



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante	GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado	MUNICIPIO DE GALERAS
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema:	INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD NO REQUIERE PROCESO ADMINISTRATIVO PREVIO - CONTROL DE LEGALIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA ESTÁ LIMITADO AL CONCEPTO DE VIOLACIÓN - DEBER DEL DEMANDANTE DE PROBAR LOS CARGOS DE NULIDAD PROPUESTOS.

SENTENCIA No. 086

I. ASUNTO A DECIDIR

No encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales de la Ley 1437 de 2011, concierne a esta Sala, desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Galeras, contra la sentencia del 17 de febrero de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual que se negó las excepciones propuestas por la parte demandada y accedió a las pretensiones de la demanda.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

II. ANTECEDENTES

2.1. Objeto de la demanda.

GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda¹ en contra del municipio de Galeras, con el objeto de obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 082 del 9 de agosto de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de comisario de familia.

Como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó el reintegro en el cargo que desempeñaba o en otro de igual o superior categoría y remuneración, sin solución de continuidad; el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la declaratoria de la insubsistencia hasta cuando se haga efectivo el reintegro; actualizar la condena y dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA; y condenar en costas.

2.2. Hechos.

Como sustento de lo pretendido, se dice en la demanda, en síntesis, que el señor GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE se vinculó al municipio de Galeras, en el cargo de Comisario de Familia, considerado como de carrera administrativa, nombrado mediante el Decreto No. 013 del 4 de febrero de 2008; cargo del que tomó posesión, según consta en el Acta No. 0755 del 5 de febrero de 2008.

Que mediante el Decreto 082 del 9 de agosto de 2012, el alcalde del municipio de Galeras decidió terminar el nombramiento en provisionalidad del señor OSORIO SEVERICHE, comunicándole de esa decisión el 17 de agosto siguiente; siendo su última asignación mensual la suma de \$1.455.961.

Además, afirmó que el del Decreto 082 del 9 de agosto de 2012 se expidió, con infracción de la Constitución, falsa motivación, expedición irregular por insuficiente motivación, infracción a la ley y desviación de poder.

2.2. Trámite procesal de primera instancia.

La demanda se presentó el 28 de febrero de 2013², siendo admitida por auto del 15 de marzo del mismo año³, y debidamente notificada a la parte demandada⁴; se

¹ Folios 2-14 C. No. 1.

² Así se evidencia con la nota de recibido de la Oficina Judicial de Sincelejo, obrante a folio 14 C No. 1; en concordancia con el acta individual de reparto, visible a folio 91 ib.

³ Folio 94 y reverso Cdo 1.

⁴ Folios 108, a través de correo electrónico el 16 de abril de 2013.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

realizó la audiencia inicial el 27 de agosto siguiente⁵, en donde se ordenó la práctica de pruebas; más tarde, el 18 de septiembre de esa misma calenda se llevó cabo la audiencia de pruebas⁶, la cual fue continuada el 27 del mismo mes y año⁷; ordenando correr traslado para alegar por escrito; y el 17 de febrero de 2014, se profirió la sentencia que se recurre.

2.3. Contestación.

El municipio de Galeras⁸, contestó la demanda a través de apoderado judicial y dentro del término de traslado, indicando que no es procedente que se acceda a las súplicas de la misma, en razón a que no hay causa para declarar la nulidad del acto demandado, comoquiera que en éste obran los motivos por los cuales se expidió, esto es, que el demandante omitió realizar una evaluación de desempeño laboral a una empleada de carrera que estaba bajo su subordinación.

Se dijo acerca de los hechos, que el señor GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE estuvo vinculado al municipio de Galeras, desde el 5 de febrero de 2008 hasta el 17 de agosto de 2012, cuando se le notificó del acto que declaró insubsistente su nombramiento.

Como argumentos para defender la legalidad del acto demandado, se indicó que éste contiene como motivación expresa, objetiva y real, que el demandante omitió cumplir con sus deberes de ley, lo cual es causa suficiente para ser retirado del servicio.

Con base en lo anterior, se propusieron las siguientes excepciones: (i) inexistencia de violación al debido proceso; (ii) inexistencia de violación a la Ley 78 de 1986; (iii) falsa afirmación de inexistencia de causa constitucional; (iv) falso lo de la falsa competencia; (v) falsa desviación de poder; y, (vi) ineptitud sustantiva de la demanda.

2.4. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante sentencia del 17 de febrero de 2014⁹, resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y accedió a las pretensiones de la demanda; para llegar a esa decisión, indicó que el acto de insubsistencia se encuentra falsamente motivado, en razón a que si bien el demandante omitió calificar en su oportunidad a una empleada que se encontraba bajo su subordinación, la consecuencia de lo anterior

⁵ Folios 183 a 190 Cdno 1-

⁶ Folios 196 a 202 Cdno 1.

⁷ Folios 259-262 Cdno 1.

⁸ Folios 121-130 ib.

⁹ Folios 282-294 C. No. 2.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

debió ser una sanción disciplinaria, pero no ser declarado insubsistente su nombramiento, pues la omisión en la que incurrió el demandante no es causa para ello. Además consideró; por un lado, que tal omisión no afectó el servicio que presta la Comisaria de Familia del municipio de Galeras; y por otro, el servicio tampoco se mejoró con la decretoria de insubsistencia del demandante.

A propósito, señaló que el acto administrativo demandado *“está viciado por la causal de falsa motivación, pues su decisión no se tomó atendiendo a los supuestos facticos pertinentes a la figura jurídica de la insubsistencia o mejor decir, se le da una consecuencia jurídica diferente a la omisión en que incurrió el actor, al no calificar a su subalterna”*; más adelante concluyó: *“se declarará la nulidad del acto demandado, ante la existencia de la falsa motivación al haberse otorgado a un hecho una consecuencia jurídica diferente al que debía, pues se aplicó la figura jurídica de la insubsistencia al demandante como se estipuló allí mismo, cuando no correspondía.”*

2.5. Apelación.

La parte demandada, presentó recurso de apelación¹⁰, solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda, por no compartir el criterio del A quo según el cual, la no calificación a una empleada subalterna por parte del demandante, no causó perjuicio alguno al servicio que presta la Comisaria de Familia del municipio de Galeras, por lo que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de aquel por ese motivo, resulta ser falso.

A sentir del recurrente, el A quo se equivoca al apreciar y valorar los hechos que sirvieron de fundamento para la desvinculación laboral del demandante, toda vez que el acto demandado expresa claramente que se declara insubsistente el nombramiento de aquél, porque no realizó la evaluación a una empleado subordinada. Además de ser, un deber legal. Circunstancia que no fue desvirtuada por el demandante, por tanto, no existe falsa motivación.

Advierte, por otra parte, que sin esa calificación, si bien no se afectó el servicio hacia el usuario externo de la Comisaria de Familia, si se hizo al interior de la administración municipal, en cuanto a la relación laboral con sus empleados.

2.6. Actuación de segunda instancia.

A través de auto del 15 de mayo de 2015¹¹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la actora en contra de la sentencia de primera

¹⁰ Folios 313-315, C. No. 2

¹¹ Folio 3, C. Alzada.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

instancia; por auto del 24 de enero de 2014, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión¹².

2.7. Alegatos de conclusión.

2.7.1. La parte demandante¹³.

En esta oportunidad, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia por encontrarse ajustada a derecho, pues el acto demandado lo que hace es convertir una sanción disciplinaria de destitución, en una declaratoria de insubsistencia, solo por omitirse un deber, sin otorgar la posibilidad de que se ejerza una defensa dentro del respectivo proceso.

Así mismo, insiste en los argumentos expuestos en el concepto de violación, según el cual con la expedición del acto demandado se incurrió en falsa motivación, en despido masivo e inexistencia de justa causa constitucional para el retiro, fundamentado lo primero en que en los motivos del acto se asegura que los nombramiento en provisionalidad son hasta seis meses y las personas ahí nombradas no gozan de estabilidad, lo cual a su juicio desconoce los precedentes jurisprudenciales sobre la materia.

2.7.2. La parte demandada¹⁴.

La parte demandante en esta etapa reitera los argumentos que yacen insertos en el recurso de alzada, que a su juicio aciertan para que se revoque la sentencia apelada, y se nieguen las súplicas de la demanda.

2.7.3. Ministerio Público¹⁵.

El delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, conceptuó sugiriendo la confirmación de la sentencia apelada, compartiendo los argumentos del A quo, esto es, que cometer la conducta disciplinaria por sí sola, no es causal de terminación de la relación laboral, pues para eso está el proceso disciplinario para imponer las sanciones que correspondan luego de garantizar el debido proceso, pero no revestir una sanción a manera de insubsistencia, con lo cual se incurrió en falsa motivación por error de derecho.

Lo anterior, se fundamenta en que la Ley 909 de 2004, no establece como causal de retiro del servicio, haber cometido una conducta tipificada como falta disciplinaria, a no ser que se pruebe que con esa conducta se desmejoró el servicio, pues esto

¹² Folio 14 ib.

¹³ Folios 30-32 ib.

¹⁴ Fs. 33 a 34 Cdno. recurso.

¹⁵ Folios 20-29 ib.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

último no está probado, teniendo en cuenta que la no evaluación de un empleado, conlleva a que su calificación definitiva sea satisfactoria en el puntaje mínimo, conforme el Decreto 760 de 2005, por lo que no se puede aseverar que las relaciones entre la administración y sus empleados se puede ver afectada.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia.

3.1. Problemas jurídicos.

Atendiendo que el marco de juzgamiento de esta instancia lo constituye el recurso de apelación, para la Sala el problema jurídico se contrae se contrae a establecer si el Decreto 082 del 9 de agosto de 2012, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante como Comisario de Familia del municipio de Galeras, se encuentra o no viciado por falsa motivación.

Antes de iniciar a desarrollar lo que es el fundamento de la confirmación de la sentencia objeto de revisión, y lo que es el mérito del sub examine, se hará alusión a lo que son los temas alegados en el proceso, a saber: (i) el nombramiento en provisionalidad, (ii) la insubsistencia de empleado en provisionalidad, (iii) acerca la falsa motivación en los actos de insubsistencia; y, (iv) lo que es el caso concreto.

3.2. El nombramiento en provisionalidad.

En línea de principio, viene oportuno tener en cuenta que según el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Así mismo, la Carta Constitucional estableció como regla general, que los empleos públicos son de carrera administrativa; es decir, provistos, luego de la aprobación satisfactoria del concurso de méritos; sin embargo, respecto a estos resulta aplicable el fenómeno del nombramiento provisional, el cual resulta viable “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales (de empleos de carrera administrativa) y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”¹⁶

En efecto, éste tipo de nombramientos se concibieron como un mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo”¹⁷.

Con esa precisión, baste decir que la provisionalidad es una forma de proveer los cargos de la administración de forma transitoria que no otorga al empleado ningún fuero especial de estabilidad, dado que dicha situación no trasmuta derechos de carrera administrativa respecto del cargo a quien lo ocupaba, en cuanto no está precedido de un concurso de mérito que es el proceso mediante el cual se acreditan las condiciones requeridas para el cumplimiento eficiente de la función pública que implica un empleo. En estos eventos, la persona así designada se encuentra nombrada temporalmente, entendiéndose su nombramiento de manera discrecional por quien la designó; por lo tanto, así mismo, en ejercicio de esa facultad es posible removerla declarándola insubsistente.

Con la expedición de la Ley 909 de 2004 (septiembre 21) "*por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*", en su artículo 23 señaló la regla general, según la cual, los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales. En cuanto a la figura del empleado provisional, ésta se condicionó a los casos de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal¹⁸, eliminando los nombramientos provisionales para integrar vacantes definitivas.

Así mismo, el Decreto 760 de 2005 (marzo 17), amplió los eventos de la provisionalidad con arreglo a la cual "*cuando por razones de estricta necesidad y para evitar la afectación en la prestación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud motivada del jefe de la entidad interesada, podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso, y en las vacancias temporales generadas por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional*". Al respecto, consideró la Corte Constitucional que tal situación hallaba justificación "*en la necesidad de la continuidad en la prestación del servicio público, sin que ello signifique que con posterioridad pueda prescindirse de la realización del concurso para proveer el empleo conforme a las reglas que regulan la carrera administrativa*".¹⁹

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

¹⁸ Ley 909 de 2004, artículo 25. "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."

¹⁹ Sentencia C-431/10.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

A su vez, el Decreto 1227 de 2005 (abril 21), reglamentario de la Ley 909 de 2004, relativo a los empleados provisionales, en su artículo 8º, dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio; dicho encargo o nombramiento provisional no puede superar los seis (6) meses, término dentro del cual se debe convocar a concurso, reiterándose que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente. Sin embargo, la anterior disposición la suspendió el Consejo de Estado, en razón a que la provisión de tales empleos, no puede estar condicionada a la autorización de la CNSC²⁰.

Luego, en virtud del Decreto 4968 de 2007, se amplió el espectro de la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, señalando que no se requiere autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera²¹.

Como se ve, el funcionario provisional se constituye en un fenómeno producto de la regulación de función pública y de sus normas reglamentarias, concebido para proveer un empleo de carrera con personal no seleccionado, si éste se encuentra en vacancia definitiva, mientras se realiza el concurso respectivo; si está en vacancia temporal, mientras se supera la situación administrativa de separación pasajera de su titular, por lo tanto la provisionalidad lo caracteriza su transitoriedad o temporalidad.

3.3. Insubsistencia de empleado en provisionalidad.

La figura de la insubsistencia, pretende dejar sin efectos jurídicos el nombramiento como consecuencia de la facultad discrecional que tiene el nominador respecto de cargos de libre nombramiento y remoción; pero la decisión no pretende invalidar el acto de nombramiento porque el mismo nació a la vida jurídica y produjo efectos jurídicos hasta cuando se hace uso de la declaratoria de insubsistencia por autorización de la ley en ejercicio de la citada facultad.

En ese orden, se tiene que bajo el gobierno de la Ley 909 de 2004, en su artículo 10, consagró que antes del término de duración de un nombramiento provisional, el

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, auto del 5 de mayo de 2014, radicado No. 11001-03-25-000-2012-00795-00 (2566-12), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.

²¹ Artículo 1º, inc. 4º.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

nominador **por resolución motivada**²², podrá darlos por terminados, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 *ibídem*²³.

En este sentido, es comprendido que el empleado nombrado en provisionalidad no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso. Cabe decir, entonces, que la situación del nombrado provisionalmente, se asemeja a la de los destinados para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, en el sentido que el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función. Empero, no ocurre lo mismo con el retiro, el cual debe estar precedido de **razones objetivas plenamente justificadas** en el mejoramiento del servicio y el interés general.

Al respecto, la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, en la actualidad comparten el criterio de que las personas que detentan un cargo en provisionalidad solo pueden ser separadas del mismo a través de un acto administrativo debidamente motivado, atendiendo la calidad de reglado del acto que disponga este tipo de decisiones administrativas. Lo anterior, con fundamento en el artículo 29 de la Carta Política que consagra el debido proceso; con ello la necesidad de conocer las razones que dan lugar a la adopción de la decisión administrativa, con sujeción al mandato expreso del legislador en el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004²⁴.

En efecto, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad, se compendia en la sentencia de unificación SU-917 de 2010, en la que se destaca que (i) la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho; (ii) la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso; (iii) la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático, en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas; (iv) la

²²Con ese derrotero se alza la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado - Sección Segunda, expediente No. 0319-08, Consejero Ponente Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, concordante con la providencia anterior es la sentencia del 12 de octubre de 2011, expediente No. 1058-2010.

²³El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, deponía que el “retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) c) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada”. La anterior disposición fue declarada inexecutable en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005.

²⁴ “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.”

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa.

Así mismo, para el Consejo de Estado la desvinculación del empleado en provisionalidad se deberá motivar siempre que se dé por terminado el vínculo antes de cumplirse el término. Al respecto adujo:

“En este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente: Dr. Tarcisio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico – normativo de la figura. Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada”²⁵. (Negrillas de la Sala)

En ese sentido, se tiene que la administración puede en cualquier tiempo declarar a los empleados nombrados en provisionalidad insubsistente, siempre que se tenga como fin el buen servicio y satisfacer los intereses comunes de la sociedad; es decir, se persigan los fines del Estado, advirtiendo que el acto administrativo que contiene tal decisión debe ser siempre motivado.

3.4. Acerca la falsa motivación en los actos de insubsistencia.

Los vicios que atacan la presunción de legalidad de los actos administrativos son de dos clases: (i) **formales**: que operan opes legis, habida cuenta que representan la vulneración a la objetividad del ordenamiento jurídico, y (ii) **materiales**: que por el contrario, no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancia de hecho, esto es, de los comportamientos concretos de la Administración²⁶.

Es por ello que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004, y su decreto reglamentario 1227 de 2005, se requiera para la declaratoria de insubsistencia la motivación del acto. Según la jurisprudencia nacional²⁷, requerir motivación en el acto administrativo, es reconocer que este tiene una causa.

Dicha causa, es un elemento esencial del acto y comprende no solo la voluntad encaminada a producir un efecto sino también su finalidad; todo acto administrativo

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección “B”, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, marzo 21 de 2013; Radicación N° 05001-23-31-000-2002-04388-01 (2105-11).

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección “A”, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, enero 27 de 2011; Radicación N° 25000-23-25-000-1999-05348-02 (2288-08).

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección “A”, C.P. Alberto Arango Mantilla, septiembre 27 de 2001; Radicación N° 25000-23-25-000-1997-4005-01 (1913-2000).

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

tiene un motivo o causa que la administración debe atender según la circunstancia de hechos y derechos aplicables al caso. La causa del acto son los antecedentes y circunstancia de hecho o de derecho que en cada caso lleven a dictarlo.

Por tanto, el acto administrativo será ilegal por falsa motivación cuando su causa no es la que prevé la norma, es decir, cuando del cotejo de los antecedentes de hecho o de derecho no coinciden con las previsiones de la norma. Por ello, cuando se toman hechos o actos no reales, como fundamento causal del acto, hay lugar a su nulidad, si ellos han sido motivo determinante para su expedición, procederá declarar la nulidad si en realidad fue falsamente motivado; pero, no cuando la razón que lo originó fue real y suficiente; esto es, sólo habrá motivo ilegal cuando se prueba procesalmente que la razón manifestada no existe en realidad, o cuando la existente fue erróneamente interpretada.

Es por ello que, el Consejo de Estado ha precisado que *“la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad”²⁸*.

Entonces, la falsa motivación que vicia de nulidad un acto, es la que entraña desviación de poder, la presentación de motivos falaces para dar apariencia de legalidad a un acto, no el simple error en que pueda incurrirse en la parte considerativa de éste; por tanto, cuando los motivos de hecho son suficientes en la expedición del acto administrativo y ellos son atacados judicialmente, se requiere enervar su presunción de veracidad.

Colofón, la falsa motivación, causal está prevista en la ley como de nulidad de los actos administrativos, cuando se origina en la disconformidad entre la decisión con la realidad, o bien por la inexistencia o error de los motivos de derecho o de hecho aducidos en la decisión.

3.5. Caso concreto.

En el *sub lite*, la parte demandada solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en la que se declaró la nulidad del acto enjuiciado por considerar probado que el mismo se expidió con falsa motivación.

Conviene precisar que, según la potestad que tiene el *Ad quem* para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 328 del C. General del Proceso, aplicable por remisión del 306 de CPACA²⁹, la Sala se limitará a conocer solamente de los puntos

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, C.P. Clara Forero de Castro, marzo 19 de 1998; expediente N° 10051.

²⁹ Ello por cuanto, conforme al artículo 328 C.G.P., aplicable por remisión del 306 de CPACA, *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley...”*

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos, en los casos del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de tomarse en esta instancia.

En ese sentido, señala el recurrente que con la expedición del acto demandado no hubo falsa motivación, a diferencia de lo que sostuvo el *A quo*, toda vez que en él expresamente se dice que el demandante es retirado del servicio porque no realizó la calificación que por ley debió hacer a una empleada que se encontraba bajo su subordinación, afirmación que no está desvirtuada dentro del proceso; y que esa omisión, sin duda afecta las relaciones laborales internas de la administración municipal.

Así las cosas, por metodología y para resolver el problema jurídico planteado en el presente caso, se permitirá la Sala examinar la legalidad del acto administrativo en virtud del cual fue declarado insubsistente el nombramiento del demandante como Comisario de Familia del municipio de Galeras, sólo respecto a la causal de nulidad por falsa motivación, sin dejar de trastocar claro está, los argumentos que sirvieron a la primera instancia para tomar esa decisión.

Está acreditado entonces, que el señor GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE se vinculó al municipio de Galeras, provisionalmente en el cargo de Comisario de Familia, nombrado mediante el Decreto No. 013 del 4 de febrero de 2008³⁰; cargo del que tomó la respectiva posesión, tal como consta en el Acta No. 0755 del 5 de febrero de 2008³¹.

Luego, a través del Decreto 082 del 9 de agosto de 2012³², se declaró insubsistente el nombramiento del demandante del cargo antes mencionado, con lo cual se le desvinculó del servicio.

En ese orden de ideas, se tiene en primer lugar que, el Decreto 082 del 9 de agosto de 2012 -acto demandado-, se expidió con vigencia de la Ley 909 de 2004, norma que admite el retiro del personal vinculado en provisionalidad a través de actos motivados, siempre que se tenga como objeto el buen servicio y satisfacer los intereses comunes de la comunidad, es decir, se persigan los fines del Estado; en caso de que esto no sea así, el acto se encuentra afectado de un vicio invalidante por violar las normas en que debería fundarse y expedición irregular.

No sobra recordar que, la administración puede en cualquier tiempo declarar a los empleados nombrados en provisionalidad insubsistente, pero esa facultad es reglada, por tanto es menester que debe obedecer a criterios objetivos,

³⁰ Folio 16, C. No. 1.

³¹ Folio 17 ib.

³² Folios 55-57 ib.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

proporcionales y razonables, sujeta a los principios constitucionales, es decir, “*debe tener un mínimo de motivación justificante*”³³, a fin de respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración. En el evento de que esa motivación no corresponda con la realidad, deviene la nulidad del acto por la causal de falsa motivación.

En ese orden de ideas, el nombramiento del señor OSORIO SEVERICHE podía declararse insubsistente en cualquier momento, pero el acto de desvinculación debía ser motivado, al margen de que el cargo no se vaya proveer al instante por resultado de un concurso de mérito previo.

Al observar, entonces, el Decreto No. 082 del 9 de agosto de 2012, mediante el cual se declaró insubsistente al actor, se encuentra que el fundamento para ello está en las siguientes consideraciones:

“Que mediante el Decreto de fecha, abril 04 del 2008, número 013, fue nombrada para desempeñar el cargo de Comisario de Familia, el Dr. Guillermo León Osorio Severiche, quien tomó la respectiva posesión, el día 05 de febrero del mismo año.

Que posteriormente, por Resolución 140 de marzo 17 de 2009, se ordenó la incorporación de aquel empleo, en la planta de personal adoptada para el municipio, en este acto administrativo: volviendo a posesionarse el interesado, el veinte de abril de esa anualidad.

Que en ninguno de los actos administrativos mencionados, se clarifica el carácter de dicho nombramiento, si es ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción o si en provisionalidad para empleo de carrera administrativa.

Que no apareciendo esa concreción en la clase o categoría del cargo, fácil es, acudiendo a las normas generales sobre administración de personal, concluir, que el mismo pertenece a la Carrera Administrativa, dado que no está calificado como de libre nombramiento y remoción, ni como de periodo fijo. Ley 909 de 2004 y Decreto 785 del 2005.

Que en el entendido, de que se trata de empleo de carrera administrativa, dicho nombramiento debió ser determinado como en provisionalidad, afectado con la precariedad que reviste a este modelo de nombramientos.

Que según informe rendido por la misma profesional, quien se ocupa de los asuntos de Recursos Humanos del Municipio de Galeras, el señor Comisario de Familia, no hizo las evaluaciones semestrales ni la definitiva de desempeño laboral, correspondiente al año 2011, a la cual está obligado, por ser superior jerárquico de funcionaria de carrera administrativa, señora Janny Royerth Anaya.

Que la omisión señalada, trastorna grandemente la relación de trabajo habida entre el Municipio y la servidora mencionada, pues deja un vacío inmenso en el historial de desempeño de la misma, que afecta a la interesada y por otro lado, priva al Municipio del documento meritorio para la continuidad de dicha relación de trabajo

³³Corte Constitucional, sentencia C-525 de 1995.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

o no. Además, de presuntamente, constituir esa omisión, falta disciplinaria. Y ocasiona, pérdida de confianza en el servidor omisivo.

Que el art. 10 del Decreto 1227 del 2005, faculta al nominador, para dar por terminados nombramientos en provisionalidad, antes de cumplirse el término de duración, el cual no puede ser superior a seis (6) meses, lo cual, contrario sensu, indica, que también podrá hacerlo, cuando se ha desbordado dicho término de duración, en virtud de que la provisionalidad, no confiere fuero alguno de estabilidad, al así vinculado a la Administración Pública.

La Corte Constitucional, por su lado, ha sido reiterativa en su jurisprudencia, en el sentido, de que los actos de retiro de los empleados, deben ser motivados, recientemente lo hizo en la SU-691 del 2011, con lo cual, se ratifica el criterio expresado en la SU-917 del 2010, de que pueden ser separados de sus cargos, todos los empleados en provisionalidad, mediante acto motivado.

El Municipio de Galeras, por conducto de su representante legal, no es ajeno a las previsiones jurisprudenciales anotadas, por eso, para cumplir con el principio de motivación, se desarrollan en los anteriores considerandos, las razones para proceder al retiro del funcionario, dejando así, justificada la decisión ejecutiva de la autoridad administrativa.” (Negrillas de la Sala)

Con esa verificación, considera la Sala que el acto administrativo que retiró del servicio al demandante contiene dos razones que determinaron su retiro, a saber: (i) el incumplimiento en sus funciones como Comisario de Familia, en cuanto omitió calificar a una empleada bajo su supervisión; así como, (ii) la consecuente pérdida de confianza.

Ahora, si bien los fundamentos del acto acusado no aparecen demostrados en el expediente, es decir, el informe rendido por Recursos Humanos del municipio de Galeras que en él se menciona, ello no quiere decir que no sea así, comoquiera que se trata de una afirmación indefinida, en la que debe aplicarse el fenómeno de inversión probatoria, por tanto incumbía al demandante desvirtuarla, esto es, que sí realizó la calificación.

En ese orden, revisado el expediente en su integridad, se tiene que no existe prueba que demuestre que el demandante sí hizo la calificación aludida, por tanto, no puede tenerse como falsa la motivación contenida en el acto demandado, pues para que exista falsa motivación es necesario que el hecho que sirve de fundamento no exista, o no corresponda a la realidad.

En efecto, conviene advertir que la causal de falsa motivación, como se anotó en líneas anteriores³⁴, se constituye cuando se acredita que el acto tuvo motivos o causa en circunstancias inexistentes o erróneas; que a propósito, es necesario que quien alegue éste cargo, aporte al proceso los elementos directos o indirectos que demuestren que tales consideraciones no resultan sujetas a la realidad, pero en este

³⁴ Ver lo atinente a la falsa motivación en los actos de insubsistencia.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

caso el actor no allegó prueba alguna que así lo permita deducir, que en particular debió ser la prueba que demostrara que sí hizo la calificación.

En ese sentido, conforme el Decreto 082 del 9 de agosto de 2012, al demandante le correspondía en ejercicio del cargo de Comisario de Familia, la evaluación y calificación de una servidora pública bajo su subordinación; y no lo hizo, afirmación que se mantiene indefinida, toda vez que el interesado, asistiéndole la carga de la prueba, no acreditó que sí lo hizo.

En ese orden, como no se demostró la existencia de fundamentos contrarios a la realidad o inexistentes en el acto acusado, en consecuencia, la causal tratada como falsa motivación no está probada dentro del proceso. De manera que en este aspecto, le asiste razón al recurrente.

Ahora, la juez de primer grado declaró la nulidad del acto demandado, porque consideró que sí existía una falsa motivación en él, comoquiera que la ausencia de calificación de una empleada subalterna, por parte del demandante, como argumento para ser declarado insubsistente, resulta desproporcionado toda vez que con tal omisión no se afectó el servicio, conforme certificó el actual comisario de familia del municipio de Galeras; teniendo en cuenta además, que la labor de esa empleada es de apoyo y no misional; por lo que máxime, se debió iniciar un proceso disciplinario en su contra, pero no adoptar la decisión de retirarlo definitivamente del servicio.

A propósito, señaló el A quo que el *“acto administrativo demandado, está viciado por la causal falsa motivación, pues su decisión no se tomó atendiendo a los supuestos facticos pertinentes a la figura jurídica de la insubsistencia o mejor decir, se le da una consecuencia jurídica diferente a la omisión en que incurrió el actor, al no calificar a su subalterna”*; más adelante concluyó que, *“se declarará la nulidad del acto demandado, ante la existencia de la falsa motivación al haberse otorgado a un hecho una consecuencia jurídica diferente al que debía, pues se aplicó la figura jurídica de la insubsistencia al demandante como se estipuló allí mismo, cuando no correspondía.”*

Obsérvese que los argumentos expuestos por el A quo para declarar la nulidad del acto demandado por falsa motivación, no encajan propiamente en esa causal, pues ellos se sintetizan en que, primero, la falta de calificación no es razón suficiente para haber retirado del servicio al demandante, dado que con ello no se afectó el servicio, por lo que no era dable declarar la insubsistencia de su nombramiento, sino que debió iniciarse un proceso disciplinario en su contra, con el fin de establecer si era o no responsable por el incumplimiento de un deber legal; ésta posición, bien puede corresponder a la expedición irregular por falta o insuficiente motivación; también dijo, que se utilizó la figura de la insubsistencia, no para mejorar el servicio, sino para un fin distinto; aseveración que versa sobre una

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

posible desviación de poder. Sin embargo, en todo caso ninguna de las razones expuestas demuestra la falsa motivación, ni están probadas como se dirá más adelante.

Existe una particularidad, que debe advertirse, consistente en que el demandante al exponer en el concepto de violación la causal de nulidad por falsa motivación, no hizo referencia a los anteriores argumentos que dio el *A quo* para declararla probada, pues si se observa el libelo genitor, esa causal se fundó en que no es cierto, en primer lugar, que el término de provisionalidad sea el de seis meses; y segundo, que los nombramientos en provisionalidad no gocen de estabilidad. Aspectos que no estuvieron dentro del análisis de la primera instancia, que a la postre ambos tampoco resultaban ser del todo cierto.

En ese sentido, a juicio de la Sala erró el *A quo* al estudiar una causal de nulidad, con argumentos que no estuvieron planteados en el concepto de violación, en atención a la congruencia que debe existir, entre lo plantado en la demanda y lo resuelto por el juez.

El Consejo de Estado sobre el tema dijo:

“Además, como la demanda constituye el marco de la decisión del juez según los términos del artículo 170 del C.C.A., en armonía con el artículo 305 del C. de P.C., conforme a los cuales el juez está obligado a analizar “los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones”, no es posible que el juzgador pueda resolver sobre temas que no le han sido oportunamente puestos a su consideración por contestación de la demanda. Lo anterior porque siendo la jurisdicción administrativa una jurisdicción rogada el juez administrativo debe concretarse a los motivos de violación alegados por el demandante y a las normas que él mismo haya señalado como infringidas”³⁵. (Negritas de la Sala).

Así las cosas, vemos que el juez de primera instancia debió limitar el estudio de legalidad sobre el acto demandado, a los precisos cargos propuestos en la demanda, partiendo de las normas citadas como violadas y el respectivo concepto de violación de cada una de ellas; más no, hacer un examen de legalidad oficioso, cuando declaró probada la falsa motivación en la expedición del acto demandado con argumentos no presentados por el demandante. Máxime, teniendo en cuenta que las causales de nulidad establecidas en la norma, esta es la Ley 1437 de 2011³⁶, son autónomas y con fundamentos claros y propios para constituirse, a pesar de que varias de ellas pueden concurrir en la expedición de un solo acto, tales son: violación de la norma superior o en la que debía fundarse, incompetencia del funcionario que lo profirió, falsa motivación, expedición en forma irregular, desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y desviación de las atribuciones propias.

³⁵ Sentencia Consejo de Estado. Sección Cuarta. Radicación 8780. C.P. Dr. Julio Enrique Correa. Marzo 27 de 1998.

³⁶ Artículo 137.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

La anterior aclaración es importante, por otro lado, porque la declaratoria de un acto administrativo por la causal de falsa motivación debe estar debidamente probada, en razón a que las condenas al Estado por actos expedidos con falsa motivación exigen repetir contra el funcionario que lo expidió, según concepto del Consejo de Estado³⁷.

Ahora, el demandante citó entre otras causales de nulidad, la violación al debido proceso, que vendría a ser por desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, con sustento en que las consideraciones insertas en el acto demandado, indican que la no calificación a una empleada bajo su subordinación, constituye una “falta disciplinaria”; de ahí concluyó seguidamente, que a manera de sanción se le declaró insubsistente, sin previo proceso disciplinario en el que se le garantizaran sus derechos.

Esa apreciación del demandante, es la única que se relaciona -y de manera tangencial- a las razones que conllevó a la juez de conocimiento a declarar desacertadamente la falsa motivación, en cuanto adujo que la omisión cometida por el primero, constituye una sanción disciplinaria, que no ameritaba el retiro del servicio; no obstante, esa tesis debió estudiarse y apoyarse en la causal de expedición irregular por indebida o insuficiente motivación, pues lo que se dice en esencia es que no era razón suficiente tal descuido del demandante, para ser declarado insubsistente.

Sin embargo, cabe precisar que de acuerdo con el artículo 34 del Código Disciplinario Único, en su numeral 20, prescribe que son deberes de todo servidor público: “calificar a los funcionarios o empleados en la oportunidad y condiciones previstas por la ley o el reglamento”; lo cual, conforme el artículo 50, en concordancia con el artículo 43 *ibídem*, constituye una falta leve, sancionable con una amonestación escrita, de acuerdo con el artículo 44, numeral 5º, *ibíd*.

A su vez, el artículo 39 de la Ley 909 de 2004, establece que es obligación evaluar y calificar el desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa, so pena de incurrir en falta grave, en el siguiente sentido:

*“Artículo 39. Obligación de evaluar. Los empleados que sean responsables de evaluar el desempeño laboral del personal, entre quienes, en todo caso, habrá un funcionario de libre nombramiento y remoción, deberán hacerlo siguiendo la metodología contenida en el instrumento y en los términos que señale el reglamento que para el efecto se expida. **El incumplimiento de este deber constituye falta grave y será sancionable disciplinariamente**, sin perjuicio de que se cumpla con la obligación de evaluar y aplicar rigurosamente el procedimiento señalado.*

³⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de septiembre de 2012, radicado No. 11001030600020120005600(2110). Consejero ponente: LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

*El Jefe de Control Interno o quien haga sus veces en las entidades u organismos a los cuales se les aplica la presente ley, tendrá la obligación de remitir las evaluaciones de gestión de cada una de las dependencias, con el fin de que sean tomadas como criterio para la evaluación de los empleados, aspecto sobre el cual hará seguimiento para verificar su estricto cumplimiento.”
(Negrillas de la Sala)*

En ese sentido, para la Sala no hay duda que los empleados responsables de evaluar el desempeño laboral deberán hacerlo, y el incumplimiento de esa orden constituye falta grave, el cual puede ser objeto de sanción disciplinaria, v. gr. la destitución, sin perjuicio de que se cumpla con la obligación de evaluar y aplicar rigurosamente el procedimiento correspondiente, lo cual puede comportar el retiro del servicio.

Ahora, lo anterior no implica que la declaratoria de insubsistencia se encuentre condicionada o sujeta a lo que se decida dentro del proceso disciplinario, toda vez que la insubsistencia es una figura autónoma, que conforme la Ley 909 de 2004, no exige ninguna clase de proceso administrativo previo para ser ejercida, tan sólo que el acto se encuentre objetivamente motivado, en aras de mejorar el servicio y alcanzar los fines del Estado, situación que si se cumple en el presente caso.

En efecto, cabe advertir que la destitución es una sanción disciplinaria, que supone la comisión de una falta disciplinaria que debe imponerse previo el trámite de un proceso establecido en la ley, que tiene además consecuencias adicionales, entre ellas la imposición de la sanción accesoria de inhabilidad para desempeñar funciones públicas por un tiempo determinado. En cambio la insubsistencia, no es una sanción, sino una forma de retiro del servicio, aplicable respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción, en algunos casos respecto de los inscritos en carrera y por supuesto para quienes estén nombrados provisionalmente en cargos de carrera, de conformidad con lo previsto en la Constitución y la ley. Es decir, que el retiro del servicio por decisión de la entidad oficial puede producirse, entonces, por razones distintas a la destitución que procede como consecuencia del adelantamiento de un proceso disciplinario.

Otro aspecto que merece mención, es que a juicio del *A quo* no se afectó el servicio que presta la Comisaria de Familia del municipio de Galeras, por no hacerse la plurimencionada calificación. A propósito, conviene precisar conforme se observó de las consideraciones del acto demandado, y tal como cuestiona el recurrente, ello no fue el motivo por el cual se declaró insubsistente al demandante, sino la omisión en calificar a una empleada subalterna, lo cual internamente si afecta el servicio, comoquiera que se espera de todo servidor público vinculado a la administración; en primer lugar, que cumpla con todos sus deberes legales; y segundo, es necesario que la administración conozca el desempeño laboral de sus empleados.

En ese orden de ideas, las razones que anteceden bastan para revocar la decisión de primera instancia, atendiendo además que existe un pronunciamiento de esta

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

Corporación³⁸, al decidir un asunto, no idéntico al analizado, pero si similar al sub lite, en la misma orientación.

IV. CONCLUSIÓN

Así las cosas, la respuesta al interrogante principal que se planteó *ab initio*, será negativo puesto que, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, al no haberse probado el cargo de falsa motivación, por tanto no hay lugar a la nulidad del acto acusado en virtud de los vicios imputados, así, la decisión que procede es la de revocar la sentencia apelada y, en su lugar, desestimar lo pretendido por la parte demandante.

4.1. Condena en costas.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Ese sentido, se condenará en costas en ambas instancia a la parte demandante, las cuales serán tasadas por la secretaría del juzgado de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del C. General del Proceso, respectivamente.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2014, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en ambas instancias al demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE, conforme lo anotado.

³⁸ Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión Oral, Sentencia No. 022 del 3 de abril de 2014, expediente No. Expediente No. 70-001-33-33-005-2012-000121-01. Magistrado ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ.

Expediente No. 70-001-33-33-002-2013-00034-01
Demandante GUILLERMO LEÓN OSORIO SEVERICHE
Demandado MUNICIPIO DE GALERAS
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

El proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, tal como consta en el Acta No. 160.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado