haya motivado con posterioridad, en consideración a que la misma debe ser concomitante con la declaración de insubsistencia, puesto que para ser susceptible de control judicial se deben apreciar las razones que lo sustentan.

Bajo las anteriores consideraciones se encuentra comprobado que el acto administrativo atacado en el asunto de la referencia carece de motivación, por lo cual, razón tiene el apoderado de la parte actora en deprecar dicho cargo.

Finalmente, respecto de los perjuicios morales solicitados por el actor en suma equivalente a 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como compensación por el dolor, aflicción, desesperación, congoja, desasosiego y zozobra que vivió por las actuaciones antijurídicas de la entidad demandada, se advierte que no hay prueba siquiera sumaria que permita inferir la ocurrencia de los mismos, con ocasión a la desvinculación del actor en el cargo de citador grado 05 adscrito a la Secretaría Judicial de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por lo cual, no se accederá a tal solicitud.

Como sustento de lo anterior, se cita pronunciamiento del Consejo de Estado¹⁷, mediante el cual se negó el reconocimiento de los perjuicios morales, al señalar:

*“(...)
De igual forma se negará el reconocimiento y pago de los perjuicios morales, solicitados por el actor, pues no fue probado dentro del plenario la presencia de un daño que deban ser indemnizados patrimonialmente. Sobre el particular debe reiterarse que el daño para que pueda ser indemnizado debe ser antijurídico cierto y concreto; por ello, es un imperativo que quien alegue sufrirlo debe probarlo, circunstancia que se repite no se observó en el caso concreto. (...)”*

Bajo las anteriores consideraciones, al encontrar desvirtuada la presunción de la legalidad de la que está investido el acto administrativo, se declarará la nulidad del Acuerdo No. 066 del 2 de julio de 2015, a través del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Santiago Peñaloza Barreto.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Nación –Rama Judicial –Consejo Superior de la Judicatura –Sala Disciplinaria, a:

- Reincorporar al señor Santiago Peñaloza Barreto, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, al cargo de citador grado de 05 adscrito o a otro de igual o similar categoría o remuneración.
- Cancelar al señor Santiago Peñaloza Barreto, con carácter indemnizatorio, la suma equivalente a 24 meses de salarios y prestaciones sociales, que

¹⁷ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Segunda –Subsección B, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, sentencia del 10 de septiembre de 2015, expediente interno No. 0917-2012, demandante: Wilmer Uriel García Mendoza, demandado: Autoridades Nacionales.

correspondan al cargo de citador grado 05, previas las deducciones de Ley a que hubiere lugar.

Para el efecto, efectúense los descuentos correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido el actor durante el tiempo en que permaneció separado del servicio.

Se precisa, que el reconocimiento de los salarios y prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho, se hace de conformidad a la regla de decisión trazada por la Corte Constitucional indicada en la sentencia SU-556 de 2014, según la cual:

3.6.13.4. Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

*3.6.13.5. A este respecto, el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón a que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, **la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extienda a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses.** En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante.*

*3.6.13.6. Por su parte, y en plena concordancia con lo anterior, el término máximo de indemnización se fija dentro del propósito de evitar un pago excesivo y desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación, **y su tope de 24 meses se determina teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.***
(...)”.

Igualmente, la precitada sentencia señaló que las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro del servicio de provisionales sin que medie motivación se hacen de la siguiente manera:

*“(…)
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.
(…)”.*

En ese sentido y aplicando el criterio esbozado al caso concreto, se encuentra demostrado que el señor Peñaloza se encuentra desvinculado al servicio de la entidad demandada desde el 2 de julio de 2015 (Fl. 8), por lo cual, a la fecha han transcurrido más de 24 meses de retiro efectivo, motivo que impone el reconocimiento a título indemnizatorio de la suma equivalente a 24 meses de salarios y prestaciones sociales, previas las deducciones de ley a que hubiere lugar.

Por último, en lo referente a la condena en costas, se considera que la misma procede al ser vencida una parte en el proceso y cuando hubiese asumido una conducta que a juicio del juzgador, la haga acreedora a esa sanción, tal y como lo dispone el artículo 188 del CPACA en concordancia con el artículo 365 del CGP. No obstante, no se evidenció que la parte demandada en el curso del proceso haya actuado con temeridad, dolo o mala fe, razón por la cual no se impondrá condena.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Dos (52) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Declarar la nulidad del Acuerdo No. 066 del 2 de julio de 2015, expedido por la Nación –Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, condenar a la Nación –Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura –Sala Jurisdiccional Disciplinaria, a:

- Reincorporar al señor Santiago Peñaloza Barreto, identificado con cédula de ciudadanía No. 85.162.271, sin solución de continuidad para todos los efectos legales, al cargo de citador grado de 05 adscrito o a otro de igual o similar categoría o remuneración.
- Cancelar al señor Santiago Peñaloza Barreto, identificado con cédula de ciudadanía No. 85.162.271, con carácter indemnizatorio, la suma equivalente a 24 meses de salarios y prestaciones sociales, que correspondan al cargo de citador grado 05, previas las deducciones de Ley a que hubiere lugar.

Para el efecto, efectúense los descuentos correspondientes a las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya percibido el actor durante el tiempo en que permaneció separado del servicio.

TERCERO.- Las sumas que resulten del anterior reconocimiento, deberán ser actualizadas con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir, 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, por el índice vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

CUARTO.- Sin lugar a condena en costas.

QUINTO.- Dése cumplimiento a la presente providencia con observancia de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO.- Se niegan las demás pretensiones de la demanda.

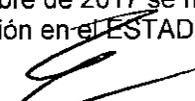
SÉPTIMO.- Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría expídase a costa de la parte Demandante copia auténtica con constancia de notificación, de ejecutoria y de que presta mérito ejecutivo del fallo de primera instancia. Así mismo, expídasele copia auténtica del fallo para que comunique al Ministerio Público y a la Entidad Accionada. Una vez se entreguen las copias requeridas, por secretaría, déjese las anotaciones de rigor en el expediente. Igualmente, devuélvase a la Parte Actora, si lo hubiera, el remanente de la suma que se ordenó pagar para gastos ordinarios del proceso (Acuerdo 115 de 2001 y 2165 de 2003) y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


ANGÉLICA ALEXANDRA SANDOVAL AVILA

Juez

C.A.

<p>JUZGADO CINCUENTA Y DOS (52) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTA D.C. -SECCIÓN SEGUNDA-</p> <p>Hoy 12 de septiembre de 2017 se notifica la providencia anterior por anotación en el ESTADO No. <u>60</u>.</p> <p> ERVIN ROMERO OSUNA Secretario</p>
