



Consejo Superior
de la Judicatura

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
TUNJA
JUEZ: ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ

Tunja, treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

RADICACIÓN No.	:	15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE	:	LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO	:	NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL TUNJA
LLAMADA EN GARANTIA	:	CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO
MEDIO DE CONTROL	:	NULIDAD Y RESABLECIMIENTO

Examinadas las diligencias se advierte que mediante escrito radicado el 16 de agosto de 2019 (fl. 1.330), el apoderado de la parte actora solicita que se remita el proceso al despacho que sigue en turno, atendiendo a que, según su dicho, se encuentran acreditados los requisitos de pérdida de competencia previstos en el artículo 121 del C.G.P., donde textualmente se señala:

"ARTÍCULO 121. DURACIÓN DEL PROCESO. *Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal.*

Vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses. La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez o magistrado que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, por razones de congestión, podrá previamente indicar a los jueces de determinados municipios o circuitos judiciales que la remisión de expedientes deba efectuarse al propio Consejo Superior de la Judicatura, o a un juez determinado.

Cuando en el lugar no haya otro juez de la misma categoría y especialidad, el proceso pasará al juez que designe la sala de gobierno del tribunal superior respectivo

Excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia.

Para la observancia de los términos señalados en el presente artículo, el juez o magistrado ejercerá los poderes de ordenación e instrucción, disciplinarios y correccionales establecidos en la ley.

El vencimiento de los términos a que se refiere este artículo, deberá ser tenido en cuenta como criterio obligatorio de calificación de desempeño de los distintos funcionarios judiciales.

PARÁGRAFO. *Lo previsto en este artículo también se aplicará a las autoridades administrativas cuando ejerzan funciones jurisdiccionales. Cuando la autoridad administrativa pierda competencia, deberá remitirlo inmediatamente a la autoridad judicial desplazada”.*

Como puede verse, esta norma establece que salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Vencido dicho término sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses.

No obstante, tal como se señaló en la audiencia inicial al resolver una solicitud elevada en este mismo sentido (fls. 628 y 629), dichos parámetros normativos no resultan aplicables a los procesos que se siguen ante esta jurisdicción, toda vez que los mismos se encuentran sujetos a términos específicos previstos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En este sentido se pronunció la Sección Tercera, Subsección C del Honorable Consejo de Estado en providencia de fecha 6 de agosto de 2014, con Ponencia del Doctor Enrique Gil Botero dentro del proceso radicado con el No. 88001233300020140000301 (50408), donde textualmente se señaló lo siguiente:

"De igual forma, es importante señalar que no todas las normas contenidas en el Código General del Proceso resultan aplicables a los procesos –escriturales u orales– que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como, por ejemplo, la contenida en el artículo 121 del CGP (ley 1465 de 2012), según la cual:

En efecto, el precepto citado no resulta aplicable en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, toda vez que tanto el C.C.A. como el CPACA contienen normas especiales sobre la duración de los procesos ordinarios y especiales que se adelantan ante esta jurisdicción; por consiguiente, el artículo 121 del C.G.P. se trata de una reproducción de la disposición contenida en el artículo 9 de la ley 1395 de 2010 que era única y exclusivamente aplicable a la Jurisdicción Ordinaria Civil. A contrario sensu, se itera, los artículos 179 y siguientes del CPACA establecen las etapas, los términos, y las competencias para surtir el proceso ordinario contencioso administrativo, circunstancia por la que no puede ser transpolado ese término de un año y seis meses de prórroga a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que, se insiste, tiene sus propias normas sobre duración y competencia dentro del proceso.

Bajo este contexto, para el despacho es claro que la norma invocada por el apoderado de la parte actora no resulta aplicable en el presente caso y, por lo tanto, no es posible acceder a la solicitud de remisión del expediente por pérdida de competencia.

Ahora, una vez agotados los trámites de ley, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, en los siguientes términos:

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones:

La señora **LAURA CAROLINA CABRA VELOZA**, actuando por conducto de apoderado legalmente constituido para el efecto, acudió ante esta jurisdicción en ejercicio del **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL TUNJA**, en procura de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 006 de fecha 16 de julio de 2013, por medio de la cual, se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicita, ordenar a la entidad demandada lo siguiente:

- Que dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, en ceremonia pública llevada a efecto en la Plaza Principal del Municipio de Duitama, en acto especial y exclusivo que se transmita por radio y televisión, formalmente se pida perdón a la demandante, por las conductas irregulares efectuadas para su retiro del empleo.
- Que dentro del mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia se lleve a efecto la publicación de los actos a través de los cuales se pida perdón a la accionante, en los periódicos "El Tiempo" y "El Espectador".
- Que se disponga el reintegro de la demandante en el mismo cargo que se desempeñaba al momento de ser desvinculada o a otro de igual o superior categoría.
- Que se proceda al pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos laborales, junto con sus respectivos incrementos, causados durante el tiempo en que permanezca cesante la demandante en relación con el cargo del que fue desvinculada, declarando que para todos los efectos salariales, prestacionales y laborales, no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, y que dichos pagos no constituyen doble asignación recibida del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, respecto de lo percibido por la demandante durante el periodo comprendido entre el retiro del servicio y la fecha en que se haga efectivo el reintegro efectivo, por lo que no podran realizarse deducciones por tal concepto.
- Que se disponga el pago de los siguientes valores: (i) novecientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (900 smlmv), por concepto de daño moral objetivado, consistente en la incidencia del perjuicio en el detrimento patrimonial; (ii) ochocientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (850 smlmv), por concepto de daño moral subjetivado consistente en el perjuicio no valorable pecuniariamente y (iii) novecientos sesenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (960 smlmv), por concepto de daño a la vida de relación.

- Que las sumas resultantes de la condena sean liquidadas con sus respectivos ajustes de valor y dentro de los términos establecido en los artículos 187, 189, 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- Que la entidad debe repetir contra de los funcionarios que expidieron los actos impugnados.

- Que se proceda al pago de las costas y agencias en derecho, conforme a lo establecido en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.2. Fundamentos fácticos:

En orden a sustentar las pretensiones de la demanda, el mandatario judicial de la parte actora relató las circunstancias que se sintetizan a continuación:

- Que la demandante fue nombrada en provisionalidad como Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con Funciones de Conocimiento, a través de la Resolución 004 de fecha 30 de marzo de 2012.

- Que durante su vinculación con la Rama Judicial fue notoria su idoneidad, responsabilidad, capacidad y honestidad en el ejercicio de la función pública, reconocida por sus compañeros y superiores jerárquicos.

- Que la Juez Segundo Penal Municipal de Tunja con Funciones de Conocimiento, de manera arbitraria decidió declarar insubsistente el nombramiento de la demandante, sin la debida motivación, limitándose a realizar algunas apreciaciones generales, que impidieron el ejercicio del derecho de defensa de la afectada.

- Que el acto de retiro fue proferido con falta de competencia y falsa motivación, toda vez que a través de él se declaró la insubsistencia del nombramiento de la demandante, aplicando una facultad discrecional a un empleo que no tiene naturaleza de libre nombramiento y remoción.

- Que la funcionaria nominadora desconoció que por tratarse de un cargo de carrera administrativa, el acto de desvinculación debía fundarse en las causales de retiro previstas en la ley, con las garantías previstas para este tipo de empleos, afectando los derechos de estabilidad y permanencia de la demandante.

- Que la designación de quien remplazó a la demandante, se llevó a efecto desconociendo las normas que rigen la materia, toda vez que, el cargo no fue provisto a través de concurso de méritos.

- Que quien remplazó a la demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos para el desempeño del cargo, agregando que al solicitar información sobre el particular, la funcionaria nominadora se negó a suministrarla bajo el argumento de reserva.

- Que con anterioridad a la desvinculación, no se adelantó ninguna actuación disciplinaria en contra de la demandante, así como tampoco se impuso ninguna sanción de esta naturaleza, por hechos que comprometieran su responsabilidad

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

como Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con Funciones de Conocimiento.

- Que con el acto de retiro se desconoció la condición de madre jefe de hogar de la demandante, sometiéndola a la más absoluta desprotección económica, laboral y de seguridad social.
- Que las verdaderas razones de la desvinculación, son distintas de las consideraciones efectuadas en el acto administrativo, así como también resultan ajenas al buen servicio, existiendo una grabación donde la nominadora reveló las verdaderas causas de su arbitrariedad.

1.3. Cargos de nulidad invocados:

El mandatario judicial de la parte actora señala que con la expedición de los actos acusados se infringieron las siguientes normas: artículos: 2, 6, 13, 25, 29, 53, 121 y 125-5 de la Constitución Política de Colombia; Convenios y Tratados internacionales ratificados por Colombia en virtud del mandato expreso contenido en los artículos 53 y 93 de la Constitución Política de Colombia; artículo 23 de Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 6 a 9 de la Ley 74 de 1968; artículo 26, inciso primero y artículo 27 del Decreto 2400 de 1968; artículos 107, 109, 110 y 111 del Decreto 1950 de 1973; la Ley 443 de 1998, los decretos 1330 y 1567 a 1572 de 1998; la Ley 909 de 2004; Ley 734 de 2002; Ley 270 de 1996 y Decreto 1330 del 13 de julio de 1998.

En desarrollo del concepto de la violación sostuvo en resumen lo siguiente:

- Que la desvinculación de la demandante y el nombramiento de su remplazo obedecieron a razones ajenas al mejoramiento del servicio, toda vez que, según su dicho, el relevo no obedeció a la provisión del cargo por medio de concurso de méritos, como sería lo correcto, sino que por el contrario se dio en virtud de un nuevo nombramiento provisional, desconociendo las normas que rigen la materia e incurriendo en una flagrante desviación de poder.
- Que el acto de retiro fue proferido con falta de competencia y falsa motivación, toda vez que a través de él se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, aplicando la facultad discrecional a un empleo que no tiene naturaleza de libre nombramiento y remoción.
- Que por tratarse de un cargo de carrera administrativa, el acto de desvinculación debía fundarse en las causales de retiro contempladas en la ley, con las garantías previstas para este tipo de empleos, conllevando a que en esta oportunidad resultaran afectados los derechos de estabilidad y permanencia de la exservidora.
- Que la decisión de insubsistencia fue proferida, sin procedimiento administrativo previo y sin la debida motivación, limitándose a realizar algunas apreciaciones generales, que no son de recibo conforme a los parámetros jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional, entre otras providencias, en la Sentencia SU917 de fecha 16 de noviembre de 2010, puesto que ante su definición, resultan violatorias del debido proceso, específicamente en lo que tiene que ver con el ejercicio del derecho de defensa y la interposición de los recursos de ley.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Que el acto administrativo se produjo sin la existencia de circunstancias que ameritaran el retiro del servicio de la demandante por razones disciplinarias.
- Que quien remplazó a la demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos para el desempeño del cargo, agregando que al solicitar información sobre el particular, la funcionaria nominadora se negó a suministrarla bajo el argumento de reserva.
- Que con el acto de desvinculación se desconoció el fuero de especial protección que amparaba a la demandante, dada su condición de madre jefe de hogar, sometiéndola a una desprotección económica, laboral y de seguridad social.
- Que en el acto administrativo no se informaron los recursos procedentes desconociendo el debido proceso administrativo.
- Que con la actuación acusada se quebrantó el derecho que tiene la demandante a ser inscrita extraordinariamente en el escalafón de carrera administrativa conforme a lo previsto en el Acto Legislativo No. 001 de 2008.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Tunja el día 31 de enero de 2014 (fl. 28. Vto.), siendo asignada al Despacho No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá (fls. 152), donde por medio de auto calendado el 9 de abril de 2015 (fls. 253 – 254), se dispuso la remisión del asunto por competencia a los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Tunja, para finalmente ser repartida a este estrado judicial mediante acta individual de reparto calendada el 28 de mayo de 2015 (fl. 257).

Posteriormente, mediante auto calendado el 22 de octubre de 2015 (fls. 259 – 260), se dispuso la admisión de la demanda, ordenando las notificaciones correspondientes.

Dentro del término de traslado, la entidad demandada, además de proponer excepciones, formuló llamamiento en garantía contra la señora CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO, en su condición de funcionaria judicial que expidió el acto de insubsistencia acusado, llamamiento que finalmente fue admitido a través providencia de fecha 22 de julio de 2016 (fls. 523-525), confirmada en sede de apelación mediante auto calendado el 3 de agosto de 2017 (fls. 70 – 73 Cuaderno de Segunda Instancia)

Una vez vencidos los traslados respectivos, el Despacho, mediante auto proferido el 22 de mayo de 2017 (fl.616), convocó a las partes para la práctica de la audiencia inicial, diligencia que se llevó a efecto el día 27 de junio de 2017 (fls. 626 -642), decretándose las pruebas del proceso.

Luego, se llevó a efecto la audiencia de pruebas, que tuvo lugar los días 29 de agosto de 2017 (fls. 819 - 839) 25 de octubre de 2017 (fls. 996 – 998), 12 de diciembre de 2017 (fls. 1060 – 1062), 6 de febrero de 2018 (fls. 1164 – 1165), 7 de marzo de 2018 (fls. 1214 – 1216), fecha ésta, donde se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se procedió a correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

Finalmente, luego de que el proceso ingresara al despacho para proferir el fallo correspondiente, se advirtió que por problemas de carácter técnico presentados durante el desarrollo de la audiencia de pruebas practicada el 29 de agosto de 2017, no quedó registrada la prueba testimonial en su integridad, por lo que finalmente tuvo que adelantarse el trámite para su recepción.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

3.1. Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva Seccional De Administración Judicial Tunja:

Mediante escrito radicado dentro del término establecido para el efecto (fls. 270 - 299), la defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, indicando:

- Que las condiciones de idoneidad, capacidad, responsabilidad y honestidad de la demandante constituyen apreciaciones subjetivas que deben ser objeto de prueba durante el decurso procesal.
- Que el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento, no había sido ofertado para su provisión por concurso de méritos, a través del Consejo Superior de la Judicatura, por lo que, según su dicho, la funcionaria judicial nominadora contaba con la autonomía para realizar el nombramiento y declarar la insubsistencia, conforme a lo establecido en el artículo 131 de la Ley 270 de 1996:
- Que la decisión acusada se produjo con arreglo a la ley, respetando los precedentes jurisprudenciales fijados por Corte Constitucional y el Consejo de Estado en materia de desvinculación de empleados de la rama judicial designados en provisionalidad.
- Que en el acto demandado se expresaron los motivos determinantes por los cuales se dispuso la declaratoria de insubsistencia de la demandante, contando con todos los soportes del caso.
- Que el acto de nombramiento lleva implícita la obligación de cumplir el manual de funciones, incluyendo la entrega del inventario de bienes ante el retiro del servicio.
- Que ante la negativa de la demandante para hacer entrega de su cargo, se llevó a efecto diligencia formal de entrega por parte del despacho a la nueva servidora designada.
- Que la parte demandante no emitió pronunciamiento alguno frente al acto de insubsistencia.
- Que los empleados nombrados en provisionalidad no tienen derecho de permanencia, toda vez que desde el inicio están sometidos a la posibilidad de su retiro.
- Que el cargo desempleado por la demandante no se equiparó a uno de libre nombramiento y remoción.
- Que el retiro de la demandante obedeció al incumplimiento de sus obligaciones contenidas en el respectivo manual de funciones.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Que no son ciertas las apreciaciones relacionadas con la falta de idoneidad de quien remplazo a la demandante, toda vez que en virtud del derecho al Habeas Data, la parte actora desconoce la hoja de vida de la nueva servidora, sin que, según su dicho, se hayan adelantado las gestiones necesarias para levantar la reserva.
- Que aun cuando la parte demandante, interpuso acción de tutela con el fin de obtener la información, la misma fue denegada en segunda instancia.
- Que la permanencia de la demandante en el empleo estaba condicionada a varios eventos, como es el caso del eficiente desempeño y el cumplimiento efectivo de sus funciones, así como también estaba sujeta a la eventual existencia del registro de elegibles.
- Que la demandante no atendió a las reiteradas correcciones verbales y escritas efectuadas por el despacho, las cuales no fueron objeto de rechazo por de su parte.
- Que la titular del despacho contaba con la competencia para declarar insubsistente el nombramiento de la demandante, de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 131 y 149 de la Ley 270 de 1996.
- Que la demandante no ostenta la condición de madre cabeza de familia, sino que por el contrario es la esposa o compañera permanente del señor PABLO ANTONIO MERCHAN RODRÍGUEZ, pensionado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, sede Duitama, de cuya unión fueron procreados tres hijas, agregando que la mayor de ellas estuvo en el exterior, vivía en Bogotá al parecer en un apartamento de su propiedad,
- Que compartían lecho y techo como una familia en Duitama en vivienda propia, siendo dueños de un vehículo de servicio particular derivados de su trabajo con una estabilidad laboral superior al grueso de la población tal como, según su dicho, se desprende de la declaración juramentada del 4 de julio de 2012, a pesar de que en la hoja de vida se predique que es soltera.
- Que la grabación allegada para probar las presuntas razones de la desvinculación fue allegada en forma descontextualizada, parcial y amañada.
- Que dicha grabación fue obtenida de manera ilegal, sin autorización de la funcionaria nominadora, aprovechándose de la amistad existente y atentando contra su derecho a la intimidad, razón por la cual considera que en el presente caso resulta procedente compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, así como al Consejo Seccional de la Judicatura, para que adelanten las investigaciones penales y disciplinarias del caso.

Entre tanto, la defensa propuso las excepciones que denominó: (i) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - INDEBIDA REPRESENTACIÓN DE LA DEMANDANTE; (ii) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA - INEPTITUD DE LA DEMANDA; (iii) TEMERIDAD - MALA FE EN LAS PRETENSIONES - ABUSO EN EL EJERCICIO DE DERECHOS; (iv) CUMPLIMIENTO AL DEBER LEGAL Y CONSTITUCIONAL y (v) OBJECCIÓN AL MATERIAL, PROBATORIO, DOCUMENTAL Y TESTIMONIAL, cuyos argumentos se examinarán más adelante.

Finalmente, llamó en garantía a la Señora **CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO**, para que en su condición de funcionaria judicial que expidió el acto

acusado, ante una eventual condena respondiera frente a las pretensiones de la demanda.

3.2. Claudia Mayerli León Perdomo - Llamada en Garantía:

Mediante escrito radicado dentro del término establecido para el efecto (fls. 581 - 591), la defensa se opuso a las pretensiones de la demanda señalando:

- Que no es cierto que la demandante haya desempeñado su cargo con responsabilidad y eficiencia, sino que por el contrario la exservidora incumplió las obligaciones contenidas en el manual de funciones, dando lugar a la declaratoria de insubsistencia, de manera que no se trató de una decisión arbitraria o carente de fundamento.

- Que luego de dar lectura a la resolución de insubsistencia, la demandante se rehusó a firmarla.

- Que el acto administrativo fue motivado en debida forma, respetando el debido proceso de la demandante, quien no quiso hacer uso de los recursos legales.

- Que el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento, no había sido ofertado para su provisión por concurso de méritos, por lo que finalmente tuvo que acudir al nombramiento provisional.

- Que contrario a lo señalado en la demanda, la persona designada en remplazo de la accionante cumple con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo.

- Que aun cuando se trata de un cargo de carrera administrativa, la demandante no ostentaba ningún derecho de permanencia, por tratarse de una servidora nombrada en provisionalidad, cuya situación se asemeja a la de los empleados nombrados para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, en ejercicio de la facultad discrecional, tal como, según su dicho, se desprende de los parámetros jurisprudenciales establecidos por el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- Que aun cuando la demandante solicitó información relacionada con la persona que fue nombrada en su remplazo, lo cierto es que la misma fue negada en aras de garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar de la servidora.

- Que no se adelantó investigación disciplinaria contra la demandante, dada su vinculación provisional pero que se hicieron múltiples llamados de atención, verbales y escritos, que no fueron atendidos por la exservidora.

- Que no es cierto que la demandante se encuentre desempleada, toda vez que, con la documentación obrante dentro del expediente se acredita su vinculación laboral con la Rama Judicial en el cargo de Escribiente del Juzgado Promiscuo de Mongua.

- Que en la grabación allegada con la demanda se evidencia que la funcionaria nominadora le explicó a la demandante las razones que la llevaron a declarar la insubsistencia de su nombramiento a pesar del afecto que le tenía.

- Que en dicha conversación la demandante aceptó que las correcciones efectuadas se realizaron de forma respetuosa, advirtiéndose sobre la

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

responsabilidad de la funcionaria nominadora en el evento de que las providencias no se encontrasen acordes con el ordenamiento jurídico.

- Que en consecuencia, solicita tener en cuenta la grabación para efectos de demostrar que la decisión de insubsistencia no obedeció a motivos de orden personal, sino que por el contrario se debió a razones de mejoramiento del servicio.

- Que en el orden de ideas expuesto, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar por carecer de fundamentos facticos, jurídicos y probatorios.

Finalmente, la defensa propuso las excepciones que denominó: (i) INCAPACIDAD O INDEBIDA REPRESENTACIÓN DEL DEMANDANTE O DEL DEMANDADO; (ii) FALTA DE LEGTIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; (iii) INEPTITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES – PODER PARA EL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO; (iv) TEMERIDAD Y MALA FE EN LAS PRETESNIONES DE LA DEMANDA; (v) CULPA EXCLUSIVA DE LA SEÑORA LAURA CAROLINA CABRA VELOZA.

De otra lado, mediante escrito separado, igualmente allegado dentro del término establecido para el efecto, la señora **Claudia Mayerli León Perdomo**, presentó escrito de contestación frente al llamamiento en garantía, indicando:

- Que dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es procedente que la entidad demandada llame en garantía a sus agentes, siempre que se presente prueba sumaria del actuar doloso o gravemente culposo, de los mismos.

- Que por el contrario, no procede el llamamiento en garantía de los agentes estatales si en la demanda se formularon las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho exclusivo de un tercero y caso fortuito o fuerza mayor, dado que dichos medios exceptivos llevan implícita la exoneración por parte de la administración.

- Que en el caso concreto la entidad accionada formuló la excepción de culpa exclusiva de la víctima, exonerando de responsabilidad a la señora **Claudia Mayerli León Perdomo**.

- Que adicionalmente se echa de menos la prueba sumaria sobre el actuar doloso o gravemente culposo de la señora **Claudia Mayerli León Perdomo**, de tal manera que no existe una relación jurídica de responsabilidad que justifique su vinculación al proceso

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. De la parte demandante:

Dentro del término establecido para el efecto, la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión solicitando que se decidan favorablemente las pretensiones de la demanda por considerar que se encuentran plenamente demostrados los hechos invocados como fundamento de las mismas.

De otro lado, sostuvo que con los testimonios rendidos por los señores Marco Polo Fonseca, María Elvira Rojas, Nancy Silva Cely, Ana Judith Barrera Salamanca, Edwin Martínez, Liliana Aguilar y Oscar Julio Lara Tello, entre otros, se demostró la aflicción y profundo dolor que le causó a la demandante, el acto por medio del cual se dispuso su retiro.

De igual modo, adujo que la parte demandada confesó la ejecución de conductas arbitrarias por parte de la funcionaria que expidió acto demandado, destacándose como prueba relevante la grabación allegada junto con la demanda, donde se evidencia uno de los episodios que precedieron a su retiro, al margen del ordenamiento jurídico.

Para terminar, aseguró que tanto la entidad demandada como la funcionaria llamada en garantía, ocultaron información con el fin de impedir su incorporación al presente asunto.

reiterando los cargos de nulidad invocados en la demanda, en el sentido de señalar que contrario a lo manifestado por la administración en los actos acusados, el cargo de la demandante no fue objeto de supresión en la reforma administrativa del año 2013, dado que si bien fueron suprimidos 2 cargos de Técnico Administrativo Código 367 Grado 02, en aquella oportunidad no se le notificó a la servidora que su empleo había sido eliminado, por lo que, en su criterio, ha de entenderse que continuó vigente en la planta de personal de la entidad territorial.

4.2. De la Llamada en garantía:

La llamada en garantía presentó oportunamente su escrito de alegatos, señalando que durante el decurso procesal quedaron acreditadas las siguientes circunstancias:

- Que la accionante fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Oficial Mayor, a través de Resolución 004 de 30 de marzo de 2012.
- Que la demandante conocía en debida forma el Manual de Funciones adoptado por la Resolución Interna No. 007 de fecha 29 de junio de 2012.
- Que mediante oficio de fecha 14 de marzo de 2013 se le llamó la atención a la accionante con el objeto de solicitar mayor atención en el cumplimiento de las funciones a su cargo.
- Que con este llamado de atención se demuestra que la exservidora no estaba cumpliendo con las obligaciones que le fueron encomendadas.
- Que con la hoja de vida respectiva quedo demostrada la idoneidad y capacidad de la servidora que ha venido desempeñando el cargo de Oficial mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con función de conocimientos.
- Que en el interrogatorio de parte formulado a la accionante, se le dio a conocer la providencia de 3 de mayo de 2013, proyectada por ella, en donde se le evidencian las múltiples correcciones de forma y de fondo que realizó la funcionaria nominadora.
- Que en aquella oportunidad también se puso de presente la providencia de 26 de junio de 2013, igualmente con gran cantidad de correcciones de forma y

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de fondo, donde adicionalmente se refleja la mala praxis en la recopilación de jurisprudencias para resolver los problemas jurídicos planteados.

- Que de la misma forma se exhibió el Oficio J2PEMCTOSPA 067-013, así como los formatos para las audiencias de formulación de imputación y juicio oral de fechas 22 y 23 de agosto de 2012, con considerables errores de fondo y de forma, corregidos por la entonces titular del Despacho.

- Que con los testimonios recaudados durante el decurso procesal se pudo demostrar que la llamada en garantía es una Juez de la República cumplidora de sus funciones, las cuales ejerce con gran exigencia y con la colaboración de sus colaboradores.

- Que igualmente pudo evidenciarse que tuvo un trato afectivo con la demandante.

- Que de igual modo se acreditó que la demandante no cumplió con las funciones a su cargo, dando lugar a la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento a través del acto acusado.

- Que a pesar de la insubsistencia de su nombramiento la demandante nunca ha dejado de laborar.

- Que también se encuentra acreditado que el acto de retiro fue motivado en debida forma, de manera objetiva y con razones de juicio en aras de salvaguardar la misión del servidor público, acto que le fue notificado personalmente a la actora el 16 de julio de 2013.

- Que en consecuencia fue la propia demandante con su comportamiento que dio lugar a la declaratoria de insubsistencia al haberse sustraído del cumplimiento de sus funciones, sin que pueda predicarse derecho a la permanencia en el cargo, dada la naturaleza provisional de su nombramiento, que no puede equipararse a quienes ingresan al servicio judicial como producto de un concurso de méritos.

V. CONSIDERACIONES

Surtidas a cabalidad las etapas procesales y luego de establecer que no se configuran causales de nulidad que afecten el proceso, se torna procedente dirimir la litis, profiriendo la decisión que en derecho corresponda.

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

El presente asunto se contrae a examinar la legalidad de la Resolución No. 006 de fecha 16 de julio de 2013, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento, para lo cual habrán de analizarse los cargos de nulidad invocados en la demanda que pueden sintetizarse en los siguientes puntos: (i) falta de motivación por insuficiencia de los argumentos esgrimidos en el acto demandado; (ii) falsa motivación por haberse aplicado la declaratoria de insubsistencia a un cargo que no tiene carácter de libre nombramiento y remoción, sin que existieran circunstancias que ameritaran el retiro del servicio de la demandante por causas legales, entre ellas, la existencia de una sanción disciplinaria o la provisión del cargo por medio de concurso de méritos, afectando el derecho de permanencia que le asistía por

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN - RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

tratarse de un cargo de carrera administrativa; (iii) desviación de poder, por cuanto el acto acusado fue proferido por razones ajenas del servicio; (iv) incumplimiento de los requisitos para el desempeño del cargo por parte de quien reemplazó a la demandante; (v) ausencia de información sobre los recursos procedentes; (vi) desconocimiento del fuero de especial protección que amparaba a la demandante, dada su condición de madre cabeza de familia; (vii) quebrantamiento del derecho que tiene la demandante a ser inscrita extraordinariamente en el escalafón de carrera administrativa conforme a lo previsto en el Acto Legislativo No. 001 de 2008.

En caso de prosperar alguno de los cargos invocados, deberá examinarse además, la procedencia del restablecimiento del derecho en los términos solicitados en la demanda, así como también, si existe responsabilidad de la llamada en garantía para ordenarle el pago de los dineros que resulten de la condena.

5.2. EXCEPCIONES:

Previamente a resolver el problema jurídico propuesto, el despacho considera pertinente realizar las siguientes precisiones en torno a las excepciones propuestas por la defensa:

5.2.1. Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial Tunja:

Dentro del término de traslado la entidad demanda formuló las siguientes excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por activa, indebida representación de la demandante:** Estima que el poder allegado junto con la demanda facultaba al apoderado de la demandante, a adelantar el trámite de la conciliación prejudicial, más no para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que según su dicho no se encuentra debidamente estructurada la representación judicial.
- **Falta de legitimación en la causa - ineptitud de la demanda:** Señala que de conformidad con lo previsto en el artículo 162 de la Ley 1437 de 2011, toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá la estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia. De igual modo señala que conforme a los parámetros jurisprudenciales establecidos por los órganos de cierre tanto de la jurisdicción constitucional, como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el acto administrativo de insubsistencia toda vez que cuando el empleado no se encuentra inscrito en carrera administrativa, ni goza de periodo fijo, ni cuenta con un fuero de estabilidad relativa, puede ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin motivación alguna, pues se sobre entiende que ello obedeció a razones del buen servicio.
- **Temeridad - mala fe en las pretensiones - abuso en el ejercicio de derechos:** En primer lugar, aduce que dada la naturaleza del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, resultan lógicas y congruentes las pretensiones relacionadas con la declaratoria de nulidad del acto acusado, el reintegro de la demandante y el pago de los salarios,

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

prestaciones y demás emolumentos laborales, declarando que para todos los efectos no existió solución de continuidad entre la fecha de retiro y el momento en que se verifique la reincorporación. Con todo, sostuvo que estas pretensiones deben ser denegadas por carecer de fundamentos facticos, jurídicos y probatorios. De otro lado señala que las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de perjuicios morales, a la vida relación, bonificaciones y gastos de representación, resultan ajenos a los derechos que le asistirían en el evento de una sentencia favorable, resaltando que dichos conceptos superan la cuantía estimada al momento de la conciliación prejudicial. Entre tanto, se refiere al juramento estimatorio para indicar que el mismo debe sustentarse, estructurando el nexo de causalidad, so pena de ser denegado con una sanción del 5% del valor pretendido en la demanda. Finalmente señaló que las pretensiones así estructuradas constituirían un enriquecimiento sin causa, por lo que debe disponerse su rechazo.

- **Cumplimiento del deber legal y constitucional:** Considera que la expedición del acto administrativo, por medio del cual se declaró la insubsistencia, goza de presunción de veracidad y legalidad, encontrándose soportado con el material probatorio allegado y conforme con la jurisprudencia vigente sobre la materia, que ha sido desconocida por la parte demandante.
- **Objeción al material probatorio, documental y testimonial:** Señala que los testimonios solicitados por la parte actora y algunos documentos allegados con la demanda no tienen relación con el objeto de la demanda, razón por la cual solicita su exclusión. De igual modo, indica que para garantizar la protección de los derechos a la intimidad y habeas data, no es viable expedir copia de la hoja de vida de terceros sin su anuencia. Finalmente asegura que la grabación sobre la conversación sostenida entre la demandante y la funcionaria nominadora resulta ilegal.

En este punto, ha de recordarse que en la audiencia inicial el despacho se ocupó de resolver lo relacionado con la **falta de legitimación en la causa por activa - indebida representación de la parte demandante**, así como la **ineptitud de la demanda** quedando pendiente para esta oportunidad el estudio de los medios exceptivos denominados: **temeridad - mala fe en las pretensiones - abuso en el ejercicio de derechos; cumplimiento al deber legal y constitucional; y objeción al material, probatorio, documental y testimonial, los cuales** constituyen fundamentos de defensa orientados a atacar el fondo del asunto, por lo que se entenderán resueltos al desarrollar el problema jurídico propuesto.

5.2.2. Claudia Mayerli León Perdomo - Llamada en Garantía:

Dentro del término de traslado la entidad demanda formuló las siguientes excepciones:

- **Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado:** Estima que el poder allegado junto con la demanda facultaba al apoderado de la demandante, para adelantar el trámite de la conciliación prejudicial, más no para ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que según su dicho no se encuentra debidamente estructurada la representación judicial requerida

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

para este tipo de procesos conforme a lo establecido en el artículo 160 de la Ley 147 de 2011.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Señala que no se entiende por qué la señora CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO, se encuentra involucrada en el presente caso, toda vez que el acto acusado por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, fue expedido de conformidad con la Constitución, la ley y la Jurisprudencia, tanto así que fue la propia exservidora quien con su comportamiento dio lugar al retiro del servicio configurándose la culpa exclusiva de la víctima.
- **Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales – poder para el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho:** Considera que como el apoderado de la parte actora no cuenta con poder para actuar dentro del presente asunto se configura la causal de ineptitud de la demanda por ausencia del requisito de la demanda relacionado con la indicación del nombre del mandatario judicial.
- **Temeridad y mala fe en las pretensiones de la demanda:** Reitera que la declaratoria de insubsistencia obedeció al incumplimiento de las funciones encomendadas a la demandante, quien falta a la verdad con el objeto de confundir al juzgador en aras de que sean atendidas favorablemente sus pretensiones.
- **Culpa exclusiva de la señora Laura Carolina Cabra Veloza:** Insiste en que fue la propia demandante quien dio lugar a la declaratoria de insubsistencia al no cumplir con sus funciones, tal como se desprende de los llamados de atención y corrección de providencias obrantes dentro de la hoja de vida.

Pues bien, luego de examinar las diligencias el despacho advierte que en la audiencia inicial se resolvieron las excepciones relacionadas con la **indebida representación judicial de la parte demandante;** y la **legitimación en la causa por pasiva formal,** quedando pendiente la **legitimación en la causa por pasiva sustancial,** así como las excepciones denominadas **temeridad y mala fe en las pretensiones de la demanda y culpa exclusiva de la víctima.**

Específicamente en lo que tiene que ver con las excepciones **temeridad y mala fe en las pretensiones de la demanda y culpa exclusiva de la víctima,** el despacho advierte que se trata de fundamentos de defensa orientados a atacar el fondo del asunto, por lo que se entenderán resueltos al desarrollar el problema jurídico propuesto.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la **legitimación sustancial de la llamada en garantía,** señora **Laura Carolina Cabra Veloza,** el despacho advierte que no tiene vocación de prosperidad, pues aquella fue la encargada de proferir el acto de insubsistencia acusado, evidenciándose su relación sustancial con los hechos objeto de la demanda y el llamamiento en garantía, independientemente de la legalidad o ilegalidad de la decisión que será examinada al desatar el fondo del asunto.

5.3. EXAMEN DE LOS CARGOS DE NULIDAD INVOCADOS:

Para efectos metodológicos y con el fin de resolver el problema jurídico propuesto, el Despacho examinará los cargos de nulidad invocados en la demanda, en los siguientes términos:

5.3.1. Falta de motivación por insuficiencia de los argumentos esgrimidos en el acto demandado y falsa motivación por haberse aplicado la declaratoria de insubsistencia a un cargo que no tiene carácter de libre nombramiento y remoción, sin que existieran circunstancias que ameritaran el retiro del servicio de la demandante por causas legales, entre ellas, la existencia de una sanción disciplinaria o la provisión del cargo por medio de concurso de méritos, afectando el derecho de permanencia que le asistía por tratarse de un cargo de carrera administrativa:

Para resolver este cargo se torna necesario analizar los siguientes puntos, en su orden: (i) Regulación Constitucional sobre la provisión de cargos y el retiro del servicio, (ii) Regulación Legal sobre la provisión de empleos de carrera administrativa a través de nombramientos provisionales y el retiro del servicio de quienes se encuentran vinculados bajo esta modalidad en el marco de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005; (iii) Regulación Legal sobre la provisión de empleos de carrera administrativa a través de nombramientos provisionales y el retiro del servicio en el marco de la Ley 270 de 1996 y (iv) caso concreto; veamos:

5.3.1.1. Regulación Constitucional sobre la provisión de cargos y el retiro del servicio:

El artículo 125 de la Constitución Política, establece que por regla general los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuándose aquellos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley

La misma norma señala que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, procede previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados por la ley para determinar los méritos y calidades de deben acreditar los aspirantes para el efecto, sin que la filiación política de los ciudadanos pueda determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Entre tanto, se dispone que el retiro del servicio puede darse por la 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.

Como puede verse, el Ordenamiento Constitucional, prevé la competencia del legislador para establecer las causales de retiro de los empleados públicos, estableciendo una amplia potestad legislativa al no señalar directrices específicas para el efecto.

Así lo reconoció la Corte Constitucional, en sentencia C-1037 de 2003, donde se indicó textualmente lo siguiente:

"...Respecto a la terminación de la relación laboral de servidores públicos y de trabajadores particulares, la Constitución no le indica ninguna pauta o restricción al Legislador para el establecimiento de las causales para la procedencia de dicha terminación. El Constituyente deja librado al Congreso un gran espacio de

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

configuración legislativa para implantar las mencionadas causales, al no establecer directrices específicas para desarrollar esa materia. Empero, esa autorización no debe entenderse como una habilitación para que desconozca derechos, principios y valores reconocidos por la propia Carta Política, debido a que estos sirven de fundamento y de límite a toda la actividad legislativa..."

Así las cosas, bajo la óptica de la libertad de configuración legislativa es posible desarrollar normativamente las causales de retiro para quienes se encuentran vinculados en provisionalidad en cargos de carrera, siempre y cuando ello no implique el sacrificio de los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

5.3.1.2. Regulación Legal sobre la provisión de empleos de carrera administrativa a través de nombramientos provisionales y el retiro del servicio de quienes se encuentran vinculados bajo esta modalidad en el marco de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005:

Para la fecha de expedición del acto acusado se encontraba vigente la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

El artículo 5º de esta normativa estableció que los empleos de los organismos y entidades allí regulados son de carrera administrativa, con excepción de los siguientes: (i) Los de elección popular; (ii) los de período fijo; (iii) los de trabajadores oficiales; (iv) aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación y (v) Los de libre nombramiento, especificando que estos últimos corresponden a los siguientes criterios:

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

En la Administración Central del Nivel Nacional:

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

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

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

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior.

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5a. de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

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

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

e) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

Ahora bien, tanto en la Ley 909 de 2004, como en su Decreto Reglamentario No. 1227 de 2005, se previó la posibilidad de proveer de manera temporal empleos de carrera administrativa, a través de nombramientos provisionales; así:

El Artículo 25 de la Ley 909 estipula que los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

A su vez, el artículo 31 *ibidem*, prevé que mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

Por su parte, el Parágrafo transitorio del Artículo 8º del Decreto Reglamentario 1227 de 2005, contempla que la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad.

Según la norma, en tales eventos, el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Con todo, en los términos previstos en la disposición, el nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Finalmente la misma preceptiva indica que en aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

De otro lado, de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 9 *eiusdem*, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Se precisa igualmente que tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

virtud de la ley se convierta en cargo de carrera, a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza.

Entonces, de conformidad con expuesto hasta el momento, salta a la vista que el nombramiento provisional, constituye una forma excepcional y temporal para proveer cargos de carrera administrativa, que bien puede originarse, en situaciones administrativas generadoras de faltas temporales o en vacancias absolutas hasta tanto se surta el respectivo proceso de selección meritocrático para la provisión definitiva del empleo, conforme a las exigencias dispuestas por el Legislador.

Precisado lo anterior, se torna necesario establecer en qué condiciones debe darse el retiro de los servidores que han sido vinculados bajo ésta modalidad; veamos:

La Ley 909 de 2004, en su artículo 41 consagra las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, señalando como tales las siguientes: (i) La declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción; (ii) La declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa; (iii) La renuncia regularmente aceptada; (iv) El retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, siempre que se haya notificado debidamente la inclusión en nómina¹; (v) La invalidez absoluta; (vi) La edad de retiro forzoso; (vii) La destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; (viii) la declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo, previo agotamiento del debido proceso²; (ix) La revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen; (x) Por orden o decisión judicial. (xi) Por supresión del empleo; (xii) Por muerte; y (xiii) Las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

La norma, establecía en su literal c), que retiro de los empleados de carrera administrativa también podía darse por razones de buen servicio, mediante resolución motivada; empero, esta disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 501 del 17 de mayo de 2005, con ponencia del Dr, Manuel José Cepeda Espinosa, considerando que se trataba de una sanción y no de una medida administrativa, y que por tanto tenía una proyección en el ámbito del derecho disciplinario que implicaba la necesidad de aplicar el debido proceso, aspecto éste no previsto en el precepto, tornándose así inconstitucional.

Ahora bien, el párrafo segundo del precepto en cita, establece que es reglada la competencia para el retiro de los **empleos** de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. En contraste, señala que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

¹ Sentencia C-501-05

² Sentencia C-1189 -05

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por su parte el Artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, determinó que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Pues bien, una lectura detallada y armónica de las disposiciones referidas en precedencia, permite inferir sin mayor esfuerzo interpretativo, que mientras quienes desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción pueden ser retirados de manera discrecional a través de acto administrativo que no requiere motivación expresa, los servidores que se encuentren ejerciendo cargos de carrea, sin importar si su vinculación se dio por nombramiento provisional, solo pueden ser retirados del servicio antes del cumplimiento del término o la prórroga, mediante acto motivado y con fundamento en las causales señaladas en la Constitución y la Ley, por tratarse de una potestad reglada.

En todo caso, es preciso señalar que este criterio debe aplicarse por un lado, a quienes se vinculen y sean retirados en vigente la Ley 909 de 2004, y por otro, a quienes aun habiéndose vinculado con anterioridad a su entrada en vigencia, sean retirados bajo sus efectos.

En efecto, el Honorable Consejo de Estado, ha sido enfático en señalar que *"...la Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional..."*³.

Así mismo, la Alta Corporación, precisó que *"...en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento⁴, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad..."*⁵

Luego advirtió que *"...la competencia para el retiro de los **empleos** de carrera, (...)(...)(...) es una competencia reglada, **lo que quiere decir que, sólo procede por las causales consagradas en la Constitución Política y la Ley (art.***

³ Los apartes transcritos corresponden a la sentencia de fecha veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE - Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08) - Actor: MARIA STELLA ALBORNOZ MIRANDA - Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER. El criterio expuesto en aquella oportunidad, fue reiterado posteriormente en sentencia de fecha veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ (E) - Radicación número: 05001-23-31-000-2002-02327-01(3651-13) - Actor: BEATRIZ OMAIRA MARÍN VÁSQUEZ - Demandado: NACIÓN-REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. APELACIÓN SENTENCIA AUTORIDADES NACIONALES, así como en sentencia de fecha doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017) - CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A - Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS - Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00919-01(1844-13) - Actor: LUIS ALBERTO RAMÍREZ MEJÍA - Demandado: MUNICIPIO DE LA PINTADA.

⁴ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

⁵ *Ibidem*.

41, parágrafo 2º ídem) y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado... ”⁶ (subraya y negrilla fuera del texto).

Finalmente, precisó que "...A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad, **de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa....**" (subraya y negrilla fuera del texto) ⁷.

Este criterio ha sido acogido por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, señalando que a partir de la vigencia la Ley 909 de 2004 las entidades públicas están obligadas a motivar de manera expresa los actos que dispongan el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad, así el nombramiento se haya realizado en vigencia de la ley 443 de 1998, a fin de salvaguardar el principio constitucional de igualdad, para lo cual deberán exponer las razones por las cuales se da por terminada la provisionalidad, tal como se desprende de las previsiones contenidas en el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada ley y lo regulado en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005⁸.

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional, en Sentencia SU 917 de 2010, sostuvo que desde hace más de una década, se han venido estructurando criterios uniformes sobre la existencia un deber inexcusable de motivar los actos de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad⁹, bajo los siguientes criterios:

"- 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

⁶ *Ibidem.*

⁷ *Ibidem.*

⁸ Sentencia de fecha 21 de marzo de 2018 - TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ - SALA DE DECISIÓN No 2. Magistrado Ponente Luís Ernesto Arciniegas Triana - Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho - Demandante: Jenny Esmeralda Sanabria Buitrago - Demandado: Municipio de Guateque - Expediente : 150013333007-2013-00250-01

⁹ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

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

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

pueden ser consignadas por vía legal o constitucional¹⁰, 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"¹¹.

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"¹². 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 actos¹³.

- 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 aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

Desde la Sentencia C-514 de 1994, reiterada en varias oportunidades¹⁴, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción para la provisión de empleos, de modo que "no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades".

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

La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones¹⁵ y se ha mantenido inalterada en los más recientes

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

¹² "Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. // La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado". Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

¹³ Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2001 y T-752 de 2003, entre muchas otras.

¹⁵ En la Sentencia T-800 de 1998 la Corte sostuvo por vez primera que "el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello". Tesis reiterada en las numerosas sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en la materia.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

fallos sobre el particular¹⁶, aun cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional¹⁷.

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

...(...)

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”.

Como puede verse, la Jurisprudencia Constitucional, ha sido enfática en señalar que los empleados que desempeñan cargos de carrera en virtud de un nombramiento provisional no poseen un fuero de estabilidad como el que ampara a los servidores nombrados en propiedad, sin embargo, el nominador tiene la obligación de motivar los actos por medio de los cuales dispone su retiro, toda vez que tampoco son asimilables a los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser desvinculados sin motivación expresa en ejercicio de la facultad discrecional.

Abajo este contexto, la Honorable Corporación en la misma sentencia, se ocupó de establecer los criterios que han de observarse frente a la motivación de los actos de retiro de los servidores provisionales, indicando:

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

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

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009.

¹⁷ Es así como en algunas ocasiones la Corte ha sostenido que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad” (Sentencia T-800 de 1998, reiterada, por ejemplo, en las sentencias T-884 de 2001, T-392 de 2005, T-257 de 2006, T-104 de 2009 y T-108 de 2009). En otros eventos ha considerado que “un nombramiento en provisionalidad, así sea por un periodo largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria” (Sentencias T-1241 de 2001, C-901 de 2008 y T-251 de 2009). También ha señalado que “aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre” (Sentencias T-1316 de 2005, T-1011 de 2003, C-279 de 2007, T-007 de 2008, T-023 de 2009).

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado¹⁸. 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"¹⁹

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto."²⁰

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa²¹ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados"²².

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular"²³, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario²⁴. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias²⁵. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

¹⁸ 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".

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

²¹ CP., Artículo 209.- "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

²² Tomás Ramón Fernández, "De la arbitrariedad de la administración". Madrid, Civitas, p.1994, p.162

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

²⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen "explícitas" en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración²⁶, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos".

Nótese que 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 al respectivo medio de control jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, la motivación debe sustentarse en razones ciertas, claras y expresas, que se relacionen directamente con las causas que llevaron al nominador a adoptar tal determinación, sin que sea posible citar como tales aspectos genéricos que no ofrezcan una razón suficiente que permita inferir cual fue el origen de la desvinculación, sin que ello implique equiparar los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentran en carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser claros, puntuales precisos, detallados y constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

En el orden de ideas expuesto a lo largo del análisis precedente pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- El nombramiento provisional, constituye una forma excepcional y temporal para proveer cargos de carrera administrativa, que bien puede originarse, por una parte, en situaciones administrativas generadoras de faltas temporales, mientras éstas perduren, y por otra, en las vacancias absolutas, hasta tanto se surta el respectivo proceso de selección meritocrático para la provisión definitiva del empleo, conforme a las exigencias dispuestas por el Legislador.
- Los empleados nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción pueden ser retirados de manera discrecional a través de acto administrativo que no requiere motivación expresa.
- Por el contrario, los servidores que se encuentren ejerciendo cargos de carrera, por nombramiento provisional, sólo pueden ser retirados del servicio antes del cumplimiento del término o la prórroga, mediante acto motivado, sin que ello implique equiparar los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentran en carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad.

²⁶ En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación", al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, *"Las razones del Derecho"*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, *"La Argumentación en el Derecho"*. Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, *"Argumentación y sentencia"*. En: Revista DOXA 21, 1998.

- Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser claros, puntuales detallados, precisos y constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.

- La motivación de los actos administrativos a través de los cuales se dispone el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad para desempeñar cargos de carrera, debe sustentarse en razones ciertas, claras y expresas, que se relacionen directamente con las causas que llevaron al nominador a adoptar tal determinación, sin que sea posible citar como tales aspectos genéricos que no ofrezcan una razón suficiente que permita inferir cual fue el origen de la desvinculación.

- Los criterios señalados con antelación, deben aplicarse por un lado, a quienes se vinculen y sean retirados en vigencia la Ley 909 de 2004, y por otro, a quienes aun habiéndose vinculado con anterioridad, sean retirados bajo sus efectos.

5.3.1.3. Regulación legal sobre la provisión de empleos de carrera administrativa a través de nombramientos provisionales y el retiro del servicio de quienes se encuentran vinculados bajo esta modalidad en el marco de la Ley 270 de 1996:

El artículo 130 de la Ley 270 de 1996, se ocupó de regular la clasificación de los empleos de la Rama Judicial, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 130. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. <Artículo *CONDICIONALMENTE* *exequible*> *Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.*

*<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** *exequible*> Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.*

Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho de Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

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.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Mientras subsistan el Tribunal Nacional y los Juzgados Regionales, son de libre nombramiento y remoción los magistrados, jueces a ellos vinculados, lo mismo que los fiscales delegados ante el Tribunal Nacional y los fiscales regionales”*

Por su parte, el artículo 131 ibídem, determina las autoridades nominadoras en la rama judicial, así:

"ARTÍCULO 131. AUTORIDADES NOMINADORAS DE LA RAMA JUDICIAL. *Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:*

1. *Para los cargos de las Corporaciones: Las respectivas Corporaciones en pleno.*
2. *Para los cargos adscritos a las presidencias y vicepresidencias: La respectiva Corporación o Sala.*
3. *Para los cargos de las Salas: La respectiva Sala.*
4. *Para los cargos del despacho de los Magistrados: El respectivo Magistrado.*
5. *Para los cargos de Magistrados de los Tribunales: La Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, según el caso.*
6. *<Numeral derogado por el artículo 18 del Acto Legislativo 2 de 2015>*
7. *Para los cargos de Jueces de la República: El respectivo Tribunal.*
8. *Para los cargos de los Juzgados: El respectivo Juez.*
9. *Para los cargos de Director de Unidad y Jefe de División del Consejo Superior de la Judicatura: La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.*
10. *Para los cargos de los Consejos Seccionales de la Judicatura: La correspondiente Sala del respectivo Consejo Seccional; y,*
11. *Para los cargos de las Unidades del Consejo Superior de la Judicatura: Los respectivos Directores de Unidad”.*

Entre tanto, el artículo 132 ejusdem, establece las formas de provisión de los cargos de la rama judicial, señalando textualmente lo siguiente:

"ARTICULO 132. FORMAS DE PROVISION DE CARGOS EN 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.*

PARAGRAFO. *Cuando la autoridad que deba efectuar el nombramiento se encuentre en vacaciones, la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional, designará un*

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

encargado mientras se provee la vacante por el competente, a quien dará aviso inmediato”.

De acuerdo con estas normas se advierte que la autoridad nominadora debe acudir al nombramiento provisional 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.

Por su parte, el artículo 149 de la ley en comento, señala las causas legales del retiro definitivo del servicio, indicando:

"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. 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”*

Nótese que dentro de las causales de retiro definitivo del servicio se incluye la declaratoria de insubsistencia cuya aplicación, valga señalar, opera en los términos establecidos en el Capítulo Segundo del Título IV del Decreto 1660 de 1978, donde se señala literalmente lo siguiente:

"CAPÍTULO II.

DE LA DECLARACIÓN DE INSUBSISTENCIA.

ARTICULO 115. *En cualquier momento podrá declararse insubsistente en el cargo, sin motivar la providencia, a un funcionario o empleado titular, provisional o interino que no reúna los requisitos y calidades exigidos para su ejercicio, y sin perjuicio del derecho a la estabilidad de los empleados judiciales y de las Fiscalías de que tratan los artículos.*

ARTICULO 116. *La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento es de competencia de la autoridad nominadora.*

ARTÍCULO 117. *La providencia que disponga la declaratoria de insubsistencia de un empleado de la Rama Jurisdiccional o de las Fiscalías que tenga derecho a la estabilidad, deberá ser notificada personalmente al empleado, dentro de los cinco (5) días siguientes a su expedición. Si no se pudiera hacer la notificación personal, se fijará un edicto en papel común en la secretaría del despacho por el término de cinco (5) días con inserción de la parte resolutive de la providencia. En el texto de la notificación se indicará el recurso que legalmente proceda contra la providencia.*

ARTICULO 118. *Por vía gubernativa, contra estos actos solo procede el recurso de reposición, que deberá interponerse por escrito, dentro de los cinco (5) días hábiles a partir de la notificación personal o de la desfijación del edicto. Transcurridos estos plazos sin que se hubiere interpuesto, quedará ejecutoriada la providencia.*

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ARTICULO 119. El empleado que obtenga la declaratoria de nulidad del acto administrativo por medio del cual fue removido, tendrá derecho al reintegro a su cargo si aún no ha finalizado el periodo para el cual fue nombrado, y en todo caso al pago de los sueldos y demás emolumentos y prestaciones sociales a que hubiere lugar, desde el momento de la desvinculación hasta la fecha de la finalización del respectivo periodo. Para efectos del reintegro, deberá dirigir solicitud escrita a la autoridad nominadora dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia definitiva. Si no la formula, se entiende que desiste de su derecho al reintegro.

ARTICULO 120. El nombramiento hecho a un empleado para reemplazar a quien tenía derecho a la estabilidad durante el correspondiente periodo, podrá ser declarado insubsistente en cualquier tiempo, pero solo para reincorporar a quien fue removido irregularmente, o cuando se encuentre en alguna de las situaciones señaladas en el artículo 8o de este Decreto. Podrá igualmente ser removido en los eventos de pérdida del cargo y de retiro forzoso señalados en este Decreto”.

La anterior reglamentación es aplicable a los funcionarios de la rama judicial por mandato expreso del artículo 204 de la Ley 270 de 1996, donde se dispuso:

“ARTICULO 204. *Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, **continuarán vigentes, en lo pertinente el Decreto-ley 052 de 1987 y Decreto 1660 de 1978,** siempre que sus (las) disposiciones (que) no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley”.*

Bajo este contexto normativo, surgieron dos tesis contrapuestas al interior de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado frente a la necesidad de motivar los actos administrativos de insubsistencia en materia de nombramientos provisionales, pues la Subsección A, sostenía que los empleados vinculados bajo esta modalidad eran beneficiarios de una estabilidad restringida y por lo tanto sólo podían ser retirados del servicio por medio de acto motivado en garantía del debido proceso, mientras la Subsección B, señalaba que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no eran acreedores del fuero de estabilidad propio de quienes ingresaban al servicio mediante concurso de méritos, y que, por ende, estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.

En virtud de lo anterior, la Sala Plena de la Sección Segunda, mediante sentencia de fecha 13 de marzo de 2013, con ponencia del Doctor, TARSICIO CÁCERES TORO, unificó su jurisprudencia acogiendo la tesis expuesta por la subsección B, esto es, aquella que negaba la necesidad de motivar el acto de retiro de los servidores nombrados en provisionalidad, por considerar que su situación era asimilable a los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser desvinculados sin motivación expresa en virtud de la facultad discrecional del nominador. En aquella oportunidad la Honorable Corporación indicó textualmente lo siguiente²⁷:

“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*

²⁷ C.E.2. 13 de marzo de 2003, Tarsicio Cáceres Toro R: 76001-23-31-000-1998-1834-01(4972-01)

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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 aún 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,

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

El mismo criterio fue reiterado por la Sala Plena de la Sección Segunda mediante sentencia de fecha 4 de agosto de 2010, proferida con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren²⁸, así como también fue reiterada por la Subsección A en Sentencia de fecha 23 de Agosto de 2012, con ponencia del Doctor Alfonso Vargas Rincón, indicando:

"...En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera. La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno.

Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiriera estabilidad por dicho lapso.

*Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados de carrera que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, **sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional**, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción..." (Negrilla fuera de texto).²⁹*

No obstante, en pronunciamientos más recientes, la Sección Segunda, Subsección B, ha reevaluado el asunto a la luz de las normas contenidas en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, para señalar que no existe ningún argumento legal o constitucional a partir del cual se pueda concluir que la obligación de motivar el acto de retiro de un servidor nombrado en provisionalidad solo sea exigible a los nominadores que se encuentran gobernados por las reglas generales de carrera administrativa previstas en dichas normas, y que por el contrario deba excluirse de esa obligación a los regímenes especiales, por lo que, en criterio de la Corporación debe existir simetría legal cuando se trata de una misma situación fáctica y jurídica, siendo procedente imperar ese criterio legal de motivación para todo el sistema de mérito en donde se desvincule a un funcionario que se encuentre en la situación administrativa de provisionalidad.

En este sentido se pronunció la Subsección B, en sentencia de fecha 18 de marzo de 2015, con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve, donde textualmente se indicó³⁰:

"La Corte Constitucional por su parte desde hace más de una década ha sostenido en innumerables tutelas y en sentencias de unificación³¹ de esta acción, así como en

²⁸ C.E.2 4 de agosto de 2010, Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, R:

²⁹ C.E.2.A. 23 de agosto de 2012, Alfonso Vargas Rincón, R: 6001233100020010349701 (162609)

³⁰ C.E.2.B.18 de marzo de 2015 Gerardo Arenas Monsalve, R: 25000-23-25-000-2006-02680-02(2698-11).

³¹ SU-250/98; SU-917/10, entre otras.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

decisiones de constitucionalidad, que los actos de retiro de todos los servidores públicos con excepción de los de libre nombramiento y remoción deben ser motivados para diferenciar lo arbitrario de lo discrecional y porque "...el derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Además, ello es una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso -predicable tanto de actuaciones judiciales como administrativas-, del respeto al Estado de derecho, del principio democrático y del principio de publicidad como canales para controlar los eventuales exceso de la Administración, entre otros preceptos constitucionales³²

De acuerdo a esa línea declaró exequible³³ pero condicionado la norma que dispuso que la insubsistencia de algunos servidores del DAS que pertenecen al régimen especial de carrera (los detectives), prevista en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, fuera motivada.

De igual forma resolvió la exequibilidad de los artículos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, mediante Sentencia C-279 de 2007, "...en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas..."

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.

...(...)

De acuerdo a la referencia legal y jurisprudencial de los acápites antecedentes, a partir de la Ley 909 de 2004, cualquier acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad debe ser motivado; para el caso de la carrera especial de la Fiscalía, tal obligación se hizo exigible por lo menos a partir del 18 de abril de 2007, fecha de la sentencia de exequibilidad condicionada de los artículo 70 y 73 de la Ley 938 de 2004, tal y como lo concretó la Sala con ponencia de este Despacho en sentencia de 12 de abril de 2012³⁴

En tratándose de la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación, la Subsección A³⁵, en sede de tutela el 2 de abril de 2013, analizó el alcance que la Sala Plena le dio a lo dispuesto en los artículos 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del Decreto 1227 de 2005, en sentencia de unificación de 23 de septiembre de 2010.

...(...)

En línea a los antecedentes descritos, no encuentra la Sala ningún argumento legal ni constitucional que la lleve a concluir que la obligación de motivar el acto de retiro de un provisional solo sea exigible respecto de aquellos nominadores que se rigen bajo las reglas previstas en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, y que excluya de esa obligación a los regímenes especiales que no han tenido control de constitucionalidad, por el contrario, la Sala considera que debe existir simetría legal cuando se trata de una misma situación fáctica y jurídica por lo que debe imperar ese criterio legal para todo el sistema de mérito en donde se desvincule a un funcionario que se encuentre en la situación administrativa de provisionalidad.

El concepto del nombramiento en provisionalidad es el mismo en todos los regímenes dado que se hace sobre un cargo que es de carrera, es decir, existe identidad material en todas las regulaciones, por ende, si la motivación del acto de retiro se hizo obligatoria a partir de la citada Ley 909 de 2004, volviendo más favorable el régimen general sobre aquellos especiales, sin duda este se debe aplicar a los regímenes que tienen su propia reglamentación de carrera como lo es entre otros, **la rama judicial**, para así equilibrar los derechos del servidor público y preservar diversos principios

³² SU-917/10.

³³ mediante sentencia C-048/97.

³⁴ Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10278-01(1674-09), Actor: Álvaro Saray Rodríguez, Demandado: rama judicial – Fiscalía general de la Nación.

³⁵ Radicación número: 11001-03-15-000-2013-00195-00. Actor: Procuraduría General de la Nación. Demandado: Tribunal Administrativo del Meta.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

como la igualdad, favorabilidad, debido proceso y el *pro homine*.

A partir de la referida Ley 909 de 2004 entonces, la obligación es de carácter legal tal como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha dejado claro. Esta norma modificó como se vio, lo que antaño la misma ley de carrera administrativa preveía respecto de los nombrados en provisionalidad y que permitía su retiro sin motivación.

En esta misma línea de pensamiento, se pronunció la Corporación en sentencia de fecha 26 de noviembre de 2018, con ponencia del Doctor CARMELO PERDOMO CUETER, donde se expuso literalmente lo siguiente³⁶:

"De conformidad con la normativa y jurisprudencia precitadas, se concluye que el retiro del servicio de los empleados de la Rama Judicial vinculados en provisionalidad a empleos de carrera administrativa, es procedente sin motivación y en ejercicio de la facultad discrecional del nominador en virtud del artículo 149, numeral 9, de la Ley 270 de 1996, y en la medida en que el acto de insubsistencia haya sido expedido en vigencia de la Ley 443 de 1998, disposición que regía el régimen general de carrera administrativa, y no exigía motivación del acto.

Lo que precede, en razón a que solo con la entrada en vigor de la Ley 909 de 2004, «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa,

*gerencia pública y se dictan otras disposiciones», los actos administrativos de insubsistencia de empleados provisionales del sistema general de carrera deben contener una motivación expresa, debido al mandato consignado en el parágrafo 2.º del artículo 41 de la aludida Ley 909 de 2004, según el cual «Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado», **norma que resulta aplicable al régimen de la Rama Judicial**».³⁷*

Nótese, que a partir de estos últimos pronunciamientos la Sección Segunda Subsección B, efectivamente revaluó el criterio que imperaba sobre la inexistencia del deber de motivar los actos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad en la Rama Judicial, para precisar que cuando se trate de empleados vinculados en vigencia de la Ley 909 de 2004 y sus Decretos Reglamentarios, deben hacerse extensivos los parámetros de motivación exigidos en dichas normas.

Lo anterior, atendiendo a que no existe norma legal o constitucional que exonere al nominador del deber de motivación, sumado a que el concepto de nombramiento en provisionalidad es el mismo en todos los regímenes de carrera, de manera que si las normas generales prevén esta exigencia haciendo

³⁶C.E.2.B. 26 de noviembre de 2018, CARMELO PERDOMO CUETER R: 05001-23-31-000-2003-04443-02(3429-14)

³⁷ Tesis que ha sido reiterada por el Consejo de Estado en sentencia de 23 de febrero de 2011, expediente: 11001-03-15-000-2010-01401-00(AC), consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, al considerar que: «Así las cosas, para la Sala es claro que las regulaciones del sistema de carrera general de la Ley 909 de 2004, no son aplicables a quienes ostenten cargos de carrera en el DAS –pues existen normas especiales–, pero aquellas disposiciones que clarifiquen un asunto sobre la motivación del acto de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad de quien –obviamente– no esté en carrera específica o general, pueden y deben ser tomadas en cuenta para definir un litigio, dado que con ello no se está vulnerando el sistema de especialidad normativa y se da prelación al principio fundamental de igualdad frente a situaciones de hecho similares –como lo es el nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera del régimen ordinario del DAS y uno del régimen general en alguna otra entidad de la Rama Ejecutiva o de cualquier otra Rama del Poder Público. En este orden de ideas, entiende la Sala que el acto administrativo de insubsistencia que dio lugar al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho donde fueron expedidas las providencias que ahora se acusan, estaba gobernado por el artículo 41 parágrafo 2 de la Ley 909 de 2004, pues fue expedido durante su vigencia, de manera que, como lo ha dicho la Sala en situaciones de fondo similares, debía atenderse a su motivación expresa, siendo por ende viable el amparo por defecto sustantivo, para lo cual se hace innecesario el estudio de los demás argumentos de inconformidad constitucional presentados en la demanda».

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

más favorable la situación, deben aplicarse también a quienes se rigen por normas especiales como es el caso de los servidores de la rama judicial, para así equilibrar sus derechos y preservar diversos principios como la igualdad, favorabilidad, debido proceso y pro homine.

Este criterio, fue acogido por el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá en sentencia de fecha 27 de marzo de 2019, con ponencia del Doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana³⁸:

"La desvinculación de los empleados vinculados con nombramiento en provisionalidad, particularmente en lo que tiene que ver con la necesidad o no de motivar el acto administrativo que así lo disponga, previo a la expedición de la Ley 909 de 2004, estuvo marcada por la disparidad de criterios entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado. En efecto, mientras la Corte Constitucional de manera constante y reiterada sostenía que el empleado vinculado en provisionalidad, gozaba de una estabilidad relativa lo cual implicaba que el acto administrativo que disponía su vinculación debía necesariamente estar motivado, buscando diferenciar lo arbitrario de lo discrecional. Así por ejemplo, en la sentencia de unificación SU- 917 de 2010, la Corte indicó;

...(...)

Ésta tesis ha sido reiterada en diferentes oportunidades por la Corte Constitucional, una de las cuales, la sentencia. T-147 de 2013, indicó:

...(...)

A su turno el Consejo de Estado, si bien en un primer momento sostuvo la tesis según la cual los servidores que se encontraban nombrados en provisionalidad podían ser desvinculados mediante acto administrativo no motivado, teniendo como soporte legal las normas anteriores a la Ley 909 de 2004, particularmente los artículos 13 y 30 de la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, lo cierto es que en la actualidad, la posición jurisprudencial pacífica y constante, es la contraria, es decir, los servidores públicos que se encontraban nombrados en provisionalidad, a efectos de su desvinculación, debe realizarse a través de acto administrativo motivado.

...(...)

Precisamente la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", en su artículo 41 dispuso lo siguiente:

...(...)

A su turno, el Decreto 1227 de 2005, en los artículos noveno y décimo, dispuso lo siguiente:

...(...)

Corno consecuencia de este cambio normativo, el Consejo de Estado en providencia del 23 de septiembre de 20105, precisó el alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario No. 1227 de 2005, respecto al retiro de los servidores vinculados en provisionalidad:

...(...)

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".

³⁸ Providencia proferida dentro del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del derecho No. 150013333006-2015-00216-01, adelantado por Claudia Rocío González Moreno, contra la Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja.

En suma, atendiendo a los parámetros normativos y jurisprudenciales señalados hasta el momento el despacho arriba a las siguientes conclusiones:

- Las normas especiales que regulan la provisión de empleos en la Rama judicial, prevén el nombramiento provisional como una forma excepcional y temporal para proveer cargos de carrera administrativa, que bien puede originarse, por una parte, en situaciones administrativas generadoras de faltas temporales, mientras éstas perduren, y por otra, en las vacancias absolutas, hasta tanto se surta el respectivo proceso de selección meritocrático para la provisión definitiva del empleo, conforme a las exigencias dispuestas por el Legislador.
- Los servidores judiciales vinculados y retirados en vigencia de la Ley 909 de 2004, o quienes aun habiéndose vinculado con anterioridad, sean retirados bajo sus efectos, sólo pueden ser declarados insubsistentes mediante acto motivado, sin que ello implique equiparar los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad.
- Lo anterior, atendiendo a que no existe norma legal o constitucional que exonere al nominador del deber de motivación, sumado a que el concepto de nombramiento en provisionalidad es el mismo en todos los regímenes de carrera, de manera que si las normas generales prevén esta exigencia haciendo más favorable la situación, deben aplicarse también a quienes se rigen por normas especiales como es el caso de los servidores de la rama judicial, para así equilibrar sus derechos y preservar diversos principios como la igualdad, favorabilidad, debido proceso y pro homine.
- En consecuencia, al igual que como se dijo al explicar el régimen general, Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser claros, puntuales, precisos, detallados y constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.
- La motivación de los actos administrativos a través de los cuales se dispone el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad para desempeñar cargos de carrera, debe sustentarse en razones ciertas, claras y expresas, que se relacionen directamente con las causas que llevaron al nominador a adoptar tal determinación, sin que sea posible citar como tales aspectos genéricos que no ofrezcan una razón suficiente que permita inferir cual fue el origen de la desvinculación.

5.3.1.4. Caso concreto:

Dentro del plenario se encuentra acreditado que mediante Resolución No. 004 de fecha 30 de marzo de 2012 (fls. 39 – 41), la señora **CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO**, en su condición de titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, decidió nombrar en provisionalidad a la señora **LAURA CAROLINA CABRA VELOZA**, hoy demandante, para que desempeñara el cargo de Oficial Mayor de dicho despacho judicial, llevándose a efecto la correspondiente diligencia de posesión en esa misma fecha (fl. 42).

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Posteriormente, mediante Resolución No. 006 de 2013 (fls. 29 – 30), la misma funcionaria nominadora, decidió declarar insubsistente el nombramiento provisional de la señora **LAURA CAROLINA CABRA VELOZA**, en el cargo de Oficial Mayor, bajo los siguientes argumentos:

"1. Que hace parte de la planta de personal del Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja, S.P.A., el cargo de Oficial Mayor, cargo de carrera judicial, creado mediante Acuerdo-PSAA12-9178 DE 2012, enero 30, artículo primero del Consejo Superior de la Judicatura.

2. Que la competencia para el retiro de empleados de libre nombramiento y remoción, en carrera, en provisionalidad y en encargo, de planta global de cargos de la Rama Judicial, es una competencia reglada, conforme se desprende de la Constitución Política y la Ley 270 de 2006.

3. Que el cargo de Oficial Mayor del despacho en mención no ha sido ofertado públicamente a través de concurso de méritos por el competente funcional y en consecuencia no existe registro de elegibles vigente para su provisión.

4. Que los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no les es posible predicar fuero de estabilidad laboral alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que según línea jurisprudencial del Consejo de Estado no requiere ser motivado, y el cual se presume expedido por razones del servicio público.

5. Que en la actualidad en el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento del S.P.A. se designó a LAURA CAROLINA CABRA VELOZA, portadora de la cédula de ciudadanía No. 46.661.329, en provisionalidad conforme Resolución del Despacho No.004 del 30 de marzo de 2012 con efectos a partir del 02 de abril de 2012, quien no ostenta fuero de estabilidad laboral alguno, similar al que le asiste al empleado de carrera escalafonado.

6. Que es necesario garantizar los postulados del art. 7 de la Ley 270 de 1996, para la prestación del servicio funcional encomendado conforme el manual de funciones del Despacho, gozando de competencia y en ejercicio del art. 5° de la Ley 270 de 2006.

7. Que conforme el manual de funciones del cargo de Oficial Mayor, Resolución Interna No. 007 de 2012, no se dio cumplimiento a los propósitos señalados en la designación del cargo en provisionalidad, Resolución Interna 004 del 30 de marzo de 2012, la cual hace parte de esta motivación, sin que sea necesario proceso disciplinario previo máxime que conforme Acuerdo No. 1392 de 2002, del Consejo Superior de la Judicatura, los empleados en provisionalidad no están sometidos a calificación de servicios.

8. Que trascurrido un término prudencial sin que se mejore o se tome por parte de la misma empleada judiciales correctivos, a pesar de las diversas medidas internas adoptadas, es necesario su remoción".

Como puede verse, en aquella oportunidad la funcionaria nominadora consideró que conforme a la línea jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado, los empleados provisionales podían ser retirados del servicio mediante acto administrativo que no requería motivación alguna; sin embargo, adujo que en el caso de la demandante la insubsistencia obedecía a que no se cumplieron los propósitos para los cuales fue designada a través de la Resolución No. 004 del 30 de marzo de 2012, a pesar de las medidas internad adoptadas para corregir la situación.

Pues bien, lo primero que ha de señalarse es que si bien para la época en que fue proferido el acto de insubsistencia imperaba la línea jurisprudencial que negaba la necesidad de motivar el acto de retiro de los servidores nombrados

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

en provisionalidad, lo cierto es que al haberse proferido en vigencia de la Ley 909 de 2004, y sus decretos reglamentarios, la decisión debía ser motivada, tal como se expuso en precedencia.

Ahora, una vez examinadas las circunstancias expuestas para sustentar la insubsistencia de la demandante, el despacho advierte que la nominadora no señaló de manera clara, detallada, puntual y precisa cuales fueron los propósitos que dejaron de cumplirse, y cuáles fueron las medidas previas que se adoptaron para corregir la situación, sino que por el contrario, de manera genérica se remitió a lo señalado en acto de nombramiento, esto es, la Resolución No. 004 del 30 de marzo de 2012, donde textualmente se indicó:

"Que el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo PASS12-9178 de fecha 30 de enero de 2012, creó a partir del primero de febrero de 2012 un (1) cargo de Oficial Mayor Municipal Nominado en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento.

Que la medida adoptada cuenta con el correspondiente Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 6112 de fecha 27 de enero de 2012 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Tunja.

Que por la reciente creación del cargo de oficial mayor a la fecha el mismo no ha sido ofertado y por tanto no se tiene conocimiento de la existencia de lista de elegibles, siendo competencia exclusiva del Consejo Seccional de la Judicatura su conformación, previo concurso público.

Que analizada la hoja de vida de la profesional LAURA CAROLINA CABRA VELOZA, la misma reúne requisitos para el cargo y conforme aporte documental, cuenta con el perfil para el desempeño de funciones de Oficial Mayor en provisionalidad del Despacho, según experiencia laboral y formación académica, habiendo superado la designación en encargo y con base en el art. 132 de la Ley 270/96.

Que la suscrita es competente para su designación, en su calidad de nominadora y conforme se desprende de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, al no existir registro de elegibles y el cargo no encontrarse ofertado por el competente

RESUELVE

PRIMERO.- Designar, en provisionalidad a la profesional del derecho, **LAURA CAROLINA CABRA VELOZA**, identificada con la cédula de ciudadanía No 46.661.329 de Duitama, en el cargo de Oficial Mayor del Juzgado Segundo Pena Municipal de Tunja con funciones de conocimiento del S.P.A., a partir del dos (2) de abril del año en curso.

SEGUNDO.- La designada en provisionalidad ejercerá las funciones conforme el manual de funciones de las labores de Oficial Mayor del despacho, las cuales hacen parte de este acto administrativo.

TERCERO.- Queda entendido que su permanencia estará sujeta al eficiente desempeño y cumplimiento efectivo de las funciones que le competen, a aquellas derivadas connaturalmente al cargo y las que designe el superior jerárquico y en todo caso a la eventual existencia del registro de elegibles.

CUARTO.- Comuníquese la designación y de aceptarla, désele posesión y remítase los actos administrativos de la Dirección Ejecutiva Seccional Oficina de Talento Humano para lo de su cargo.-

QUINTO.- El presente nombramiento surte efectos fiscales a partir de la fecha de posesión."

Obsérvese que el propósito de la designación se contrajo al cumplimiento eficiente de las funciones del cargo de oficial mayor, las cuales valga señalar, en un inicio se encontraban consignadas en la Resolución No. 001 del 25 de

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

enero de 2012 (fls. 1046 – 1057), notificada a la demandante el mismo día de su nombramiento, esto es, el 30 de marzo de 2012 (fl. 41), contrayéndose a las siguientes:

"CUARTO.- FUNCIONES DEL OFICIAL MAYOR SUSTANCIADOR.- *Son funciones del Oficial mayor o sustanciador del Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja S.P.A.:*

- 1. Efectuar los escritos de los proyectos de sustanciación de las decisiones que competan al Despacho conforme la competencia del Juzgado incluidos procesos, causas, tutelas, comisiones, actuaciones administrativas generales.*
- 2. Organizar y revisar la documentación relacionada con el trámite de diligencias y audiencias asignadas por competencia.*
- 3. Redactar y revisar las providencias que se dicten en la actuación procesal, Autos de sustanciación y autos interlocutorios, en los procesos de competencia del Despacho.*
- 4. Atender al público personal o telefónicamente para recibir o suministrar información relacionada con las actuaciones y diligencias en coordinación con la Secretaría Despacho, en los términos y con las excepciones legales.*
- 5. Redactar y elaborar oportunamente los proyectos de respuesta de las comunicaciones dirigidas al Juzgado que no sean competencia del titular.*
- 6. Realizar la recolección y compilación de información relacionada con leyes, decretos, jurisprudencia y demás disposiciones que se requieran para la preparación de los proyectos de decisión conforme las competencias del Juzgado, los cuales se legajaran o incorporarán tecnológicamente por temas y concordancias, de tal manera que resulte practico su consulta o transcripción o remisión.*
- 7. Responder oportunamente los requerimientos de la Procuraduría General de la Nación y/o a quien delegue, en lo relacionado con las actuaciones procesales de los diferentes expedientes.*
- 8. Rendir los informes correspondientes al desarrollo de sus funciones y participar en la elaboración de aquellos que por su contenido o naturaleza estén dentro del ámbito de su competencia*
- 9. Proyectar los Actos Administrativos relacionados con la competencia del Despacho.*
- 10. Velar por la confidencialidad y seguridad de la información que con ocasión de sus funciones conozca.*
- 11. Desempeñar las demás funciones inherentes al cargo y asignadas por el Secretario.*
- 12. Atender las consultas jurídicas y los requerimientos que se efectúen con inmediatez en forma clara y con soporte jurídico, conforme la complejidad de cada asunto sometido a su consideración, velando por el cumplimiento al precedente constitucional.-*
- 13. Llevar un estricto control y atender las diligencias Judiciales que se programen.*
- 14. Preparar la relación de los hechos y antecedentes de los expedientes que se encuentren a Despacho para decidir.*
- 15. Preparar los documentos que requiera para la evacuación de audiencias y diligencias repartidas conforme la funcionalidad del Despacho.*
- 16. Responder por la organización y foliatura de los expedientes a su cargo.*
- 17. Rendir los informes correspondientes al desarrollo de sus funciones y participar y elaborar aquellos que por su contenido o naturaleza estén dentro del ámbito de tu competencia.*

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

18. *Proyectar en forma oportuna los Derechos de petición y Acciones de Tutela, Hábeas Córpus de competencia del despacho*

19. *Las demás que se le asignen por la titular y aquellas que sean connaturales al cargo, para la buena marcha de la Administración de Justicia"*

El manual de funciones así determinado, fue actualizado por medio de la Resolución No. 007 de fecha 29 de junio de 2012 (fls. 50 a 57), notificada a la demandante en esa misma fecha (fl. 57 Vto.), donde se determinó:

"TERCERO.- FUNCIONES DEL OFICIAL MAYOR O SUSTANCIADOR.- *Son funciones del Oficial Mayor o Sustanciador del Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Tunja, S.P.A.:*

1. *Efectuar los proyectos de sustanciación de las decisiones que competan al Despacho conforme la competencia del Juzgado, incluidos acciones de tutela, acciones de hábeas Córpus, procesos regidos por la ley 906 de 2004, comisiones, derechos de petición, actuaciones administrativas de cualesquier naturaleza.*

2. *Organizar y revisar la. Documentación relacionada con el trámite de diligencias y audiencias asignadas por competencia, informando con anticipación su estado procesal, proyectando decisiones para cada caso en particular, con argumentación y soporte legal y/o jurisprudencia!, según el caso.*

3. *Revisar y del ser el caso corregir, las providencias que se proyecten en la actuación procesal, autos de sustanciación y autos interlocutorios, decisiones de fondo, en los procesos de competencia del Despacho, delegados al Secretario.*

4. *Atender al público personal o telefónicamente para recibir o suministrar información relacionada con las actuaciones y diligencias, en coordinación con la Secretaría y titular del Despacho, en los términos y condiciones requeridas y con las excepciones legales de reserva y confidencialidad.*

5. *Redactar y elaborar oportunamente los proyectos de respuesta de las comunicaciones dirigidas al Juzgado que no sean competencia del titular. 6. Realizar la recolección y compilación de información relacionada con leyes, decretos, jurisprudencia y demás disposiciones que se requieran para la preparación de los proyectos de decisión conforme las competencias del Juzgado actualizado, los cuales se legajarán o incorporarán tecnológicamente por temas y concordancias, de tal manera que resulte practico su consulta o transcripción o remisión.*

7. *Responder oportunamente los requerimientos de la Procuraduría General de la Nación y/o a quien delegue o autoridades administrativas o judiciales, en lo relacionado con las actuaciones procesales de competencia del Juzgado.*

8. *Rendir los informes correspondientes al desarrollo de sus funciones y participar en la elaboración de aquellos que por su contenido o naturaleza estén dentro del ámbito de su competencia.*

9. *Proyectar los actos administrativos relacionados con la competencia del Despacho.*

10. *Velar por la confidencialidad y seguridad de la información que con ocasión de sus funciones conozca.*

11. *Desempeñar las demás funciones inherentes al cargo y asignadas por el titular del despacho o Secretario.*

12. *Atender las consultas jurídicas y los requerimientos que se efectúen con inmediatez en forma clara y con soporte jurídico, conforme la complejidad de cada asunto sometido a su consideración, velando por el cumplimiento al precedente constitucional.-*

13. *Llevar un estricto control y atender las diligencias judiciales que se programen.*

14. *Preparar la relación de los hechos y antecedentes de los expedientes que se encuentren a Despacho para decidir o para efectos de evacuación de audiencia.*

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

15. Preparar los documentos que requiera para la realización de estadísticas, evacuación de audiencias y diligencias conforme la funcionalidad del Despacho.
16. Responder por la organización y foliatura de los expedientes a su cargo
17. Rendir los informes correspondientes al desarrollo de sus funciones y participar y elaborar aquellos que por su contenido o naturaleza estén dentro del ámbito de su competencia.
18. Convalidar la rendición de estadística del Despacho en los términos y condiciones requeridos.
19. Las demás que se le asignen por la titular y aquellas que sean connaturales al cargo, para la buena marcha de la Administración de Justicia"

Nótese que el cargo desempeñado por la demandante tenía asignado un contenido funcional bastante diverso, razón por la cual, no resultaba suficiente aducir como motivo de la insubsistencia, el genérico incumplimiento de los propósitos de su nombramiento, pues ello no cumple con las exigencias de una explicación clara, detallada, precisa y puntual que se exige para el retiro de los servidores judiciales nombrados y retirados en vigencia de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

Ahora, durante el decurso procesal, la señora CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO, en su condición de funcionaria nominadora, rindió informe juramentado sobre los hechos de la demanda, a través de escrito radicado el 29 de agosto de 2017 (fls. 806 – 80), donde literalmente indicó lo siguiente sobre las razones por las cuales se dispuso el retiro del servicio de la demandante:

"La Señora LAURA CAROLINA CABRA VELOZA, para la época de los hechos debía dar efectivo cumplimiento a las funciones del cargo de Oficial Mayor conforme la Ley 270 de 1996, artículo 131, estando vigente el manual de funciones a través de la Resolución Interna No. 007 de 2012, que fijó funciones generales' y específicas para ese cargo, las cuales incumplió de manera sistemática afectando de manera grave la prestación del servicio encomendado. Téngase presente que la Ley 906 de 2004, entró a regir en el mes de enero de 2005, para el Distrito Judicial de Tunja y el Despacho judicial realizaba las funciones como juzgado de conocimiento del sistema penal acusatorio, sobre el cual aquella no tenía conocimiento, dominio ni experiencia, habiéndose agotado todas las instancias viables para mejorar su desempeño laboral, teniendo en cuenta consideraciones de carácter personal y de afecto hacia ella, a su situación personal y familiar. Ello sin contar con la competencia funcional respecto de acciones de tutela, comisiones, hábeas corpus, etc., informes que no cumplía a satisfacción igualmente de procesos de corrección como da cuenta la hoja de vida, en donde aparecen los motivos de corrección y el texto final realizado por la suscrita.

Se debió prescindir en el cargo, ante la actitud asumida que se fue agravando en el tiempo, cada vez que se trataba de corregir sus tareas, sus proyectos, sus actitudes laborales y de consideración hacia sus compañeros de trabajo, al punto que sus funciones eran realizadas por la suscrita, en cumplimiento del deber funcional y la imposibilidad de trasladar al usuario del sistema las falencias de la demandante, lo que generó una carga adicional que se reclamó y se obtuvo respuestas tales como: "es que a usted nada le gusta"; "para que hago si usted siempre corrige y cambia de parecer"; "no me haga perder mí tiempo"; "yo no sé qué es lo que quiere"; "es mejor que usted lo haga y más bien yo se le digito"; "usted es la que sabe' etc., y en total irreverencia optó por no realizar los proyectos ordenados, llegar tarde a pesar de las consideraciones hacia ella, por la relación personal y emotiva hacia ella, el tener que viajar a la ciudad de Duitama diariamente, para la atención de sus menores hijas, con sentido humanitario y de profundo respeto a la misión de ser madre.

Como mecanismos para superar sus deficiencias y actitud laboral, incluídas las de presentación de texto y redacción lógica de sus contenidos y evitar "el copie y pegue' sin conexión lógica, y en donde daba por ciertos cosas que no corresponden al contenido de la acción o actuación, las notas a pie de página no eran corresponsables con el problema planteado, se optó, entre otras medidas iniciales de llamado de

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

atención verbal, diálogo respetuoso y permanente, el solicitarle la lectura jurisprudencial para efectos de mantener actualizada las líneas jurisprudenciales de nuestra competencia, conforme pronunciamientos de la Corte Constitucional en temas de exequibilidad de normas de la Ley 906/2004 y las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, para adelantar los viernes, en horas de la mañana, una especie de jornada académica para retroalimentar y facilitar su trabajo, siendo la respuesta "No, doctora, no he podido leer las jurisprudencias porque ..."se presentaba una situación familiar o personal, que le impedía cumplir con el objetivo, así como las líneas jurisprudenciales para las acciones tutelares impetradas.

De otra parte, se le indicaba la necesidad de tener conocimiento pleno de la estructura de la acción penal en temas como la captura, la detención preventiva, la libertad condicional, los subrogados penales, el allanamiento, preacuerdos, preclusiones, nulidades, incidentes de reparación, sentencia de responsabilidad penal, etc., así como el procedimiento en cada instancia conforme el avance procesal de la acción penal y la terminología propia del Juez penal y por excelencia constitucional, en garantía de los derechos de los intervinientes y partes procesales, al punto que se realizó el ejercicio de proceder a suspender las diligencias de audiencias penales que se programaban y ejecutaban, para que ella analizara la situación jurídica planteada en cada caso penal, determinara el problema jurídico penal y emitiera una decisión final, en el símil de ser ella quien ocuparía a futuro el cargo de Juez; este ejercicio realizado por la suscrita para completar el proceso de formación no dio resultado en la medida de que una vez suspendida la actividad y en privado, optaba por llorar, no acertaba en encontrar el problema jurídico y la decisión a adoptar, por lo que el Secretario debía ingresar y continuar con él la diligencia. Con todo, se le ordenaba realizar el ejercicio por escrito en el Despacho, proyectando una decisión argumentada y con soporte jurisprudencial, sin embargo aun así no se completaba el ejercicio y simplemente se atenía a lo realizado por la suscrita sin sopesar la misma o determinar su alcance o valorarla para trabajos futuros.

Se procedió a emitir sendos memorandos y tomar correctivos verbales permanentes, para corregir y superar el impase, manteniendo de presente las condiciones personales de la demanda con la suscrita, ya referida, por el extenso conocimiento personal y familiar, en la pretensión de no afectarla y concederle tiempo para que el proceso de aprestamiento se cumpliera y la formación que se le brindaba día a día, sirviera de retroalimentación a su trabajo y funciones delegadas, siendo infructuoso cualquier esfuerzo sin su voluntad o colaboración u obtener un cambio favorable; ante lo crítico de la situación y su aireado comportamiento, que afectó el ambiente laboral, se optó por prescindir laboralmente de ella.

Es necesario insistir que fue clara la Resolución Interna de nombramiento que su permanencia estaría sujeta al eficiente desempeño y el cumplimiento efectivo de las funciones que le competen, a aquella derivadas connaturalmente al cargo y las que designe el superior jerárquico y en todo caso, a la eventual existencia del registro de elegibles, por lo que sumado a su ineficiente trabajo, se optó por mejorar el servicio.

...(...)

La emisión de la Resolución No. 006 del 26 de julio de 2013, del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento del Sistema Penal Acusatorio, lo fue en apego a la ley, a los precedentes jurisprudenciales tanto del organismo de cierre constitucional, Corte Constitucional, como del Honorable Consejo de Estado, para situaciones administrativas de desvinculación de empleado de la rama judicial designado en provisionalidad y no vinculado a la carrera administrativa judicial de poder público, para la época de los hechos, siendo pacífica en este momento la línea jurisprudencia) sobre el particular, estimando haber obrado de buena fe y conforme las Sentencias del Consejo de Estado, cuya línea de interpretación predica, para la fecha de emisión de la Resolución Interna cuestionada, que como los empleados en provisionalidad no están escalafonados en carrera judicial no es dable exigir los procedimientos, requisitos y recursos que la ley consagra para funcionarios escalafonados en propiedad y no puede alegarse violación al debido proceso ya que dichas normas no le son aplicables; en el mismo sentido las sentencias 25000-23-25-000-1999-5602-01 (5161-01) 5-sep-02; 23001-23-31-000-1997-8721-01(3067-00) 6-marz.03; 76001-23-31-000-1998-1834- 01(4972-01)13-marz-03; 44001-23-31-000-2000-0157-01(2167-02) 15-ab-04; 05001-23-31-000-1998-03737-01(2132-04) 12-mayo-05; 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08) 23.sep-010, entre otras.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Existe soporte documental probatorio incluido en la hoja de vida, memorando y escritos de corrección realizados a los proyectos de decisión; los objetivos propuestos en el cumplimiento laboral fueron inferiores a lo esperado a pesar de los esfuerzos de la suscrita y de los compañeros laborales del momento, quienes igualmente afrontaba las situaciones de carga laboral por tener que asumir las tareas de esta que no podía realizar la suscrita para mantener el nivel de exigencia y cumplimiento de la estadística, que yo realizaba sin el apoyo de la demandante, según manual de funciones y necesidades de los usuarios del sistema.

...(...)

Las expresiones utilizadas, tanto en los considerandos como en el resuelve de la Resolución de marras, en la lectura objetiva que se realice, conlleva a precisar su correspondencia en cuanto a quien va dirigida, los motivos determinantes y las decisiones, adoptadas de forma clara, congruente, legal, en aplicación de los precedentes legales, no presuntos como infiere el demandante, derivado del no cumplimiento de las funciones asignadas y delegadas en el manual de funciones del cargo y en el que se define claramente sus consecuencias, derivadas lógicamente de su contenido.

Si la parte demandante no lo controvertió, obedeció al haber optado por no firmarlo, a pesar de haberlo leído en su integridad y guardar silencio en su liberalidad, máxime que contra el mismo no obran recursos por vía administrativa y en cada llamado de atención a través de memorando no expresó inconformidad alguna y en forma personal a los requerimientos inicialmente los aceptaba por emanar de su falta de atención y capacidad en la ejecución de su labor, a pesar de los esfuerzos de la suscrita y el equipo de trabajo que fuimos condescendientes entre otras razones por la relación personal con la suscrita y el trato humano que se le brindó durante su estadía para superar sus dificultades en el desconocimiento del sistema penal acusatorio, acciones de tutela y el trabajo ya adelantado en el Despacho, el cual no pudo superar al carecer de voluntad y sentirse amparada por los afectos personales que la suscrita mantenía por ella y su familia, en especial sus hijas, a quienes vi crecer y a quienes mantuve en comunicación en razón circunstancias familiares que con honor y dignidad apoye para ser superadas en pro de la misma demandante, sus hijas y su futuro personal, al punto que atendiendo mis sugerencias, estudió, realizó la judicatura en un Juzgado Laboral; al tener que estudiar en Tunja, con sumo respeto he de indicar, se alojó en mi residencia dado que las clases en la UPTC, correspondía a viernes y sábados y ella se encontraba radicada en Duitama, por lo que con la anuencia de su esposo, PABLO MERCHAN, pernoctaba los viernes durante el desarrollo del programa académico, lo que predicará a su vez, el acercamiento y afecto amistoso que marcó un trato preferente al interior del Juzgado como Oficial Mayor.

...(...)

Baste reiterar que el acto administrativo atacado no se emitió de manera arbitraria, ello obedeció al no cumplimiento de las funciones del cargo de Oficial Mayor. La declaratoria de insubsistencia no se compara ni se le da la equivalencia a un empleo de libre nombramiento y remoción como lo afirma el demandante, el cargo de oficial mayor en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento del S.P.A., es un cargo de carrera, no ofertado para la época de la designación en provisionalidad, expedido dentro de la autonomía funcional derivada de la ley. Reitero que el soporte probatorio se encuentra en la hoja de vida de la demandante, los proyectos por ella realizados, la Certificación laboral de funciones en la cual se debió precisar la reserva al cumplimiento funcional, los archivos existentes y líneas jurisprudenciales ordenadas y no realizadas, como se observa en la misma hoja de vida.

Se considera que no es posible que los empleados designados en provisionalidad deban permanecer en sus cargos, contrario sensu, estos pueden ser retirados por las causas legales, Art. 149, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, como ocurrió con la Señora LAURA CAROLINA CABRA VELOZA, quien como empleada en provisionalidad de un cargo de carrera, oficial mayor de un despacho vinculado al trámite de asuntos penales, con funciones de conocimiento del sistema penal acusatorio, S.P.A., acciones de tutelas, hábeas corpus, comisiones, personas con detención preventiva y con sentencias ejecutoriadas, estaba llamada a cumplir con las funciones generales y específicas, del cargo de oficial mayor, establecidas en las Resoluciones Nos.001 de 2012 y 007 de fecha 29 de junio de 2012, emanada del

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento del sistema penal acusatorio, S.P.A., en especial los numerales segundo y tercero, amén que su permanencia estaba condicionada a varios eventos, como se desprende del mismo acto de designación en provisionalidad, esto es: "Queda entendido que su permanencia estará sujeta al eficiente desempeño y cumplimiento efectivo de las funciones que le competen, a aquellas derivadas connaturalmente al cargo y las que designe el superior jerárquico y en todo caso, a la eventual existencia del registro de elegibles", la cual fue notificada y entregado su texto junto con la Resolución 001 de 2012, modificada por la Resolución Interna No. 007 de 2012 relativa al manual de Funciones del despacho del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento del sistema penal acusatorio, S.P.A..

Nótese que en esta oportunidad la funcionaria nominadora, señaló varios eventos específicos de incumplimiento funcional por parte de la demandante que conllevaron a la declaratoria de insubsistencia, especialmente en lo que tiene que ver con la debida proyección de providencias y diligencias a su cargo, yerros que según la funcionaria nominadora no fueron corregidos por la demandante, a pesar de existir sendos llamados de atención y haberse adoptado diversas jornadas pedagógicas para el efecto.

En concordancia con lo anterior, el despacho advierte que dentro de la hoja de vida de la demandante (allegada por su propio mandatario judicial junto con el escrito de contestación presentado frente a las excepciones formuladas por la demandada), obran correcciones de forma y de fondo realizadas frente a los siguientes proyectos:

- Fallo de tutela elaborado dentro del proceso 150016000132201300022, de fecha 28 de junio de 2013 (fls. 106 – 125).
- Fallo de tutela elaborado dentro del proceso 1500160001322013-00013 de fecha 3 de marzo de 2013 (fls. 106 – 114).
- Audiencia de juicio oral elaborada dentro del proceso No. 15000160001322009-02374 N.I.2011-00545 de fecha 22 de agosto de 2012 (fls. 135 – 130).
- Audiencia de Formulación de Acusación elaborada dentro del proceso 1500160001302007-000121 N.I. 2011 -00140 de fecha 23 de agosto de 2012 (fls. 137 – 138).
- Oficio J2PMCTOSPA 067-013 de fecha 12 de marzo de 2013 dirigido a la Presidenta del Consejo Seccional de la Judicatura.

De igual forma, se encuentra el memorando de fecha 14 de marzo de 2013 (fl. 43), por medio del cual se solicitó a la demandante mayor atención en el cumplimiento de sus funciones, específicamente las siguientes:

- *Efectuar los proyectos de sustanciación de las decisiones que competan al Despacho conforme a la competencia del Juzgado, incluidos acciones de tutela, acciones de hábeas corpus, procesos regidos por la ley 906 de 2004, comisiones, derechos de petición, actuaciones administrativas de cualesquier naturaleza.*
- *Organizar y revisar la documentación relacionada con el trámite de diligencias y audiencias designadas por competencia, informando con anticipación su estado procesal, proyectando decisiones para cada caso en particular, con argumentación y soporte legal y/o jurisprudencial, según el caso.*
- *Redactar y elaborar oportunamente los proyectos de respuesta de las comunicaciones dirigidas al Juzgado que no sean competencia del titular.*

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- *Realizar la recolección y compilación de información relacionada con leyes, decretos, jurisprudencia y demás disposiciones que se requieran para la preparación de los proyectos de decisión conforme las competencias del Juzgado actualizado, los cuales se legajarán o incorporarán tecnológicamente por temas y concordancias, de tal manera que resulte práctico su consulta o transcripción o remisión.*
- *Redactar y elaborar oportunamente los proyectos de respuesta de las comunicaciones dirigidas al Juzgado que no sean competencia del titular.*
- *Proyectar los actos administrativos relacionados con la competencia del Despacho.*
- *Todo lo cual conforme directrices de presentación, radicaciones, consecutivos y precisa argumentación para lo cual deberá estarse a la actualización en materia doctrinal y jurisprudencial.*

Los anteriores documentos permiten evidenciar que efectivamente se presentaron algunos eventos específicos de incumplimiento funcional por parte de la demandante, especialmente en lo que tiene que ver con la debida proyección de providencias y diligencias a su cargo; sin embargo, dichas circunstancias particulares no fueron plasmadas en el acto administrativo de insubsistencia, donde por el contrario la nominadora se limitó a señalar genéricamente que el retiro del servicio obedecía al incumplimiento de los propósitos señalados en el acto de nombramiento, sin especificar cuál o cuáles de tales objetivos dejaron de alcanzarse.

En consecuencia, aun cuando las circunstancias aducidas por la nominadora en su informe, pudieron haber sido verdaderas, lo cierto es que la motivación del acto de insubsistencia resulta insuficiente, pues como ya se dijo, el cargo desempeñado por la demandante tenía asignado un contenido funcional bastante diverso, de manera que no bastaba con aducir el genérico incumplimiento de los propósitos de su nombramiento para sustentar el retiro del servicio, sino que se requería una explicación clara, detallada, precisa y puntual sobre cual o cuales propósitos dejaron de cumplirse y la manera en que se desarrollaron los hechos específicos, para que de esta manera la destinataria de la decisión pudiese ejercer en debida forma el derecho de defensa.

En suma, al no haberse motivado en debida forma el acto de insubsistencia, para el despacho es claro que se desconoce la exigencia que en este sentido ha establecido la jurisprudencia reciente para la desvinculación de los servidores judiciales nombrados y retirados en vigencia de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, como es el caso de la demandante, razón por la cual habrá de declararse la nulidad deprecada, con el respectivo restablecimiento del derecho que se precisará más adelante.

Por lo pronto, se considera necesario continuar con el análisis de los demás cargos invocados en la demanda en procura de determinar si existe otra causal de nulidad que pueda ser responsabilidad de la nominadora, con miras a la posterior resolución del llamamiento en garantía.

5.3.2. Desviación de poder, por cuanto el acto acusado fue proferido por razones ajenas del servicio:

El Honorable Consejo de Estado, ha señalado que la demostración de esta causal "implica llevar al juzgador a la **convicción plena** de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio,

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión”³⁹.

Incluso, se ha dicho que la desviación de poder, “es un cargo de naturaleza eminentemente subjetiva y pertenece al fuero interno del nominador. Por tanto, para desentrañar su voluntad sería necesario involucrarse en la mente de éste para establecer cuáles son los fines o propósitos buscados con la decisión y por ello, ante la imposibilidad de hacerlo, es menester utilizar cuidadosamente la prueba indiciaria”⁴⁰.

En el caso concreto el libelista señala que las verdaderas razones de la desvinculación, son distintas de las consideraciones efectuadas en el acto administrativo, así como también resultan ajenas al buen servicio, existiendo una grabación donde la nominadora reveló las verdaderas causas de su arbitrariedad.

En este punto se advierte que junto con la demanda fue allegada en medio magnético una grabación donde al parecer se encuentra registrada una conversación sostenida entre la señora LAURA CAROLINA CABRA VELOZA, hoy demandante, y la señora CLAUDA MAYERLI LEÓN PERDOMO, en su condición titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento donde se trataron temas relacionadas con la insubsistencia(fls. 97 A),; no obstante dicha grabación fue efectuada sin la autorización de la última de las citadas, razón por la cual ha de ser excluida como prueba por ser nula de pleno derecho en tanto resulta violatoria del derecho fundamental a la intimidad y por contera del debido proceso. En este sentido resulta ilustrativa la sentencia T- 364 de 2018, donde textualmente se indicó:

“11. De conformidad con lo expuesto el derecho a la intimidad incluso protege espacios privados, adicionales al domicilio del individuo, en los que éste desarrolla actividades que sólo le conciernen a sus intereses. Por tal razón, “las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto.”.

12. Ha establecido la Corte que el derecho a la intimidad implica la reserva del lugar de habitación, o del recinto privado en que se encuentre la persona. Esta Corporación ha expuesto que el respeto del derecho a la intimidad espacial está mediada por el reconocimiento de tres tipos de lugares en donde ésta se manifiesta de forma diferenciada. De conformidad con la sentencia T-407 de 2012, la garantía del derecho a la privacidad depende en gran parte del lugar donde tienen lugar las acciones humanas. Desde esa perspectiva existen “espacios públicos, en los que el interés general prima sobre el particular y por tanto la intimidad se ve ciertamente menguada; espacios privados en los que el carácter personalísimo del entorno hace que la protección de la intimidad presente un estándar ciertamente más estricto; espacios intermedios, como lo son los semi-privados y otros semi-públicos, que integran características tanto públicas como privadas, los primeros, respectivamente, relacionados con escenarios “cerrados en los que un conjunto de personas comparten una actividad y en los que el acceso al público es restringido” y

³⁹-CE.2.B 23 de Feb. de 2011 Víctor Hernando Alvarado A R: 170012331000200301412 02(0734-10)
-CE2B 24 Mar. 2011 Víctor Hernando Alvarado Ardila R: 19001-23-31-000-2004-00011-01(1587-09)

⁴⁰CE.2B. 1 Nov. 2007. Jesús María Lemos Bustamante R: 25000-23-25-000-1999-02672-01(4249-04).

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

los segundos, con "acceso relativamente abierto en los que diferentes personas se encuentran en determinado momento para realizar cierta actividad puntual dentro de un espacio compartido: un cine, un centro comercial, un estadio".

...(…)...

17. De esta manera, se concluye que el derecho a la intimidad es una garantía fundamental protegida por el Estado, la cual implica el ejercicio de la libertad, adecuada a los lugares donde se desarrollan los actos del comportamiento humano y la influencia social sobre tales espacios.

...(…)...

43. De conformidad con el artículo 29 Superior "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". Así las cosas, la Corte Constitucional ha expuesto que la norma citada faculta la exclusión de material probatorio que haya sido recaudado vulnerando los derechos fundamentales del procesado.

44. Sin embargo, de conformidad con la sentencia T-233 de 2007 "no toda irregularidad procesal que involucre la obtención, recaudo y valoración de una prueba implica la violación del debido proceso. Los defectos procesales relativos a la prueba pueden ser de diversa índole y distinta intensidad y es claro que no todos tienen la potencialidad de dañar el debido proceso del afectado".

45. En ese entendido la Corte Constitucional ha establecido que las irregularidades procesales pueden ser de diversa índole e intensidad y que dependiendo de ello debe procederse a su exclusión, dejándola reservada a los casos en los cuales el recaudo probatorio vulnera aspectos sustantivos del debido proceso.

46. Por ello, las irregularidades menores que no inciden en la definición del conflicto, sino que se refieren al recaudo defectuoso por no respetar la forma propia de los juicios –aspecto exclusivamente procedimental–, no quedan dentro de la hipótesis contemplada por el inciso final del artículo 29 Superior. Sobre este particular dijo la Corte:

"(...) las irregularidades menores o los errores inofensivos que no tienen el potencial de sacrificar estos principios y derechos constitucionales no han de provocar la exclusión de las pruebas. El mandato constitucional de exclusión cubre a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita". (Sentencia SU-159 de 2002)

47. En sentido similar la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que las irregularidades menores que no afectan la estructura del proceso ni el derecho de defensa, no imponen la exclusión de la prueba defectuosa[54].

48. La Corte ha entendido que la irregularidad de la prueba puede derivarse tanto de su incompatibilidad con las formas propias de cada juicio –prueba ilegal– como de su oposición a la vigencia de los derechos fundamentales –prueba ilícita– y sólo en este último caso la prueba se entiende nula de pleno derecho".

Como puede verse las pruebas obtenidas por con violación de derechos fundamentales, como es el caso de la intimidad cuando se obtienen grabaciones sin la autorización directa del titular, son nulas de pleno derecho a la luz de las garantías propias del debido contenidas en el artículo 29 de la Constitución Política, siendo procedente su exclusión, tal como ocurre en el presente caso.

No pasa por alto el despacho que en el escrito de contestación presentado frente al llamamiento en garantía, el apoderado de la señora **CLAUDA MAYERLI LEÓN PERDOMO**, solicitó tener en cuenta la grabación para efectos de demostrar que la decisión de insubsistencia no obedeció a motivos de orden personal; no obstante, atendiendo a que se trata de una prueba violatoria del derecho a la intimidad, el mandatario judicial no está legitimado para convalidarla, pues se trata de un acto reservado a la titular del derecho, quien valga señalar, por el contrario solicitó su exclusión a través de escrito radicado el 29 de agosto de 2017 (fls. 806 – 809), por medio del cual rindió informe juramentado sobre los

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

hechos de la demanda, donde literalmente manifestó lo siguiente sobre el particular:

"llamando la atención, con énfasis, en la pieza probatoria denominada por la accionante "CD con grabación hecha por la abogada Laura Carolina Cabra Veloza, demandante, sobre los motivos de su retiro del cargo de Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento del Sistema Penal Acusatorio referido a folio 24 del texto de la demanda.

El mismo, resulta a todas luces ilegal por la forma de su obtención y por tanto no es posible su valoración, ante lo cual sólo procede interrogarse sobre lo bochornoso que resulta pensar que una "amiga", llamada precisamente por su ex jefe para ocupar el cargo de Oficial Mayor en provisionalidad de un cargo de carrera, vacante en la Rama Judicial, obtenga tamaña prueba con el objeto de desdibujar una realidad, en la imposibilidad de sostenerla en el cargo ante lo ineficiente de su trabajo y el abuso que representa pretender, so pretexto de falsa motivación permanecer a la fuerza en el cargo provisional, en abierta desmejora del servicio y la responsabilidad que representa las funciones de Juez Penal de conocimiento en el naciente, para la época del sistema Penal Acusatorio, y las demás funciones propias del Juzgado (hábeas corpus, acciones de tutela, personas detenidas, capturadas con sentencias en prisión intramural, domiciliara, etc.) encontrando que la Resolución de declaratoria de insubsistencia se emitió bajo los principios de legalidad, debido proceso, debida motivación, en ejercicio del deber legal y no vulnera derecho fundamental alguno de la demandante, analizados los hechos jurídicamente relevantes dentro del contexto real de ocurrencia y la posición jurisprudencial existente, traídos a colación en forma parcial, descontextualizada y con pruebas parciales y segregadas.

...(...)

Como se expresó al hecho 19.- la pieza procesal que se aduce y aporta para ser evaluada, es abiertamente ilegal, no puede ser tenida ni valorada como prueba documental, ante lo ilegítimo que resulta su realización y pretendida utilización, lo atentatorio que deviene en la invasión a la intimidad, amén de lo reprochable que merece un acto como el de proceder a grabar sin autorización alguna, en consideración a las mínimas normas de conducta y buenas maneras que rigen las relaciones humanas; en una situación que no se predica de empleada —jefe, sino que como se decantó y probó, en la acción de tutela interpuesta ante Juzgado Primero de Familia de Tunja, la conversación grabada malintencionadamente lo era entre la demandante y la titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, cuyo conocimiento personal y familiar, de trato y comunicación, no era reciente, procedía de una relación de amistad íntima que imponía las más mínima consideración, estimando que por su ejecución y la pretensión de servir de prueba, debe disponerse su judicialización, máxime las calidades de la demandante, quien actúa a través de mandatario, profesionales del derecho, y como se desprende aquella laboró ante un Juzgado que tiene como función el conocimiento de asuntos penales y se presume que desconoció la dinámica de los delitos y las penas y no puede bajo ninguna circunstancia tolerarse, al punto que sembraría un precedente infortunado para el manejo de las relaciones inter personales, laborales, sociales, etc..-

Ahora bien, en la certeza de no poderse valorar por lo ilegal, el "CD con grabación hecha por la abogada Laura Carolina Cabra Veloza, demandante, sobre los motivos de su retiro del cargo de Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento del Sistema Penal Acusatorio, lo que se desprende él, es una grabación de 22:43 minutos, descontextualizada, fraccionada, entre dos mujeres, que refleja una conversación precedente, cuya iniciación se desconoce; concluyente, en tener una de ellas que estudiar para poder ascender y quien debe en consecuencia de la desidia y el reiterado y continuo incumplimiento a las funciones señaladas, realizar no sólo sus funciones sino además suplir las de la oficial mayor y el Secretario del Juzgado, lo que le imposibilita estudiar para pasar un concurso de méritos como única forma de ascenso laboral; se recaban opciones a la primera para el disfrute de sus vacaciones negadas y el consecuente retiro del servicio; se pretermite hacer alusión a desempeño laboral de una de ellas, al considerarse innecesario y ser un hecho conocido que se admite; se pone en conocimiento la enfermedad de la progenitora de LAURA, y se informa que debe solicitarse permiso para atenderla. Desde luego como quien realizó la grabación de la conversación es LAURA, es quien menos habla y la dirige amañadamente ante el propósito ilegal, repulsivo, deshonesto, desproporcionado y avalado por su mentor judicial, y que

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ahora utiliza como medio de prueba en una inequívoca señal de corresponder a una persona repulsiva al sistema y en su comportamiento de la sociedad sin que pueda pasar inadvertido este medio de prueba para tener como prueba nula de pleno derecho.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en jurisprudencia que es pacífica, ha sostenido, "que no es viable grabar conversaciones propias con terceros y usar/as en beneficio de intereses particulares"; recordó que, "según el inciso 5° del artículo 29 de la Constitución, es nula la prueba obtenida con violación del debido proceso" y agregó que "El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales" (Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto 41790, sep. 11/13, M. P. María del Rosario González), pudiendo rayar el comportamiento del demandante en vulneración al Capítulo Séptimo, inciso segundo, de la Ley 599 de 2000, por violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones, pues aquella, no sólo preparó el escenario, grabó una conversación privada y su pretensión probatoria conlleva a revelar el contenido de la comunicación y emplearla en provecho propio o con provecho de otro, razón suficiente para proceder, extra petita a una compulsión de copias para ante el competente, Fiscalía General de la Nación y Consejo Seccional de la Judicatura, Sala disciplinaria, respectivamente, en la medida que se estima que tampoco es admisible, que los profesionales del derecho que la asisten legalmente, coadyuven la utilización del contenido de la conversación grabada en provecho de las pretensiones accionales y para su posible beneficio, siendo más exigente el juicio de valor hacia el profesional de derecho y la demandante, ambos abogados, toda vez que éste coadyuva la ilegalidad y su utilización, en una actuación contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado, pues promueve una causa o actuación manifiestamente contraria a derecho a la vez que efectúa afirmaciones o negaciones maliciosas, citas inexactas, inexistentes o descontextualizadas, que puedan desviar el recto criterio de los funcionarios, encargados de definir una cuestión administrativa; con todo es una falta de lealtad con el cliente, no expresarle franca y completamente su opinión acerca del asunto encomendado, impróspero, jurídicamente al callar hechos, implicaciones jurídicas o situaciones inherentes a la gestión encomendada o alterar la información correcta, con ánimo de desviar la libre decisión sobre el manejo del asunto.

En materia probatoria, el Artículo 14 de la ley 1437, que desarrolla el texto constitucional del art. 29, en sus principios señala, "Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso" que igual se lee en el Artículo 164 ibídem al referir, "Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho."

Entonces, ante el rechazo de la grabación por parte de la señora **CLAUDA MAYERLI LEÓN PERDOMO**, en su condición de titular del derecho a la intimidad afectado, para el despacho es claro que no puede accederse a la solicitud de su apoderado tendiente a que se valore su contenido, pues como ya se dijo se trata de una prueba nula de pleno derecho y por lo tanto ha de ser excluida en esta oportunidad.

Ahora bien, continuando con el análisis probatorio se advierte que durante el decurso procesal se recibieron las siguientes declaraciones que se refirieron a las circunstancias que rodearon la insubsistencia de la demandante:

- Declaración de la Señora **FLOR MARINA TRIANA DE PINEDA**, quien sobre el particular manifestó: (i) que laboró con la demandante en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento durante aproximadamente mes y medio; (ii) que en su condición de escribiente tenía que ocuparse de la radicación de tutelas, (iii) que en alguna ocasión la demandante dio lectura a su trabajo sobre una de las tutelas radicadas, evidenciándose que lo escrito no tenía relación con los hechos de la demanda.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Interrogatorio de parte de la señora **LAURA CAROLINA CABRA VELOZA**, quien manifestó: (i) que desde antes de trabajar en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, tenía una excelente relación de amistad con la señora **CLAUDIA MAYERLY LEÓN PERDOMO**, titular del despacho; (ii) que en algunas ocasiones la señora juez le realizaba algunas correcciones de forma, tal como lo hacía con el secretario del despacho; (iii) que en otras ocasiones decía que le gustaban los proyectos, los firmaba y ordenaba que se notificaran; (iv) que no recuerda las correcciones sobre las tutelas obrantes en el expediente, toda vez que en el juzgado llegaban aproximadamente 3 o 4 tutelas semanales; (v) que en ocasiones se realizaban correcciones sobre su trabajo, así como sobre el realizado por el Secretario del despacho; (vi) que ese tipo de correcciones no iban a la hoja de vida; (vii) que no recuerda el número de audiencias a las que asistió; (viii) que se programaban 2 o 3 audiencias diarias; (ix) que tampoco recuerda la correcciones realizadas en torno a las audiencias debido a que habían transcurrido más de 5 años; (x) que como persona, la titular del despacho era buena gente, pero como jefe era muy dura; (xi) que incluso era muy dura con los usuarios; (xii) que en alguna oportunidad tuvo un inconveniente con uno de los apoderados.

- Declaración del señor **GUSTAVO GÓMEZ GÓMEZ**, Secretario del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, para la época de los hechos, quien sobre el particular manifestó: (i) que la demandante fue la primera persona nombrada para desempeñar el cargo de Oficial Mayor en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, dado que se trataba de un nuevo empleo creado por el Consejo Superior de la Judicatura; (ii) que no tiene conocimiento sobre el desempeño laboral de la demandante toda vez que cada empleado del juzgado tenía asignadas unas funciones específicas; (iii) que cada empleado le llevaba su trabajo a la juez quien realizaba las correcciones respectivas en privado; (iv) que según le comentó la propia demandante, la titular del despacho le solicitó la renuncia por que el trabajo no se estaba haciendo como ella quería; (v) que la señora **MARÍA ELVIRA ROJAS**, no ejercía funciones de vigilancia y monitoreo sobre las funciones de la demandante, porque para ese momento aquella ya no trabajaba en el Juzgado; (vi) que la demandante le manifestó que la habían calificado pero a él no le consta; (vii) que no hubo entrega formal de la oficina por parte de la demandante; (viii) que la relación entre la demandante y la titular del despacho era muy buena porque la propia juez manifestó que iba a traer una amiga para que desempeñaba el cargo y tiene entendido que había confianza entre ellas; (ix) que inicialmente la demandante no había comentado sobre las correcciones a sus proyectos, pero que posteriormente si se refirió al tema cuando conoció que la titular del despacho tenía la intención de prescindir de sus servicios.

- Declaración del señor **CESAR AUGUSTO RINCÓN MEDRANO**, quien sobre el particular manifestó: (i) que desde el 1º de julio se desempeña como notificador el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Acusatorio para los Juzgados Penales Municipales y del Circuito de la Ciudad e Duitama; (ii) que tiene una relación de amistad con la demandante; (iii) que la demandante se desempeñaba como notificadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Acusatorio para los Juzgados Penales Municipales y del Circuito de la Ciudad e Duitama; (iv) que encontrándose

nombrada en dicho cargo, fue llamada por la señora **CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO**, titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja para desempeñarse como Oficial Mayor de tal despacho judicial; (v) que la relación entre la demandante y la titular del despacho era excelente toda vez que incluso se le encomendaban actividades de orden personal; (vi) que la demandante se caracterizó por su idoneidad y eficiencia en el desempeño del cargo que tenía en el Centro de Servicios, por lo que no se entiende lo ocurrido con la titular del Juzgado Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento; (vii) que según lo manifestado por la demandante, se presentó una insistencia por parte de la titular del despacho, para que presentara su renuncia porque tenía unos compromisos con los magistrados, de manera que no entiende si es que los cargos públicos eran objeto de ofrecimientos; (viii) que sobre este preciso aspecto, existen unas grabaciones que la demandante le permitió escuchar; (ix) que conoce a la demandante desde hace aproximadamente 15 años, por relación existente con su excompañera matrimonial así como por los cargos desempeñados en el Centro de Servicios; (x) que no le consta como fue el desempeño laboral de la demandante durante su vinculación como Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento; (ix) que solo le consta el desempeño laboral durante su vinculación con el Centro de Servicios de la Ciudad de Duitama.

- Declaración de la Señora **ÁNGELA LEONOR MUÑOZ ÁVILA**, quien sobre el particular manifestó: (i) que se desempeña Como Secretaria en propiedad del Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento de Tunja; (ii) que conoce a la demandante desde el año 2019 cuando llegó a laborar en la Ciudad de Duitama; (iii) que desde entonces tienen na relación de orden laboral y de amistad aunque no tan cercana; (iv) que con la Doctora Claudia Mayerli porque la conoció como Juez Segundo Penal Municipal de Tunja; (v) que la demandante le comentó sobre la situación que se presentaba con la titular del despacho; (vi) que la demandante se encontraba laborando en el Centro de Servicios Judiciales de Duitama cuando fue llamada por la señora **CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO**, titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja para desempeñarse como Oficial Mayor de tal despacho judicial; (v) que como lo demostró en su labor en los Juzgados de Duitama, la demandante era una persona muy puntual y dinámica (vi) que tenía una muy buena relación con la señora **CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO**, lo que se evidenciaba cuando salían a tomar café; (vii) que no tuvo conocimiento sobre la existencia de inconvenientes entre la demandante y la titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, solo hasta cuando se enteró del retiro del servicio que según la demandante obedeció a una decisión arbitraria de la nominadora; (viii) que no conoce los detalles de la desvinculación, pero que según lo manifestado por la demandante se presentaron algunas diferencias con la titular del despacho, por lo que finalmente fue retirada del servicio; (ix) que durante el tiempo que trabajaron en Duitama pudo observar que se trataba de una persona, organizada, puntual y dinámica, (x) que en esa época nunca tuvo ningún problema desde el área de secretaria, así como tampoco tuvo conocimiento de que hubiesen existido problemas con la Juez de Duitama; (x) que no tiene conocimiento de que las labores de la demandante hubiesen sido supervisadas por otro funcionario

- Declaración del señor **MARCO POLO FONSECA ÁLVAREZ**, quien sobre el particular sostuvo: (i) que según lo manifestado por la demandante, la titular del Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento la requirió para que presentara su renuncia porque tenía un compromiso con otra persona; (ii) que la demandante depende económicamente de su empleo por lo que no atendió a la solicitud de la renuncia; (iii) que según manifestaciones de la demandante, la titular del despacho empezó a acosarla laboralmente; (iv) que en ocasiones le comentaba que no sabía se renunciar, pero que en tal caso desatendería económicamente a su familia; (v) que cuando fue retirada del servicio la demandante entró en un choque psicológico al no contar con los recursos para ocuparse de su familia; (vi) que conoce a la demandante aproximadamente desde el año 2014, como compañera laboral, porque él trabaja en la Oficina de Apoyo Judicial de Tunja donde realiza el reparto de las demandas y se manejan los títulos judiciales; (vii) que en alguna oportunidad la demandante le pidió el favor de radicar una solicitud de documentos y que no se la querían recibir por orden de la juez; (viii) que él se acercó a radicar la solicitud pero que el secretario no se la quiso recibir, manifestando que se trataba de una orden de la titular del despacho; (x) que luego de insistir en varias oportunidades finalmente le recibieron la solicitud; (xi) que la demandante se encontraba vinculada como secretaria del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja; (xii) que dicha circunstancia le consta porque ella le recibía los documentos de la oficina judicial (xiii) que el señor GUSTAVO, compañero de ese juzgado, le manifestó que lamentaba el hecho de que la juez le hubiese pedido la renuncia a la demandante porque era muy buena empleada, pero que ella debía entender que la señora juez debía cumplir un compromiso muy grande para ubicar a otra persona ; (xiv) que en lo que le consta siempre la vio acuciosa atendiendo al público y desarrollando sus actividades; (xv) que al principio se llevaban muy bien todos los compañeros del despacho; (xvi) que al parecer los inconvenientes comenzaron a presentarse porque la señora juez tenía algún compromiso para ubicar a otra persona en el cargo que venía desempeñando la demandante; (xvi) que según lo manifestado por el señor GUSTAVO y conforme a lo comentado por la propia demandante es que la titular del despacho necesitaba el cargo por algún compromiso importante que tenía, de manera que las relaciones empezaron a deteriorarse debido a que la demandante no le presentó la renuncia.
- Declaración de la señora **NANCY SILVA CELY**, quien sobre el particular manifestó: (i) que conoció a la demandante en el mes de septiembre del año 2013; (ii) que en esa época la demandante ingresó a trabajar como comisaria de familia del Municipio de Beteitiva, donde la declarante fungía como personera municipal; (iii) que los compañeros de trabajo le tomaron bastante cariño a la demandante por su excelente desempeño laboral; (iv) que no tuvo conocimiento de la vinculación de la demandante con el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento por que para esa época no la conocía, (v) que en todo caso la misma demandante le comentó que había laborado en dicho despacho judicial; (vi) que durante su desempeño como comisaria de familia la demandante se desempeñó de manera idónea conforme a la ley.
- Declaración de la señora **ANA JUDITH BARRERA SALAMANCA**, quien sobre el particular manifestó: (i) que no le constan los hechos de la

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

demanda; (ii) que conoce a la demandante desde el año 2013, cuando aquella ingresó a laborar como escribiente del Juzgado Promiscuo Municipal de Topaga, donde la declarante fungía como secretaria; (iii) que no tuvo conocimiento de la vinculación de la demandante con el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento; (iv) que durante su vinculación como escribiente del Juzgado Promiscuo Municipal de Topaga, la demandante tenía a su cargo el cumplimiento de las providencias proferidas por el despacho; (v) que el comportamiento de la demandante siempre fue adecuado y no tuvieron ningún inconveniente personal ni laboral; (vi) que durante su vinculación como escribiente del Juzgado Promiscuo Municipal de Topaga, nunca recibió ningún llamado de atención, toda vez que siempre cumplió con sus funciones, desempeñándose como una buena trabajadora; (vii) que no hubo llamados de atención ni quejas entre los compañeros de trabajo o de parte de los usuarios.

- Declaración del señor **OSCAR JULIO LARA TELLO**, quien sobre el particular manifestó: (i) que no le consta la vinculación de la demandante con el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento; (ii) que en su condición de Juez Promiscuo Municipal de Topaga Boyacá, tuvo la oportunidad de observar el desempeño laboral de la demandante, quien estuvo vinculada como escribiente de dicho despacho judicial durante 20 días; (iii) que durante ese periodo el desempeño de la demandante fue normal, es decir, cumplió con sus funciones; (iv) que no se presentó ningún inconveniente laboral.
- Declaración del señor **RAFAEL ANTONIO CRISPÍN SÁNCHEZ**, quien sobre el particular manifestó: (i) que no puede definir el desempeño de la demandante porque nunca laboró con ella en el Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja; (ii) que únicamente la conoció en dicho despacho judicial porque en ocasiones tenía que llevarle algunos procesos; (iii) que la propia demandante le comentaba que la titular del despacho le llamaba la atención para que hiciera mejor las cosas.

El análisis conjunto de estas declaraciones permite arribar a las siguientes conclusiones:

- En primer lugar se advierte que los señores **CESAR AUGUSTO RINCÓN MEDRANO** y **MARCO POLO FONSECA ÁLVAREZ**, fueron enfáticos en señalar que la declaratoria de insubsistencia obedeció a que la nominadora tenía compromisos con otras personas; no obstante, según los propios declarantes, dichas afirmaciones tienen sustento en lo que les comentó la demandante, de manera que ninguno de ellos tuvo conocimiento directo de la situación, y por tanto, las referencias que hacen sobre el particular no tienen la virtualidad de demostrar la existencia de intereses personales de la nominadora, ajenos al buen servicio, máxime cuando las pruebas documentales analizadas en líneas anteriores evidencian la existencia de antecedentes del incumplimiento funcional aducido como fundamento de la desvinculación.
- En segundo lugar se observa que los señores **CESAR AUGUSTO RINCÓN MEDRANO**, **ÁNGELA LEONOR MUÑOZ ÁVILA**, **NANCY SILVA CELY** y **OSCAR JULIO LARA TELLO**, fueron concordantes en manifestar que la demandante se desempeñó con idoneidad en algunos cargos; sin embargo, ninguno de declarantes pudo dar razón específica

del cumplimiento de las funciones asignadas a la exservidora durante el tiempo en que se verificó la vinculación como Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, de manera que sus afirmaciones no son suficientes para desvirtuar las razones de buen servicio aducidas por la nominadora, sobre todo si se tiene en cuenta que ninguno de los referidos testigos tuvo la oportunidad de laborar dentro del despacho para tener conocimiento directo de las circunstancias que rodearon el retiro del servicio.

- Finalmente y en contraste con lo anterior, se evidencia que los señores **FLOR MARINA TRIANA DE PINEDA**, y **GUSTAVO GÓMEZ GÓMEZ**, en su condición de compañeros de trabajo de la demandante, realizaron algunas manifestaciones a partir de las cuales puede vislumbrarse que en efecto las razones por las cuales estaba inconforme la nominadora, se contraían a que la demandante no desempeñaba su trabajo en debida forma. En efecto, la señora **FLOR MARINA TRIANA DE PINEDA**, señaló que tuvo la oportunidad de escuchar a la demandante sobre el desarrollo de una tutela a su cargo, evidenciando algunas inconsistencias con respecto a los hechos aducidos por el tutelante en aquella oportunidad. Por su parte el señor **GUSTAVO GÓMEZ GÓMEZ**, manifestó que la propia demandante le comentó sobre las correcciones que le hacía la nominadora frente a su trabajo y que le había solicitado su renuncia por que el trabajo no se estaba haciendo como ella quería.

Bajo este contexto, para el despacho es claro que no existe prueba suficiente que permita evidenciar la existencia de intereses particulares en la desvinculación de la demandante, razón por la cual el cargo de desviación de poder alegado en la demanda no está llamado a prosperar.

5.3.3. Incumplimiento de los requisitos para el desempeño del cargo por parte de quien remplazó a la demandante:

En múltiples oportunidades el Honorable Consejo de Estado ha señalado que la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos de insubsistencia se desvirtúa cuando a diferencia del funcionario retirado, el remplazo no cumple los requisitos mínimos exigidos para el desempeño del cargo, entendiéndose que con ello se hace evidente el desmejoramiento del servicio pues de otra manera no tendría sentido que el ejecutivo exigiera una serie de requisitos y calidades para el correcto desempeño de un empleo determinado⁴¹.

En el caso concreto se advierte que, a través de Resolución No. 007 del 17 de julio de 2019 (fls. 745 -746), la señora **CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO**, en su condición de titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja con funciones de conocimiento, decidió nombrar en encargo por el termino de 2 meses a la señora **LILIANA PAOLA DIAZ FACHE** desempeñara el cargo de Oficial Mayor de dicho despacho judicial, en remplazo de la demandante, llevándose a efecto la correspondiente diligencia de posesión en esa misma fecha (fl. 42).

⁴¹ Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias:

- CE.2A. 23 Feb. 2012 Alfonso Vargas Rincón R: 76001-23-31-000-2001-01920-01(1757-09).
- CE.2A. 21 Abr. 2005. Ana Margarita Olaya Forero R: 25000-23-25-000-1999-04366-01(1480-04).
- CE.2A.28 Jul. 2005 Ana Margarita Olaya Forero R: No. 08001 23 31 000 1999 02598 01 (3133-04)
- CE.2B.12 Feb.2009 Bertha Lucía Ramírez de Páez. R: 25000-23-25-000-2002-00484-01(1961-06).

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Para esa fecha se encontraba vigente el Acuerdo No. PSAA06-3560 de 2006, por medio del cual se adecuaron y modificaron los requisitos para los cargos de empleados de Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios, determinando que para el desempeño de tales empleos debían acreditarse los siguientes requisitos generales: (i) Ser ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles; (ii) Tener definida la situación militar, para los varones; (iii) No encontrarse dentro de las causales constitucionales o legales de inhabilidad o incompatibilidad y (iv) acreditar los requisitos mínimos establecidos para desempeñar cada cargo

De igual forma se dispuso que para el cargo de Oficial Mayor o Sustanciador Nominado de Juzgado Municipal, debían cumplirse los siguientes requisitos específicos:

"Terminación y aprobación de todas las materias del pènsun académico que conforman la carrera de derecho y un (1) año de experiencia relacionada o haber aprobado tres (3) años de estudios superiores en derecho y tener tres (3) años de experiencia relacionada"

Ahora, una vez examinada la hoja de vida de la señora **LILIANA PAOLA DIAZ FACHE**, nombrada en remplazo de la demandante (fls.661 -783), el despacho advierte que cumple a cabalidad las referidas exigencias, tal como se advierte en el siguiente cuadro comparativo:

REQUISITO	ACREDITACIÓN EN EL CASO DE LA SEÑORA LILIANA PAOLA DIAZ FACHE
Ser ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles	Dentro de la hoja de vida obra copia de la Cédula de Ciudadanía, sin que exista prueba de alguna interdicción de los derechos ciudadanos (fls. 757)
Tener definida la situación militar, para los varones	No aplica, por tratarse de una persona del género femenino.
No encontrarse dentro de las causales constitucionales o legales de inhabilidad o incompatibilidad	Dentro del plenario no obra prueba de inhabilidad incompatibilidad
Acreditar los requisitos mínimos establecidos para desempeñar cada cargo, cuales son: <i>terminación y aprobación de todas las materias del pènsun académico que conforman la carrera de derecho y un (1) año de experiencia relacionada o haber aprobado tres (3) años de estudios superiores en derecho y tener tres (3) años de experiencia relacionada"</i>	Dentro de la hoja de vida obra título de abogado obtenido el 27 de febrero de 2009 (fl. 785), es decir con anterioridad al nombramiento. De igual forma, entre otros documentos de experiencia laboral, obra el certificado de fecha 3 de agosto de 2011 (fl. 780), expedido por el Coordinador de Gestión y Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, donde se advierte que la señora LILIANA PAOLA DIAZ FACHE, desempeño diversos cargos relacionados en la Rama Judicial por más de un año.

Entonces, como la señora **LILIANA PAOLA DIAZ FACHE**, nombrada en remplazo de la demandante, cumplía con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo, los argumentos expuestos en la demanda sobre el desconocimiento de los mismos, no están llamados a prosperar.

5.3.4. Ausencia de información sobre los recursos procedentes:

En el acto de insubsistencia, contenido en la Resolución No. 006 de fecha 16 de julio de 2013 (fls. 29 – 30), se indicó que no procedía recurso alguno, por lo que finalmente al momento de la notificación no se indicó la existencia de medios de impugnación procedentes.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

No obstante, el hecho de que no se hayan indicado los recursos que procedían contra el acto particular, no trae consigo su invalidez, pues la única consecuencia que ello generaría sería habilitar al interesado para acudir directamente ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, es decir, sin el previo agotamiento de los recursos en sede administrativa; veamos:

El artículo 67 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que en la diligencia de notificación de los actos administrativos particulares deben indicarse los recursos procedentes.

A su vez, el artículo 72 ibídem, señala que sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o interponga los recursos legales.

Entre tanto, el artículo 161 ejusdem, consagra que cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios, agregando que si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito y por consiguiente los interesados podrán acudir directamente ante la jurisdicción.

Como puede verse, la ausencia de información sobre los recursos procedentes, constituye un defecto en la notificación del acto, que le permite al interesado acudir directamente ante la jurisdicción para ejercer el control de legalidad, es decir, sin el previo agotamiento de los medios de impugnación en sede administrativa, pues se entiende que en tales eventos las autoridades no han dado la posibilidad de ejercerlos.

En este sentido, se pronunció el Honorable Consejo de Estado bajo las normas contenidas en el anterior Código Contencioso Administrativo, donde se consagraban las mismas previsiones normativas que hoy trae la Ley 1437 de 2011, sobre el particular:

"En el evento de que un acto sea susceptible del recurso de apelación, que no es éste el caso, y no se informe del mismo al notificado del acto, ello no afecta la validez del acto administrativo sino su eficacia en la medida en que puede incidir en la validez de la notificación del mismo, a menos que se dé la notificación por conducta concluyente; y de todas formas, esa omisión habilita al interesado a demandar directamente el acto, es decir, lo libera de la carga procesal de agotar la vía gubernativa, atendiendo el artículo 135, último inciso, del C.C.A. en cuanto dispone que "si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos." ⁴².

Bajo este contexto, el hecho de que no se hayan señalado los recursos procedentes, no implica la ilegalidad del acto demandado, de tal suerte que el cargo no está llamado a prosperar.

⁴² C.E.1 Oct. 25 de 2007, R Osteau de la Font Pianeta, R-63001-23-31-000-2001-00922-01 Pagina Web Rama Judicial Colombia-Consejo de Estado.

5.3.5. Quebrantamiento del derecho que tiene la demandante a ser inscrita extraordinariamente en el escalafón de carrera administrativa conforme a lo previsto en el Acto Legislativo No. 001 de 2008:

El Acto Legislativo No. 001 de 2008, adicionó el artículo 125 de la Constitución Política con un párrafo transitorio donde se estableció que durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementaría los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continuaran desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones se previó para los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término debía encargarse de adelantar los trámites respectivos de inscripción.

No obstante, dicha normativa fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, con efectos retroactivos, a través de la sentencia C-588 del 27 de Agosto de 2009, al considerar, entre otros aspectos, que con este nuevo párrafo operaría una inadmisibles sustitución parcial y temporal de la constitución, especialmente en materia del régimen de carrera administrativa.

Por consiguiente para el despacho es claro que el cargo bajo estudio tampoco se encuentra llamado a prosperar, pues la norma que le sirve de sustento fue excluida del ordenamiento jurídico de manera definitiva, y con efectos retroactivos, lo que significa que a partir de ella no pueden estructurarse derechos de carrera para ningún servidor provisional en ningún tiempo.

5.3.6. Desconocimiento del fuero de especial protección que ampara a la demandante, dada su condición de madre cabeza de familia:

La Corte Constitucional ha señalado que cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 de la CP), como ocurre con las madres o padres de familia, puede llegar reconocerse una garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que dicha protección no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra⁴³.

Ahora bien, para demostrar la condición de madre o padre cabeza de familia, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado que debe acreditarse los siguientes presupuestos⁴⁴: (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o

⁴³ Sentencia SU691/17 y SU-388/05,

⁴⁴ Sobre este aspecto pueden consultarse las siguientes providencias de unificación: Sentencia SU-388/05, donde se alude a la extensión de padre cabeza de familia en el caso de los hombres. Sentencia SU-697/17, donde se reseñan los presupuestos para acreditar la condición de cabeza de familia. De Igual forma pueden consultarse las siguientes sentencias de tutela donde se hace

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria del padre o la madre para sostener el hogar. De igual forma se ha dispuesto: (i) que es indispensable el total abandono del hogar por parte de la pareja y de las responsabilidades que le corresponden como padre; (ii) que el estado civil es irrelevante a la hora de determinar si el interesado es o no cabeza de familia y (iii) que la declaración ante notario a que hace referencia el parágrafo del artículo 2º de la Ley 82 de 1993, no es una prueba necesaria para acreditar la condición de cabeza de familia, pues dicha calidad no depende de esta clase de formalidades, sino de los presupuestos fácticos del caso concreto.

En el caso concreto, se encuentra acreditado que la demandante es madre de tres hijas llamadas LAURA LORENA MERCHAN CABRA, ANGELA PATRICIA MERCHAN CABRA Y MARIA PAULA MERCHAN CABRA, nacidas los días 8 de diciembre de 1990, 5 de septiembre de 1995 y 24 de agosto de 1999, respectivamente (fls. 128 - 130), de manera que para la fecha de la insubsistencia, que tuvo lugar el 16 de julio de 2013, eran menores de edad las dos últimas.

Con todo, en los Registros Civiles Correspondientes aparece como padre el señor PABLO ANTONIO MERCHAN RODRÍGUEZ (fls. 128 - 130), con quien la demandante afirmó tener una sociedad conyugal vigente, al menos para el 4 de julio de 2012, tal como se desprende de la declaración juramentada de bienes, obrante folio 51 del cuaderno contentivo de su hoja de vida, circunstancia encuentra respaldo adicional en la declaración del señor OSCAR JULIO LARA TELLO, quien sobre el particular manifestó que la familia de la demandante estaba conformada por sus tres hijas y su esposo o compañero Juan Pablo.

Bajo este panorama, para demostrar su condición de madre cabeza de familia la demandante debía acreditar que existía una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, esto es, su responsabilidad solitaria para sostener el hogar; sin embargo, dentro del plenario no obra prueba fehaciente sobre dicha circunstancia, por lo que en esta oportunidad no puede predicarse la condición de sujeto de especial constitucional alegada, conllevando a la improsperidad del cargo bajo estudio.

5.4. DECLARATORIA DE NULIDAD DEL ACTO DEMANDADO, RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

De conformidad con lo analizado hasta el momento, el despacho advierte que el único cargo llamado a prosperar en esta oportunidad es el relativo a la insuficiencia de motivación del acto demandado, circunstancia que basta para declarar la nulidad deprecada, entendiéndose desatadas de manera desfavorable las excepciones formuladas por la defensa, razón por la cual se torna procedente examinar los efectos de restablecimiento del derecho y reparación del daño que proceden; veamos:

extensiva la condición a los padres cabeza de familia Extensión de la protección al padre cabeza de familia (S. C-1039/03, SU.389/05, T-556/06, T-592/06, C-989/06, T-1211/08, T-176/10, T-488/11, T-561/13, T-400/14, T-084/18)

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A partir de la sentencia de fecha 29 de enero de 2008, proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, con ponencia del Doctor JESUS MARIA LEMOS BUSTAMANTE, dentro del proceso radicado bajo el No. 76001-23-31-000-2000-02046-01(1153-04), se retomó la tesis referente a que el restablecimiento del derecho derivado de la nulidad de los actos administrativos de retiro del servicio de empleados públicos, debía consistir en el reintegro al cargo que ocupaba u otro de igual o superior jerarquía, así como el reconocimiento y pago de los salarios y demás acreencias laborales dejadas de percibir desde el retiro, hasta que se hiciera efectiva la revinculación, sin descontar los dineros percibidos por otras actividades. En aquella oportunidad, se indicó textualmente lo siguiente:

"En esta ocasión la Sala se abstendrá de ordenar el descuento de lo percibido por la actora por concepto de salarios recibidos de otras entidades públicas, rectificando así el criterio jurisprudencial mayoritario que sostuvo la Sección Segunda de esta Corporación, por las siguientes razones:

Indudablemente el artículo 128 de la Carta Política prohíbe a los servidores públicos desempeñar simultáneamente más de un empleo público o recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la Ley.

Empero de esta preceptiva no puede deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo al decidir a su favor la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por él impetrada.

El pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, vale decir, en estos casos el restablecimiento del derecho se traduce en la indemnización de los perjuicios irrogados por el acto ilegal.

La remisión que se hace a los salarios dejados de percibir se utiliza sólo como mecanismo indemnizatorio, como medida o tasación de la indemnización, tal como se emplea en otras ocasiones el valor del grammo oro o el del salario mínimo. Se acude a él porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido y este se tasa con base en los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

Cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente.

Si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado este valor no debe descontarse porque su causa es diferente, la efectiva prestación del servicio como empleado público

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Como el pago impuesto en la condena no tiene por causa la prestación del servicio sino el daño causado por el retiro ilegal no tiene la connotación de asignación laboral dirigida a remunerar el servicio prestado y, por ende, no debe considerarse incurso en la prohibición establecida por el artículo 128 de la Carta Política.

El pago de las acreencias dejadas de percibir, tiende, se insiste, a resarcir al empleado público por el daño causado al ser despojado de su condición por la actuación viciada

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de la autoridad que irregularmente interrumpió su vínculo laboral, perjuicio que se compensa con la decisión judicial que ordena pagarle, debidamente indexados, los salarios y prestaciones de los que fue ilegalmente privado, previas las deducciones de ley.

El artículo 128 de la Constitución tiende a impedir la vinculación simultánea en dos empleos públicos, supuesto fáctico que no se tipifica en este caso porque en situaciones como la descrita el afectado sólo ha desempeñado en verdad un empleo, aquel que obtuvo después de la desvinculación ilegal, y lo que ordena el juez es que, como ficción legal, vuelvan las cosas al estado anterior, con el objeto de reparar el daño causado, considerando que no estuvo separado del cargo del cual fue retirado, para efectos salariales y prestacionales. No puede aceptarse la tesis de que existe enriquecimiento sin causa por el pago de salarios y prestaciones como consecuencia del reintegro, habida cuenta de que el empleo cuyo pago se ordena efectivamente no se desempeñó, porque la razón del reconocimiento de estos valores es el perjuicio irrogado al servidor por la administración al despedirlo ilegalmente, dado que el servicio en verdad no se prestó. Los salarios y prestaciones se deberán pagar por el tiempo en que legalmente hubiera permanecido el servidor público en el cargo, teniendo en cuenta las situaciones laborales específicas como la supresión posterior del empleo, empleos de período fijo, edad de retiro forzoso, reintegro posterior al cargo, haber alcanzado el estatus de pensionado, etc..

Finalmente, como en este caso la demandante recibió una indemnización como consecuencia del retiro por ostentar derechos de carrera, la entidad demandada deberá descontar su monto, debidamente indexado, del total de las condenas aquí impuestas. La indemnización recibida compensaba el perjuicio inferido por el retiro que se presumía legal y aquí lo que se ordena pagar es el daño causado tras comprobar la ilegalidad del acto de retiro, por ello no puede aceptarse que no es posible ordenar su reparación por cuanto la demandante recibió ya la indemnización pero sí debe descontarse de la reparación ahora ordenada la suma recibida por la supresión del cargo.

La determinación de no ordenar los descuentos por el período comprendido entre la remoción por el acto cuya nulidad se decreta y el reintegro exige una adecuada y rigurosa valoración probatoria por parte del juez, de acuerdo con las especificidades de cada caso particular con base en los criterios de razonabilidad y equidad.

Así las cosas, la sentencia objeto de alzada, que negó las pretensiones de la demanda, habrá de revocarse”.

Como puede verse, en aquella oportunidad el Máximo Órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, consideró que una vez desvirtuada la presunción de legalidad del acto de retiro, debía ordenarse el reintegro del servidor, así como el reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir desde el retiro, hasta que se hiciera efectiva la reincorporación, sin descontar los dineros percibidos como consecuencia de actividades desarrolladas en otras entidades, argumentando que no se configuraba una doble asignación del tesoro público, debido a que el pago ordenado en este tipo de sentencias constituía una indemnización por el daño sufrido como consecuencia de la desvinculación, mas no de salarios y prestaciones propiamente dichos.

En criterio de la Honorable Corporación, cuando se dispone el reintegro de un trabajador con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo las cosas vuelven a su estado anterior, como si durante el tiempo en que estuvo cesante hubiera estado efectivamente prestando el servicio y devengando el salario correspondiente, de manera que si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado, este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, y está dada por la efectiva prestación del servicio como empleado público

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Posteriormente, mediante sentencia de unificación SU-556 de 2014, la Honorable Corte Constitucional, estableció las siguientes reglas sobre los efectos de la nulidad por indebida motivación de actos administrativos de retro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad:

"3.6.3. Del anterior recuento jurisprudencial de las distintas etapas, encuentra esta Corte que se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. No obstante, en cuanto hace a las medidas de restablecimiento, se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla.

3.6.3.1. Como se ha mostrado, el primero de esos criterios alude a que la orden de pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación hasta que se efectuara el reintegro al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, sólo surte efectos hasta el momento en el que el respectivo cargo hubiere sido provisto a través de concurso de méritos. Esta regla de decisión parte de la consideración conforme a la cual carece de soporte la orden de pagar salarios y prestaciones por un periodo en el cual el servidor público ya se encontraría desvinculado del cargo por una decisión ajustada a la Constitución y a la ley, esto es, porque el cargo que ocupaba en provisionalidad ya habría sido provisto mediante concurso.

El segundo, por su parte, alude al eventual descuento que debe ordenarse a la suma total correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, cuando la persona afectada con el retiro discrecional haya recibido otras sumas del tesoro público por virtud de su desempeño en otros cargos de naturaleza pública durante el interregno que estuvo desvinculada.

Finalmente, conforme a un tercer criterio, aplicado en un solo caso por la Sala Cuarta de Revisión, en la Sentencia T-961 de 2011, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir solo se ordena en sede constitucional, a partir del momento en el que se presentó la acción de tutela.

3.6.3.2. El anterior recuento muestra que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tema de la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, se ha manifestado la existencia de una tensión constitucional entre, por un lado, el alcance de las medidas de protección de quien ha sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro, la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.

Esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el ámbito de lo que pudiera considerarse como reparación o compensación por el efecto lesivo del acto de desvinculación. En esa línea, cabe señalar que los remedios hasta ahora ensayados por la Corte, si bien ofrecen una respuesta parcial, y, ciertamente, marcan un derrotero en la consideración del asunto, resultan claramente insuficientes. Así, la decisión de limitar el pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que el respectivo empleo haya sido provisto mediante concurso, si bien responde a una lógica impecable, no resulta suficiente desde el punto de vista de la equidad, porque no ofrece respuesta para los eventos, que son muchos, en los que la convocatoria de los concursos se dilata indefinidamente en el tiempo. En esas hipótesis, quien hubiese sido desvinculado sin motivación estando en provisionalidad en un cargo de carrera, continuaría acumulando salarios y prestaciones, por periodos no laborados, durante todo el tiempo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, si fuere del caso, la constitucional, tardase en resolver de manera definitiva el asunto.

...(...)...

3.6.3.3. En este orden de ideas, cabe señalar que el fundamento para la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, no puede tenerse como una consecuencia automática de la nulidad del acto de desvinculación porque, si bien, en general, el resultado de la nulidad es la de que las cosas se retrotraen hasta el momento en el que se produjo el acto invalidado, tal efecto no es posible en este caso, puesto que, aunque sería posible disponer el pago retroactivo del salario, no es posible hacer lo propio con la prestación del servicio. Si el salario está indisolublemente ligado a la prestación del servicio, en ausencia de éste, desaparece la causa para el pago de aquel.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En este evento, es forzoso concluir que, si los salarios dejados de percibir no se pueden concebir como un pago retroactivo del servicio, porque éste no se prestó y ya no es posible su prestación, sólo cabe interpretar que el pago se dispone como una modalidad de indemnización de perjuicios. Sin embargo, como pasa a explicarse, esta aproximación conduce a un resultado claramente desproporcionado y, por consiguiente, contrario a principios constitucionales y legales de indemnización, que establecen que "dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."

3.6.3.4. En principio, cabe considerar que la declaratoria de nulidad del acto y la orden de reintegro buscan proteger la estabilidad laboral del servidor público vinculado en provisionalidad, esto es, su expectativa de permanecer en el empleo, al menos, hasta cuando el mismo fuese provisto mediante concurso. Consecuentemente, lo que se debe indemnizar es el daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró esa expectativa de estabilidad. El problema que surge de la aproximación que hasta el momento se ha manejado en la jurisprudencia, se origina en el hecho de que la indemnización se vincula, primero, al tiempo que la persona emplee en acudir a la justicia ordinaria y a la constitucional y, luego, al tiempo que ésta demore en resolver el asunto.

3.6.3.5. Por el contrario, una aproximación orientada en la finalidad de evitar la desproporción que surge de la aplicación indiscriminada de la orden de reintegro y pago de salarios y de prestaciones, concordante con el texto de la Carta Política, debe analizar la indemnización que se da a título de restablecimiento desde la perspectiva de los principios de equidad y de reparación integral.

En ese contexto, es menester tener en cuenta que la extensión del daño indemnizable viene limitada por dos factores. El primero tiene que ver con el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que, si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dicho funcionario tiene una estabilidad relativa, es claro que no puede abrigar una expectativa de permanencia indefinida en el cargo. De este modo, aun cuando en la práctica, en contravía con expresa disposición legal, los nombramientos en provisionalidad se extienden en el tiempo y pueden tener una duración de varios años, al menos para efectos indemnizatorios es posible concluir que el nombramiento en provisionalidad no puede generar una expectativa de estabilidad que vaya más allá de la que, de acuerdo con el ordenamiento legal, pueda tener una persona que ha sido vinculada en dicha modalidad. El segundo factor que limita la extensión de lo que puede considerarse como un daño indemnizable, tiene que ver con una consideración de carácter general, sobre la responsabilidad que le cabe a cada persona en la generación de los recursos necesarios para atender sus requerimientos vitales, sin que sea de recibo la actitud de quien, ante la pérdida del empleo, omite injustificadamente la realización de las actividades imprescindibles para la auto-provisión de recursos.

...(...)

3.6.3.9. En los términos anteriores, no resulta apropiado asumir, para efectos de la indemnización, que la cuantificación de la misma deba hacerse a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario. Ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos. Este primer punto, lleva a la conclusión de que restablecer el derecho a partir del pago de todos los salarios dejados de percibir entre la desvinculación y el reintegro, desconoce el principio de la reparación integral que exige la indemnización del daño, pero nada más que el daño; puesto que excede las expectativas legítimas para la protección del bien jurídico que fue lesionado por el acto.

3.6.3.10. En cuanto al segundo criterio que limita la cuantificación del daño derivado de la desvinculación sin motivación de un servidor público que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera, la solución que fija como indemnización los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo, resulta claramente incompatible con el conjunto de principios y derechos que orientan el Estado Social y Constitucional de Derecho.

Para la Corte es claro que una indemnización así concebida resulta excesiva en los términos de los artículos 1º y 25 de la Constitución Política. Ello por cuanto, con base en los mismos, no es posible presumir que la persona permaneció cesante durante todo el tiempo que demoró la justicia en resolver el conflicto jurídico. Por el contrario, se debe asumir que, como parte activa de un Estado Social de Derecho, esa persona contribuyó al desarrollo de la sociedad, en la medida en que ese concepto parte de la consideración de que el individuo es, en principio, capaz de auto sostenerse, y como tal, tiene la carga de asumir su propio destino, siendo excesivo y contrario a la equidad, indemnizarle como si desde el día de su desvinculación hubiere cesado de cumplir la carga de su auto-sostenimiento, y ésta se hubiere trasladado al Estado, quien fungía como empleador.

En efecto, la pretensión de que se proyecte de manera indefinida el pago del salario que en algún momento percibió el actor, pero que desde un inicio no tenía vocación de permanencia,

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

en realidad no constituye una manera de satisfacer el derecho al trabajo cuya vulneración se alega.

...(...)

De este modo, la solución que fija como indemnización el pago de salarios desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, no solo desnaturaliza el derecho al trabajo, sino que además contraviene los principios estructurales sobre los cuales se edifica el Estado Constitucional y Social de Derecho, y en particular, la dignidad humana, el principio general de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

3.6.10.5. Así, es claro que, para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, resulta ser una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la Ley, que puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Ello por dos razones fundamentales. Inicialmente, por cuanto el servidor público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas. Además, porque, constitucionalmente, en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga consigo misma, y no pretender trasladarla a su empleador, adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos. Entonces, no es posible presumir que el daño causado se proyecte sobre la totalidad del tiempo transcurrido desde la desvinculación hasta la decisión judicial de reintegro, ni que al servidor público afectado se le deban pagar los salarios dejados de percibir por un servicio que es imposible que preste en esa entidad hacia el pasado, y que, en contraste, sí pudo haber prestado en otra institución de la sociedad.

3.6.3.11. Por lo anterior, se concluye que el daño que verdaderamente se le causa al administrado es la pérdida del empleo, en la forma de lucro cesante en tanto se refiere a "un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima". Al evaluarlo de acuerdo con los parámetros legales, se encuentra que para que exista una verdadera reparación integral, es decir una indemnización del daño y nada más que el daño, se debe evaluar su expectativa de permanencia en el cargo, unida a la estabilidad laboral propia del cargo de carrera nombrado en provisionalidad y la carga que le correspondía de asumir su propio auto-sostenimiento y el de sus dependientes.

...(...)

retomando los avances jurisprudenciales a los que se ha hecho expresa alusión, es posible acudir a una fórmula en la que el valor de la indemnización se aproxime lo más posible al daño efectivamente sufrido por la persona.

3.6.3.13.1. En efecto, como ya se señaló, la jurisprudencia constitucional ha venido evolucionando en la dirección de vincular el monto de la indemnización a que tiene derecho el servidor público que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es retirado sin motivación, con el daño efectivamente sufrido por éste. Dicho daño debe corresponder necesariamente a lo dejado de percibir durante el tiempo en que ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado, debiéndose considerar también, para efectos de que haya lugar a una verdadera reparación integral y se evite el pago de una indemnización excesiva, la expectativa de permanencia y estabilidad laboral propia del cargo de carrera provisto en provisionalidad, y la carga que le corresponde a la persona de asumir su propio auto-sostenimiento.

3.6.3.13.2. En ese contexto, desarrollando los criterios fijados por la Corte en la SU-691 de 2011, estima la Sala que la fórmula que resulta aplicable al caso de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad y son desvinculados sin motivación, es la de disponer que su reintegro se realice **sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de los salarios y prestaciones efectivamente dejados de percibir.** Cabe entender que el salario se deja de percibir, cuando, por cualquier circunstancia, una persona se ve privada de la posibilidad de generar un ingreso como retribución por su trabajo, de manera que, cuando quiera que la persona accede a un empleo o a una actividad económica alternativa, deja de estar cesante, y, por consiguiente, ya no "deja de percibir" una retribución por su trabajo.

Siendo ello así, como quiera que sólo cabe indemnizar el daño efectivamente sufrido y tal daño es equivalente a lo dejado de percibir, **de la suma indemnizatoria es preciso descontar todo lo que la persona, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, bien sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.**

3.6.3.13.3. De esta forma, la Corte amplía las reglas de decisión que se han venido adoptado en la materia, particularmente en lo que tiene que ver con la orden relativa al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir y la previsión aplicada de descontar de dicho pago lo que la persona desvinculada hubiese percibido del Tesoro Público por concepto del desempeño de otros cargos públicos durante el tiempo que estuvo desvinculada. Así, conforme con la nueva lectura,

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

la regla de decisión se extiende, en esas circunstancias, a descontar la remuneración que recibe la persona desvinculada, no solo del tesoro público sino también del sector privado, ya sea como trabajador dependiente o independiente.

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 extiende 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.

3.6.3.13.7. Para establecer el promedio de la duración del desempleo, se tomaron como referencia dos estudios que permiten estimar el funcionamiento de dicha variable en el mundo y en el país. El primero de ellos fue realizado y publicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 21 de enero de 2014, titulado *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, en el cual se reflejan diversos indicadores mundiales y regionales sobre el mercado laboral. En particular, sobre el indicador de la duración del desempleo en algunas economías, advierte que, cuando se trata del desempleo de larga duración, el promedio para conseguir trabajo es por lo menos de 12 meses, mientras que frente al desempleo de corto o mediano plazo, el tiempo promedio para ubicarse laboralmente es de aproximadamente 4,5 meses.

El segundo estudio evaluado es la investigación adelantada por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, titulada "Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006", la cual, a partir de un análisis no paramétrico, define también estándares sobre la duración del desempleo en el país. Con base en la Encuesta Continua de Hogares del segundo trimestre del año 2006, en dicha investigación se destaca que en Colombia predomina el desempleo de larga duración, sobre la base de considerar que el 54% de la población se demora un periodo superior a los 12 meses para conseguir empleo. De igual manera, con un enfoque de género, se explica que el 50% de los hombres consigue empleo a los 8 meses o menos de encontrarse desocupados, mientras que las mujeres necesitan por lo menos 18 meses para lograr dicho objetivo. En este mismo sentido, encuentra el estudio que el comportamiento de esos resultados puede variar significativamente cuando los desempleados utilizan canales formales o informales para la búsqueda de trabajo, de manera que el 75% de los que utilizan herramientas formales han salido del desempleo a los 12 meses, mientras que los que acuden a la informalidad ocupa un mayor tiempo para emplearse.

3.6.3.13.8. 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".

Nótese que a diferencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional estableció límites específicos frente al restablecimiento del derecho derivado de la nulidad de actos administrativos mediante los cuales se dispone el retiro de empleados nombrados en provisionalidad, en función de las expectativas temporales que se predicen respecto de quienes se encuentran vinculados bajo esta modalidad y atendiendo a los principios de reparación integral, equidad y proporcionalidad, a fin de lograr una indemnización acorde con el daño sufrido, evitando

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

reconocimientos indefinidos en el tiempo que no se acompasan con la transitoriedad de dichas relaciones laborales.

La Corte Constitucional explicó que en estos casos la administración debe realizar el pago, sin haber recibido la prestación del servicio, de manera que, nunca será posible volver las cosas a su estado anterior, esto es, como si nunca se hubiese dado el retiro del servidor, quien recibe la indemnización, pero no puede ser obligado desempeñar su labor hacia el pasado, por lo que mantener los pagos de manera indefinida en el tiempo resulta desproporcionado e inequitativo para la entidad pública, máxime cuando la controversia frente a la legalidad del acto puede tardarse varios años en resolverse debido a la congestión judicial, sumado a que el particular desvinculado tiene el deber de buscar los medios para obtener su propia subsistencia, conllevando a que en la mayoría de los casos no permanezca cesante durante todo el periodo.

Pues bien, en esta oportunidad el despacho, atendiendo al principio de independencia y autonomía judicial acogerá los parámetros de unificación fijados por la Corte Constitucional, principalmente porque consultan la realidad jurídica de los empleados provisionales, que como bien lo señala la Honorable Corporación, cuentan con una expectativa temporal de permanencia en el servicio, y por tanto, no pueden pretender una indemnización que se extienda indefinidamente en el tiempo, lo cual en efecto atentaría contra los principios de proporcionalidad y equidad protegidos constitucionalmente., máxime cuando en estos casos la administración realiza el pago sin haber recibido el servicio, de tal suerte que, a diferencia de lo señalado por el Consejo de Estado, nunca podrían volverse las cosas a su estado anterior, esto es, como si nunca se hubiese dado el retiro del servidor, quien recibe el pago, pero no puede ser obligado a desempeñar su labor hacia el pasado.

De otro lado, ha de tenerse en cuenta que en sede de tutela, las distintas Secciones del Consejo de Estado han avalado la aplicación de los parámetros fijados por la Corte Constitucional, bien por su categoría unificadora⁴⁵, o bien aplicando el principio de autonomía e independencia judicial ante la diversidad de criterios existentes⁴⁶.

En consecuencia en esta oportunidad el despacho ordenará a la entidad demandada que a título de restablecimiento del derecho proceda a reintegrar a la demandante al empleo que venía desempeñando, siempre y cuando no haya sido provisto mediante concurso, ni haya sido suprimido o la servidora no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

⁴⁵ Dentro de las sentencias que avalan el criterio de la Corte Constitucional por su categoría de unificación, se encuentran las siguientes:

- C.E.3. B. - 2 de mayo de 2019, C.P. Alberto Montaña Plata R: 11001-03-15-000-2019-01242-00(AC).
- C.E.4.-24 de abril de 2019, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto R: 11001-03-15-000-2018-04648-00(AC)
- C.E.4-18 de octubre de 2018, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto R: 11001-03-15-000-2018-00064 01(AC).
- C.E.5.-26 de Julio de 2018, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio R: 11001-03-15-000-2017-02735-01(AC).
- C.E.4.-21 de junio de 2018, MILTON CHAVES GARCÍA R: 11001-03-15-000-2017-03110-01(AC).
- C.E.4.-8 de febrero de 2018, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto R: 11001-03-15-000-2017-0081701(AC).
- C.E.1.-2 de junio de 2016, C.P. María Claudia Rojas Lasso, R: 11001-03-15-000-2016-00978-00(AC).

⁴⁶ Dentro de las sentencias que avalan el criterio de la Corte Constitucional en virtud del principio de la autonomía e independencia judicial, pueden consultarse las siguientes:

- C.E.1-28 de febrero de 2019, Oswaldo Giraldo López, R: 11001-03-15-000-2019-00338-00(AC)
- C.E.1.-14 de febrero de 2019, Roberto Augusto Serrato Valdés, R: 11001-03-15-000-2019-00126-00(AC).
- C.E.1.-28 de febrero de 2019, OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, R: 11001-03-15-000-2019-00338-00(AC)

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De igual forma, a título indemnizatorio, la entidad deberá 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 demandante, sin que en todo caso el valor a pagar por concepto de indemnización pueda ser inferior a seis (6) meses o pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

El pago de los salarios y prestaciones sociales habrá de reajustarse en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

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

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de la desvinculación del servicio, 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 sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

Ahora bien, en cuanto a los perjuicios morales reclamados en la demanda, el despacho considera procedente traer a colación la providencia de fecha 20 de febrero de 2018, proferida por la Sala de Decisión No. 4 del Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, con ponencia del Doctor JOSÉ ASCENSIÓN FERNÁNDEZ OSORIO, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho 15001-33-33-002-2010-00210-01, adelantado por la señora MYRIAM ESPERANZA SÁNCHEZ GUARIN, contra la UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA COLOMBIA, donde textualmente se indicó lo siguiente frente al reconocimiento de este tipo de indemnizaciones:

*"En efecto, aunque es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, pues no solo es necesario ponderar la manera cómo el trabajador se vio afectado en su fuero interno y cómo la actividad del empleador lo lesionó injustificadamente sino que además **deben PROBARSE los daños de orden inmaterial ocasionados por el hecho del despido**; lo cual, en el sub lite no tuvo ocurrencia, pues el censor, ni siquiera examinó su argumentación a tal demostración por la vía que correspondía, esto es, por la fáctica, solamente limitó su actuar a traer consigo testimonios en los que se indicaban los perjuicios económicos que tuvo que soportar luego del despido, teniendo que acudir a pedir préstamos económicos para suplir sus necesidades y las de su familia, pero sin que se probara evidentemente de qué forma se vio algún tipo de afectación moral, la cual, como se dijo en líneas anteriores, los perjuicios morales en materia laboral no se contraen exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo.*

Ello, por cuanto se reitera, que los perjuicios morales no se configuran por el hecho mismo del despido, a menos que dicho suceso esté asociado a conductas que en verdad provoquen un menoscabo en el patrimonio moral del trabajador. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al referirse a un caso similar en el que se solicitaba el pago por concepto de daños morales en un despido laboral refirió:

"En relación con los perjuicios morales se ha de indicar que la Sala ha admitido que estos se pueden configurar en materia laboral con ocasión de la terminación de la relación contractual (sentencia de 12 de diciembre de 1996, rad. N° 8533), pero, se ha de resaltar, no por el despido mismo; ciertamente esta es una vicisitud contractual que no tiene la virtualidad de afectar el patrimonio moral del trabajador sino cuando

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

el acto del despido esté asociado con conductas del empleador que generen un verdadero menoscabo del patrimonio moral del trabajador que debe ser indemnizado. Esto es, la configuración de los perjuicios morales no se deriva de la simple terminación del vínculo laboral, aun teniendo presente las consecuencias normales en el estado de ánimo del contratante, sino que debe estar ligada a circunstancias graves que causen un real daño de índole moral como lo sería la imputación injustificada de conductas delictivas, contrarias a la moral o la ética que afecten la honra o el buen nombre, etc.

Esta Sala, como Tribunal de instancia, desestima la existencia de daño moral por ausencia de agravio de parte de la entidad demandada. No desconoce la Sala la afectación de la salud emocional del actor, pero esto es un mal que por sí mismo no se constituye en ofensa causada por el empleador. No existe en el sub lite la relación de causalidad suficiente entre el ultraje a un interés legítimo y la aflicción moral, esto es, entre el atentado contra la estabilidad laboral y la afectación psicológica. (...)

Así, entonces, el dolor del actor, que según se indica en la demanda se deriva de la carencia de "ingresos para responder por las obligaciones familiares, sociales, civiles y comerciales" los que antes obtenía de su trabajo, el cual era su única fuente de sostenimiento, no tiene relación directa con el despido y por tanto no puede ser atribuido a la actuación injusta del empleador".

Descendiendo al caso sub examine, se advierte que para demostrar el daño moral se solicitó los testimonios de tres personas, los cuales fueron recepcionados en el término probatorio correspondiente (fl. 552-559 Y 569-571); sin embargo, dichos testimonios, no fueron suficientes para probar la forma como se vio afectada la demandante con el despido, hecho que diera lugar a resarcimiento por daños morales. Por regla general, a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho. Es este postulado un principio procesal conocido como 'onus probandi, incumbit actori', asimismo el deber del demandado de probar los hechos que sustentan su defensa, obligación que igualmente se recoge en el aforismo 'reus, in excipiendo, fit actor'. Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia y esta Corporación ha avalado los indicios como un medio de prueba para su configuración".

Como puede verse, aun cuando es obvio que toda pérdida del empleo produce en el individuo frustración, tristeza o sentimientos negativos, lo cierto es que dicha circunstancia por sí misma no es suficiente para estructurar los perjuicios morales, sino que por el contrario, se requiere que la desvinculación esté ligada a la existencia de circunstancias graves que causen un real daño de índole moral como lo sería la imputación injustificada de conductas delictivas, contrarias a la moral o a la ética que afecten la honra o el buen nombre del afectado.

En el caso concreto, el despacho advierte que no se encuentra acreditada ninguna circunstancia de agravio por parte de la nominadora, que haya afectado la honra o el buen nombre de la demandante con ocasión del retiro del servicio, pues como pudo verse anteriormente, aun cuando el acto no fue motivado suficientemente, lo cierto es que existen algunos referentes sobre incumplimiento funcional invocado como sustento de la desvinculación, sumado a que fue la propia demandante quien se encargó de enterar a todos sus compañeros de lo sucedido, tal como se desprende de las declaraciones analizadas al examinar el cargo de desviación de poder, donde todos los testigos que dijeron conocer algunas circunstancias, señalaron que tuvieron acceso a dicha información por comentarios de la servidora retirada, mas no porque la titular del despacho se haya referido al respecto.

De hecho, en lo que tiene ver con las afectaciones sufridas por la demandante como consecuencia del retiro del servicio, únicamente se encuentran los siguientes testimonios, que se limitaron a referirse a los sentimientos de tristeza, angustia y depresión que se produjeron en la demandante como consecuencia de su retiro del servicio, mas no evidencian la existencia de agravios por parte

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de la nominadora que ameriten el reconocimiento de los perjuicios morales reclamados en la demanda:

- Declaración del señor **CESAR AUGUSTO RINCÓN MEDRANO:** quien sobre el particular manifestó lo siguiente (i) que como consecuencia de la insistencia frente a su renuncia, la demandante presentó problemas de depresión y ansiedad, dada la existencia de responsabilidades económicas, crediticias y familiares; (xi) que la familia de la demandante está conformada con sus tres hijas, quienes para la época de los hechos eran menores de edad; (ii) que justamente debido a sus responsabilidades para con sus hijas, se generaba su ansiedad, depresión y estrés; (iii) que frecuentaba la familia de la demandante cada 15 o 20 días; (iv) que personalmente tuvo la oportunidad de observar la angustia que le generaba la situación cuando se encontraba con ella y hablaban del tema; (v) que en las hijas se presentó un declive en el desempeño académico especialmente en la menor; (vi) que la demandante permaneció sin empleo aproximadamente tres o cuatro meses; (xvii) que dada su idoneidad la demandante fue llamada para ejercer otros cargos pero con sueldos inferiores; (vii) que su criterio sobre las aflicciones sufridas por la demandante se fundamentan en la experiencia adquirida por su trabajo con la Policía Nacional y la Rama judicial, de manera que no se requiere haber acudido a una universidad para emitir una manifestación sobre el particular.
- Declaración de la Señora **ÁNGELA LEONOR MUÑOZ ÁVILA,** quien sobre el particular manifestó: (i) que cuando la demandante le contaba sobre la situación se veía afectada emocionalmente porque la relación con la titular del despacho se fue deteriorando; (ii) que desde el punto de vista económico también mostraba su preocupación por dejar de percibir sus ingresos, puesto que tenía tres hijas dos de ellas en el colegio y una en la universidad; (iii) que cuando habló con la demandante, aquella se mostraba angustiada por tener que buscar trabajo y determinar que iba a hacer de ahí en adelante; (iv) que no tiene conocimiento sobre el tiempo que tardó la demandante en vincularse laboralmente.
- Declaración del señor **MARCO POLO FONSECA ÁLVAREZ,** quien sobre el particular sostuvo: (xvii) que el retiro del servicio afectó emocionalmente a la demandante, pues su expresión era de lloró y tristeza porque no sabía qué hacer con su familia, especialmente porque económicamente dependía del salario que percibía en dicho cargo y además porque ella tenía otro empleo en Duitama, de manera que le resultaba muy lamentable que la Doctora la hubiera vinculado como oficial mayor del juzgado y después la hubiera destituido; (xviii) que la demandante siempre se acercaba a su oficina muy afectada; (xix) que él lo que hacía era invitarla un tinto y darle positivismo para que saliera de esa gran crisis que tenía además porque ella decía que le colaborara en conseguirle un empleo pero eso en la rama judicial es muy difícil.
- Declaración de la señora **NANCY SILVA CELY,** quien sobre el particular manifestó: (i) que la demandante le comentó sobre las preocupaciones económicas que tuvo como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento como Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja ; (ii) que la demandante le manifestó que por esa razón sus dos hijas mayores no pudieron ingresar a la Universidad para esa época; (iii) que eso fue lo que le contó la

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

demandante muy afectada teniendo en cuenta que era cabeza de familia y por tanto debía responder por sus tres hijas; (iv) que en su llanto y su tristeza la demandante siempre le contaba su preocupación, especialmente en lo que tiene que ver con el estudio de sus hijas, que se vio afectado por el tiempo que permaneció sin empleo.

- Declaración del señor **OSCAR JULIO LARA TELLO**, quien sobre el particular manifestó: (i) que no conoce las consecuencias económicas o emocionales frente al retiro de la demandante del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja

En consecuencia, aun cuando es obvio que la pérdida del empleo produjo en la demandante sentimientos frustración, tristeza o depresión, lo cierto que no existe ninguna prueba sobre la existencia de agravios por parte de la nominadora que ameriten el reconocimiento de los perjuicios morales reclamados en la demanda, por lo que en esta ocasión se impondrá su denegatoria.

De igual modo, se advierte que tampoco hay lugar a ordenar a la entidad demandada emitir disculpas públicas, pues como se dio, no existe ningún agravio u otra circunstancia que acredite la afectación del buen nombre y la honra de la demandante, quien por su propia cuenta se encargó de divulgar entre sus compañeros los hechos que en su sentir, rodearon el retiro del servicio, de manera que el conocimiento público que de ello se generó no resulta atribuible a la entidad demandada representada por la funcionaria nominadora.

Finalmente, el despacho considera que en el presente caso no se encuentra acreditado que la demandante haya sufrido una afectación más allá del despido mismo, que implique una alteración de sus relaciones familiares y sociales, que amerite el reconocimiento del denominado daño a la vida de relación⁴⁷.

En este sentido, ha de recordarse que según la Jurisprudencia del Honorable Consejo de estado, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: (i) perjuicio moral; (ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); (iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación⁴⁸.

⁴⁷ Ante la ausencia de prueba sobre la afectación de las relaciones sociales, familiares y laborales el consejo de estado ha negado el reconocimiento de este tipo de perjuicios, tal como ocurrió en Sentencia C.E.3.A.,14 de junio de 2019, María Adriana Marín R: 25000-23-26-000-2011-00089-01 (46800)

⁴⁸ C.E.3. 14 de Septiembre de 2011, C.P. Enrique Gil Botero R: 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222), reiterada en la sentencia de unificación C.E.3. 28 de agosto de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, R: 05001-23-31-000-1997-01172-01(31170).

Entonces, como en el presente caso no se encuentra acreditado ninguna circunstancia que amerite resarcimiento, más allá del reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir en los términos atrás referidos, el despacho considera procedente la denegatoria de los perjuicios inmateriales solicitados.

5.5. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA:

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991, se elevó a rango superior la cláusula general de responsabilidad de los Agentes Estatales.

En este sentido, el artículo 90 de la Carta determinó que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de un daño causado como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél debía repetir contra éste.

Bajo este contexto normativo, el Congreso de la República profirió la Ley 678 de 2001, donde se establecieron diversos aspectos procesales y sustanciales relativos a la acción de repetición y el llamamiento en garantía con tal propósito, dentro de los cuales pueden resaltarse los siguientes para efectos de resolver el caso bajo examen:

- En el artículo 2º se determinó que este dispositivo procesal es una acción civil de carácter patrimonial que debe ejercerse en contra del servidor o ex servidor público, así como también en contra del particular investido de una función pública, que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio impuesto al Estado a través de una condena, una conciliación o cualquier otra manera de terminar un conflicto.

- En tal sentido el artículo 19, estableció que dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario, aclarando que la entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

- De otro lado, en el artículo 5º se especificó que la conducta es dolosa cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado, presumiéndose que existe dolo por las siguientes causas: (i) Obrar con desviación de poder; (ii) haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento; (iii) haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración; (iv) haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado y, (v) haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- Entre tanto, en el artículo 6º se indicó que la conducta del agente es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, presumiéndose la existencia de culpa grave por las siguientes causas: (i) Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho; (ii) carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable; (iii) Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable y, (iv) violación manifiesta e inexcusable del debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

- Obsérvese que estas dos últimas normas consagran los conceptos generales de dolo y culpa grave, y además, de manera específica señalan ciertas circunstancias en las que se presume la existencia de tales elementos subjetivos. De esta manera la entidad pública puede acudir bien al concepto general, o bien encuadrar la conducta en una de las presunciones para invertir la carga de la prueba.

- Para que operen las dichas presunciones, la Entidad debe demostrar los supuestos de hecho que allí se consagran.

- Precisamente, la Corte Constitucional en sentencia C-374 del 14 de mayo de 2002⁴⁹ manifestó que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave consagradas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 “busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega, para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtir en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso”.

- Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, más que estatuir presunciones lo que hacen es calificar o señalar directamente unos hechos como dolosos y otros como gravemente culposos, de manera que únicamente en los casos donde la Entidad Estatal demandante logra demostrar los supuestos enlistados en tales disposiciones puede el Juez tener por cierta la existencia del dolo o la culpa grave, sin perjuicio de que el funcionario o ex funcionario pueda demostrar lo contrario⁵⁰.

- De esta manera, según lo afirmado por el Alto Tribunal, puede decirse que la Ley hace una enunciación de las conductas que constituyen culpa grave o dolo y únicamente probados esos supuestos se tiene por cierto que el agente público actuó bajo unas de esas dos formas de culpabilidad, salvo que se demuestre lo contrario.

- Entre tanto, ha de señalarse que las causales que se consagran en los artículos 5º y 6º de la Ley 678 de 2001, no son taxativas, por lo que no se puede entender que dichos casos son los únicos por los que se puede establecer culpa grave o dolo del agente. En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C – 285

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-374 de 2002.

⁵⁰ C.E.3. B. 28 de febrero de 2011, Ruth Stella Correa P. R. 11001-03-26-000-2007-00074-00(34816).

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

de 2002, sostuvo que resultaría insólito pretender que la ley taxativamente detallara el universo de aquellas posibles conductas de los agentes estatales susceptibles de valorarse para efectos de su responsabilidad.

Descendiendo al caso concreto se tiene que la única causal de nulidad acreditada dentro del expediente se contrae a la insuficiente motivación del acto de retiro de la demandante, evidenciándose lo siguiente conforme al análisis efectuado al resolver el cargo de nulidad que en este sentido propuso la parte actora:

Como quedó dicho, en el acto de insubsistencia la funcionaria nominadora consideró que conforme a la línea jurisprudencial establecida por el Consejo de Estado, los empleados nombrados en provisionalidad podían ser retirados del servicio mediante acto administrativo que no requería motivación alguna; sin embargo, adujo que en el caso de la demandante la insubsistencia obedecía a que no se cumplieron los propósitos para los cuales fue designada a través de la Resolución No. 004 del 30 de marzo de 2012, a pesar de las medidas internas adoptadas para corregir la situación.

Pues bien, sobre lo señalado por funcionaria nominadora, el despacho advierte en primer lugar, que efectivamente para la época en que fue proferido el acto de insubsistencia imperaba la línea jurisprudencial que negaba la necesidad de motivar el acto de retiro de los servidores judiciales nombrados en provisionalidad; cosa distinta es que con posterioridad la sección segunda del Honorable Consejo de Estado, haya revaluado el tema para exigir la motivación de los actos de retiro proferidos en vigencia de la Ley 909 de 2004, y sus decretos reglamentarios, de manera que, en cuanto a este aspecto, no puede estructurarse un actuar doloso o gravemente culposo por parte de la servidora, pues resultan ciertas sus apreciaciones sobre los criterios jurisprudenciales vigentes en el momento.

Ahora, aun cuando la nominadora pretendió motivar el acto bajo el argumento de que la demandante no cumplió los propósitos de su cargo, lo cierto es que al analizar el caso concreto, este estrado judicial pudo determinar que la servidora no señaló de manera clara, detallada, puntual y precisa cuales fueron los propósitos que dejaron de cumplirse, y cuáles fueron las medidas previas que se adoptaron para corregir la situación, sino que por el contrario, de manera genérica se remitió a lo señalado en acto de nombramiento, esto es, la Resolución No. 004 del 30 de marzo de 2012, donde tan solo se hace referencia a la necesidad de cumplir las funciones asignadas al empleo.

En este punto, luego de analizar los manuales de funciones, este despacho concluyó que el cargo desempeñado por la demandante tenía asignado un contenido funcional bastante diverso, razón por la cual, no resultaba suficiente aducir como motivo de la insubsistencia, el genérico incumplimiento de los propósitos de su nombramiento, pues con ello se desconocerían las exigencias de una explicación clara, detallada, precisa y puntual que se requiere para el retiro de los servidores judiciales nombrados y retirados en vigencia de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

De otro lado luego de examinar las pruebas recaudadas se pudo establecer que efectivamente se presentaron algunos eventos específicos de incumplimiento funcional por parte de la demandante, especialmente en lo que tiene que ver con la debida proyección de providencias y diligencias a su cargo; sin embargo, dichas circunstancias particulares no fueron plasmadas en el acto administrativo de insubsistencia, donde por el contrario la nominadora se limitó a señalar

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

genéricamente que el retiro del servicio obedecía al incumplimiento de los propósitos señalados en el acto de nombramiento, sin especificar cuál o cuáles de tales objetivos dejaron de alcanzarse.

En consecuencia, aun cuando las circunstancias aducidas por la nominadora en sede judicial, pudieron haber sido verdaderas, lo cierto es que la motivación del acto de insubsistencia resulta insuficiente, pues como ya se dijo, el cargo desempeñado por la demandante tenía asignado un contenido funcional bastante diverso, de manera que no bastaba con aducir el genérico incumplimiento de los propósitos de su nombramiento para sustentar el retiro del servicio, sino que se requería una explicación clara, detallada, precisa y puntual sobre cual o cuales propósitos dejaron de cumplirse y la manera en que se desarrollaron los hechos específicos, para que de esta manera la destinataria de la decisión pudiese ejercer en debida forma el derecho de defensa.

En suma, al no haberse motivado en debida forma el acto de insubsistencia, para el despacho es claro que se desconoce la exigencia que en este sentido ha establecido la jurisprudencia reciente para la desvinculación de los servidores judiciales nombrados y retirados en vigencia de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, como es el caso de la demandante.

Con todo, esta sola circunstancia, no implica que la servidora nominadora, hoy llamada en garantía, haya actuado con dolo o culpa grave, pues en todo caso las razones aducidas para sustentar la insubsistencia, aunque fueron plasmadas de manera insuficiente, encuentran referentes específicos que respaldan su existencia, de manera que es evidente la intención de la funcionaria tendiente a fundamentar su decisión con las circunstancias que rodearon la desvinculación, en los términos que para ese momento consideró suficientes, bajo el correcto entendimiento de que para esa época la jurisprudencia no exigía la motivación de los actos por medio de los cuales se disponía el retiro de los servidores judiciales que, como la demandante se encontraban vinculados en provisionalidad.

De hecho, el Honorable Tribunal Administrativo de Boyacá, ha considerado que la motivación insuficiente, no constituye una causa para endilgar responsabilidad al agente estatal con efectos de repetición.

En este sentido se pronunció la Honorable Corporación en Sentencia de fecha 13 de marzo de 2019, proferida por la Sala de Decisión No. 2 del, con ponencia del Doctor Luis Ernesto Arciniegas Triana, dentro del Medio de Control de Repetición proferido por el Municipio de Tunja, contra el Exalcalde Arturo José Montejo Niño, donde textualmente se indicó:

"No es lo mismo proferir un acto administrativo sin motivación alguna y decidiendo terminar el nombramiento por facultad discrecional — como ha sucedido en diversas oportunidades — a proferir como en el presente caso, un acto administrativo, con consideraciones normativas y con motivación, independientemente de que la misma no fuese suficiente. Se colige, entonces, que si bien el demandado incurrió en un yerro al proferir el acto administrativo que fue anulado, el mismo no es de aquellos inexcusables, entendido este como aquel que "por sus dimensiones no pudo haber sido cometido sino mediante total o crasa negligencia del sujeto que emite el acto", situación que como se vio, no se presenta en el asunto bajo estudio.

No está demás reiterar que esta Sala no pone en duda el criterio de la Sala de Descongestión de este Tribunal cuando condenó a la entidad territorial por la insubsistencia de la señora Lida Eugenia Hernández, pues sus consideraciones fueron propias de la protección laboral de los empleados nombrados en provisionalidad, pero

RADICACIÓN No. 15001-33-33-007-2015-00106-00
DEMANDANTE: LAURA CAROLINA CABRA VELOZA
DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

no son suficientes para condenar en sede de repetición al entonces alcalde municipal — Arturo Montejo — por las consideraciones particulares del caso y que fueron explicadas anteriormente.

Si bien le asiste razón al agente del Ministerio Público al indicar que el demandado se limitó a mencionar las normas en la parte considerativa del acto anulado que le imponían el deber de motivar el acto, lo que para el Tribunal no cumplió con las exigencias indicadas por la Corte Constitucional para el efecto, lo cierto es que disiente la Sala de su criterio según el cual el error fue inexcusable, pues como se indicó, una cosa es no motivar el acto y otra diferente que lo motive con el convencimiento de que las razones son suficientes, pues aun cuando ello haya vulnerado los derechos laborales, entonces discutidos, no es suficiente para endilgarle culpa grave al demandado”.

Bajo el contexto descrito, el despacho considera que aun cuando la insuficiencia de motivación, implica la nulidad del acto demandado, lo cierto es que no tiene la virtualidad de estructurar el elemento subjetivo de responsabilidad en el caso de la nominadora, quien se reitera tuvo toda la intención de fundamentar su decisión con las circunstancias que rodearon la desvinculación, en los términos que para ese momento consideró suficientes, bajo el correcto entendimiento de que para esa época la jurisprudencia no exigía la motivación de los actos por medio de los cuales se disponía el retiro de los servidores judiciales que, como la demandante se encontraban vinculados en provisionalidad, razón por la cual en esta oportunidad no se impondrá condena a la llamada en garantía.

5.6. COSTAS:

Por último, como en el presente caso se accede parcialmente a las pretensiones de la demanda, el despacho, atendiendo a lo establecido en el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión expresa dispuesta en el artículo 188 del C.P.A.C.A., no impondrá condena en costas, tal como lo ha establecido el Tribunal Administrativo de Boyacá, entre otras, en providencia de fecha 9 de agosto de 2017, proferida con ponencia del Doctor OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO, dentro del proceso con radicado interno No. 15000133330072015-000062.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja, administrando justicia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 006 de fecha 16 de julio de 2013, por medio de la cual, la entonces titular del Juzgado Segundo Penal Municipal de Tunja, con funciones de conocimiento, decidió declarar insubsistente el nombramiento de la señora **LAURA CAROLINA CABRA VELOZA**, en el cargo de Oficial Mayor de dicho despacho judicial, entendiéndose desatadas de manera desfavorable las excepciones de mérito formuladas por la defensa.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL TUNJA**, que como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento de derecho, proceda a reintegrar a la demandante al empleo que venía desempeñando, siempre y cuando no haya sido provisto mediante concurso, ni haya sido suprimido o la servidora no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

TERCERO.- ORDENAR a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL TUNJA**, que a título indemnizatorio, reconozca y pague a la demandante el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido, sin que en todo caso el valor a pagar por concepto de indemnización pueda ser inferior a seis (6) meses o pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

CUARTO: Las sumas que resulten de la condena deberán reajustarse en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., utilizando la siguiente fórmula de actualización de condena:

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

Para despejar esta fórmula se tendrá en cuenta que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de la desvinculación del servicio, 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 sentencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse el pago.

QUINTO.- ORDENAR a la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL TUNJA** que cumpla el fallo, en los términos previstos en los artículos 192, 194 y 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO.-DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el apoderado de la llamada en garantía.

OCTAVO.- ABSOLVER de responsabilidad a la señora **CLAUDIA MAYERLI LEÓN PERDOMO**, llamada en garantía, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

NOVENO.- No condenar en costas a la parte vencida.

DÉCIMO.- En firme esta providencia, por Secretaría adelántense las gestiones pertinentes para el archivo del proceso, dejando las constancias y anotaciones de rigor. Si al liquidarse los gastos ordinarios del proceso quedaren remanentes a favor del consignante, desde ahora se ordena la devolución correspondiente y se autorizan las copias que soliciten las partes, para lo cual el interesado deberá proceder al pago de las expensas correspondientes.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

ADRIANA ROCÍO LIMAS SUÁREZ
JUEZ

YSS/ARLS