

Cartagena de Indias D.T. y C., treinta (30) de abril Dos Mil Dieciocho (2018)

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	13-001-33-33-007-2016-00006-01
<b>Demandante</b>	<b>SIGFRIDO LÓPEZ MAZA</b>
<b>Demandado</b>	<b>MUNICIPIO DE MARÍA LA BAJA – BOLÍVAR</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>
<b>Tema</b>	Declaratoria de insubsistencia – no se desvirtuó presunción de legalidad del acto demandado por falta de pruebas.

## I. PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver sobre la impugnación<sup>1</sup> interpuesta por la parte demandante, en contra del fallo de primera instancia dictado por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena<sup>2</sup>, en donde fueron denegadas las pretensiones de la demanda.

## II. ANTECEDENTES

### 2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por el señor SIGFRIDO LÓPEZ MAZA, identificado con C.C No. 8.870.119, actuando a través de apoderada judicial facultada para ello.

### 2.2. Demandado

La acción está dirigida en contra del MUNICIPIO DE MARÍA LA BAJA.

<sup>1</sup> Fols. 99 – 111 Cdno 1

<sup>2</sup> Fols. 89 – 97 Cdno 1

### 2.3. La demanda<sup>3</sup>.

La demanda de las referencia, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, fue instaurada por el señor Sigfrido López Maza, por conducto de apoderada judicial, con el objeto que se declare nulo el Decreto 036 del 11 de junio de 2015 expedido por la Alcaldesa Municipal de María la Baja – Bolívar, mediante el cual, se declaró la insubsistencia en el cargo del demandante.

Como consecuencia de la anterior declaración, pide que se concedan las siguientes,

### 2.4 Pretensiones

*"1. Declarar nulo el Decreto 036 del 11 de junio de 2015, expedido por la **ALCALDESA MUNICIPAL DE MARIA LA BAJA – BOLÍVAR, DIANA MANCILLA DE GONZALEZ**, mediante el cual se declaró la insubsistencia en el cargo del demandante.*

*2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene al **ALCALDE MUNICIPAL DE MARIA LA BAJA – BOLIVAR**, a reintegrar al señor **SIGIFRIDO LOPEZ MAZA**, en el mismo cargo que venía desempeñando, en iguales condiciones de trabajo a las que poseía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría.*

*3. Que se condene a la entidad **MUNICIPIO DE MARIA LA BAJA, BOLIVAR**, al pago de los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir, desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el reintegro.*

*4. Para efectos de prestaciones sociales en general, se declarará que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de mi poderdante, desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado.*

*5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término de(sic) establecido en el artículo 192 del C.P.A.C.A.*

*6. Si no se efectua el pago en forma oportuna, la entidad liquidará los intereses moratorios al DTF Y interés moratoria a la tasa comercial como lo ordena el artículo 192 y 195 inc 4 del C.P.A.C.A.*

*7. La condena respectiva será actualizada, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha de la desvinculación hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.*

---

<sup>3</sup> Folios 1-11 Cdno 1

*8. Que se condenen en costas según lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A."*

## 2.5 Hechos<sup>4</sup>

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Manifestó que el 01 de febrero de 2013 mediante Decreto 016 de la alcaldía Municipal de María la baja, nombró al señor SIGFRIDO LÓPEZ MAZA en el cargo de inspector central de corregidor del corregimiento de Mampujan, código 227 grado 05, en calidad de provisionalidad, tomando posesión en la misma fecha de nombramiento.

Sin embargo, sostuvo que el 11 de junio de 2015 a través de Acto Administrativo Decreto 036, la alcaldesa del Municipio de María La Baja Bolívar, en uso de sus atribuciones declaró la insubsistencia al nombramiento provisional del demandante del cargo de inspector central de corregidor del corregimiento de Mampujan, código 227 grado 05, en calidad de provisionalidad y ordenó la remisión del mismo a la dependencia encargada de recursos humanos, a fin que se registrara la correspondiente novedad en la nómina de empleados.

Argumentó que, el acto administrativo que lo declara insubsistente se fundamenta en un incumplimiento de instrucciones dadas por la administración municipal, en la implementación de medidas orientadas a la seguridad, etc.; así como también en las inconformidades por supuestas demoras en la atención a la comunidad para la presentación de denuncias. Lo anterior, aduce no ser argumentos suficientes para declarar su insubsistencia, como quiera que, desempeñó el cargo de manera intachable y eficiente, siendo esto verificable a través de su hoja de vida, en la que no se observa llamado de atención alguno, ni investigación disciplinaria.

Adujo entre tanto que, el acto administrativo de declaratorias de insubsistencia, fue fundamentado en el memorial de queja presentado ante el despacho de la alcaldía municipal de Marialabaja en su contra y en declaraciones de habitantes del municipio quienes declararon las inconformidades respecto a la no atención de la comunidad y la falta de

---

<sup>4</sup> Fols. 2 – 6 Cdno 1

presencia para la recepción de quejas o denuncias, ante la alcaldía municipal del ente territorial.

## **2.6. Normas Violadas y Concepto De Violación**

La parte demandante considera violadas las siguientes normas:

- Constitución Política. Artículos 2, 6, 25, 29 y 125
- Ley 909 de 2004 y Decreto 1227 de 2005.

Del concepto de la violación expuesto por la parte demandante, se puede destacar lo siguiente:

Considera que con la expedición del Decreto 036 de fecha 11 de junio de 2015, expedido por la Alcaldesa Municipal de María la Baja – Bolívar, Diana Mancilla de González, en donde se declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Sigfrido López Maza en el cargo de inspector central de corregidor del corregimiento de Mampujan, fueron trasgredidas las disposiciones constitucionales, como quiera que, fueron desconocidas las obligaciones de dar protección al trabajo como derecho fundamental del ciudadano.

Lo anterior, en virtud que pese a no tener estabilidad por no encontrarse vinculado a la administración municipal a través de carrera administrativa, se encuentra en provisionalidad ocupando un puesto de carrera que su desvinculación debe ser motivado.

Arguye entre tanto que, durante el tiempo que el actor desempeñó el cargo de inspector central de corregidor del Corregimiento de Mampujan, lo hizo de forma intachable y eficiente, teniendo en cuenta las instrucciones dadas por la administración municipal, siendo constatable en la hoja de vida, en la cual no se observa llamado de atención alguno, o que en su defecto, se haya iniciado en su contra una investigación disciplinaria que lleve a la declaratoria de insubsistencia del señor Sigfrido López Maza.

Finaliza, exponiendo que es clara la desviación de poder con la emisión del acto administrativo demandado, como quiera que la persona que reemplazó al hoy demandante en el cargo de corregidor del municipio, no tiene la formación profesional y la experiencia de él.

## 2.7. Contestación de la Demanda

La parte demandada no dio contestación a la demanda de la referencia

### III. SENTENCIA IMPUGNADA<sup>5</sup>

En sentencia de fecha 28 de febrero de 2017, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, resolvió negar las pretensiones de la demanda, pues consideró que, la presunción de legalidad del acto administrativo acusado no fue desvirtuada, pues no logró la parte demandante demostrar que las razones expuestas en el Decreto 36 del 11 de junio de 2015, no fueran ciertas.

Lo anterior, en virtud que las pruebas aportadas fueron sumarias y no tenían el valor suficiente para llevar al Juez de instancia a tener la certeza sobre el contenido de las mismas, no siendo entonces suficientes para probar la ilegalidad del acto administrativo demandado, por tanto declaró no probada la nulidad de falsa motivación planteada por el accionante.

### IV. RECURSO DE APELACIÓN<sup>6</sup>

Mediante escrito de fecha 13 de marzo del año 2017, la parte demandante presentó recurso de apelación en contra del fallo emitido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, en los siguientes términos:

Adujo la parte demandante que, es evidente la falsa motivación en la expedición del acto administrativo, Decreto 036 del 11 de junio de 2015, expedido por la Alcaldesa Municipal de María la Baja – Bolívar, Diana Mancilla de González, la cual dispone la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Sigfrido López Maza, en el cargo de inspector central de corregidor del corregimiento de Mampujan, toda vez que, si bien, los actos administrativos se encuentran revestidos de presunción de legalidad, no es de desconocer que los hechos que plasmó en la demanda y las pruebas allegadas con la misma, evidencian no existió la mala prestación de un servicio y aun cuando hubiese existido, debió respetarse el debido proceso y el derecho de defensa.

<sup>5</sup> Fols. 89 – 97 Cdno 1

<sup>6</sup> Fols. 99 – 110 Cdno 1

En el recurso de alzada se deja sentado que es clara la vulneración de los derechos fundamentales y constitucionales con el acto administrativo demandado, debido a que en aquel, la administración suprimió el derecho a interponer recursos y lo llevó a acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por otra parte, expresó que pese a no encontrarse el demandante vinculado a la administración municipal a través de carrera administrativa, su acto de desvinculación debe ser motivado y durante el tiempo que desempeñó el cargo de corregidor del corregimiento de Mampujan, lo hizo de forma intachable y eficiente, siendo verificable en la hoja de vida del mismo.

Así las cosas, no observa supuestos fácticos concretos y ciertos que hayan llevado a la Administración Municipal de María la Baja – Bolívar, para determinar la declaración de insubsistencia del apelante, máxime si se tiene en cuenta que al solicitar como prueba de oficio por el Despacho judicial el expediente administrativo laboral del señor Sigfrido López Maza, la administración del Municipio de María la Baja, solo envió el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia.

Concluye afirmando que, no hubo una debida valoración probatoria, pues es evidente que no existía en el expediente las declaraciones extrajuicio de la señora Margelis López y el señor Abel Cañate, quienes bajo la gravedad de juramento afirman no haber presentado escrito de inconformidad ante la Alcaldía de María la Baja.

#### **V. TRÁMITE PROCESAL DE INSTANCIA**

Mediante auto de fecha 28 de marzo de 2017<sup>7</sup>, el Juzgado de origen resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 28 de febrero de 2017; siendo repartida a esta Corporación, tal y como consta en el acta individual de reparto, visible a folio 2 del cuaderno 2 del expediente de la referencia, siendo finalmente admitido por este Tribunal el 16 de agosto de 2017<sup>8</sup>.

Así, mediante auto de fecha 3 de noviembre de 2017<sup>9</sup>, se procedió a correr traslado a las partes para alegar por el término de 10 días hábiles comunes y

---

<sup>7</sup> Fols. 111 – 113 Cdno 1

<sup>8</sup> Fol. 4 Cdno 2

<sup>9</sup> Fol. 8 Cdno 2

una vez vencido el término anterior, empezó a correr el traslado al Ministerio Público para que emitiera concepto en el asunto bajo estudio.

## **VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

### **6.1.- Alegatos de la parte demandante<sup>10</sup>:**

La parte demandante, reiteró lo expuesto en el recurso de apelación instaurado y en el libelo introductorio de la demanda.

### **6.2.- Alegatos de la parte demandada:**

La parte demandada no alegó de conclusión

### **6.3.- Ministerio Público:**

El Agente del Ministerio Público no alegó de fondo.

Así las cosas, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

## **VII. CONSIDERACIONES**

### **7.1.- Control de Legalidad**

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado.

### **7.2.- Competencia.**

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

### **7.3.- Acto Administrativo demandado.**

En el presente asunto, el acto administrativo acusado es el Decreto 036 del 11 de junio de 2015, expedido por la Alcaldesa Municipal de María la Baja – Bolívar, Diana Mancilla de González, en la que se declaró la insubsistencia en el cargo del demandante Sigfrido López Maza.

---

<sup>10</sup> Fols 13 -22 Cdno 2

#### **7.4.- Problema jurídico.**

El problema jurídico en esta instancia se circunscribe en determinar si

*¿Queda desvirtuada la presunción de legalidad de un acto administrativo que declara la insubsistencia de un corregidor nombrado en provisionalidad, cuando la parte demandante no demostró en esta instancia que las causales alegadas por la administración en el acto administrativo demandado no se encuentran debidamente motivadas?*

#### **7.5.- Tesis de la Sala**

La sala confirmará el fallo de primera instancia dictado por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena en fecha 28 de febrero de 2017 en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, como quiera que, las declaraciones extrajuicio no desvirtúan las quejas presentadas el 15 de abril y 20 de mayo de 2015 ante la Secretaría de gobierno del Municipio de María la Baja, lo que en principio no sirve para cambiar la presunción de legalidad del acto demandado, aun cuando la parte apelante considere que la desvinculación de una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera solo se puede hacer por causales previstas en el artículo 41 de la Ley 909 del año 2004 y el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005.

Sin embargo, es de señalar que la administración hizo uso del Decreto 1227 de 2005, manifestando las causales por las cuales se declara la insubsistencia del cargo del señor Sigfrido López Maza, afirmaciones que el actor no demostró no ser ciertas en esta instancia, porque en ningún aparte normativo se exige que para desvincular a un empleado provisional, deba primero realizársele un procedimiento disciplinario como lo sugiere el apelante

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación y para solventar el mérito del sub examine, el hilo conductor a saber: (i) normatividad de la carrera administrativa, el encargo y la provisionalidad en Colombia; (ii) de la situación del Empleado Provisional; (iv) caso concreto (v) conclusión.

### **7.6.- Normatividad de la carrera administrativa, el encargo y la provisionalidad en Colombia<sup>11</sup>.**

**La Carta Política de 1886**, en su Título V, incluyó varias disposiciones relativas a las reglas generales sobre el acceso, organización y administración del servicio público y sobre quienes se vincularan laboralmente al mismo; de hecho, así se extrae de los artículos 62, 122 a 131; de allí que, el fundamento de la administración pública, descansa en la carta política.

**La Carta Política de 1991** varió de manera trascendente el texto del artículo 62 de la anterior Constitución hasta el punto de dedicar a la Función Pública, todo el Capítulo 2º, es decir, de los artículos 122 a 131.

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

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

Con relación a la carrera administrativa, cabe resaltar que son también concordantes el numeral 13 de su artículo 189, que estableció que es al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa a quien le corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones,

---

<sup>11</sup> El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, agosto 4 de 2010, Expediente N° 15001-23-31-000-2001-00354-01 (0319-08)

según la Constitución o la ley. Y determinó que en todo caso, al Gobierno le asiste la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes. En el artículo 209 estableció, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones; con lo que adquirieron rango constitucional los principios que hasta el momento solo encontraban consagración legal.

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

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

En el artículo 19, precisa lo que es un empleo público y en su artículo 22, contempló la ordenación de la jornada laboral.

El artículo 23 señala que las clases de nombramientos son: ordinarios, en periodo de prueba o en ascenso, de acuerdo a si se trata de empleo de libre nombramiento y remoción o de carrera.

En su artículo 24 en cuanto al encargo dispone, que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera y una vez convocado el concurso, los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados, previa acreditación de requisitos, aptitudes y habilidades, situación que no puede superar los 6 meses, este encargo debe recaer en empleado inferior. En el caso de empleos de libre nombramiento y remoción, cuando se trate de vacancia temporal o definitiva, procede el encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento, y en el caso de vacancia definitiva el término del encargo es de 3 meses, vencido el cual se debe proveer en forma definitiva.

En el artículo 25 establece, que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de

su cargo, el mismo será provisto en **forma provisional**, *“sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”*.

El Parágrafo 2º del artículo 41 prescribe, que el retiro de los empleos de carrera debe efectuarse por acto motivado y la remoción de los empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y por acto **no** motivado.

El artículo 42 establece las causas por las cuales se pierden los derechos de carrera, dentro de las que se encuentran el retiro, por las causales previstas en el artículo anterior y la posesión en cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado comisión. Señala que no se pierden los derechos de carrera si el empleado toma posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.

Se resalta que el artículo 56 establece la posibilidad de que los provisionales puedan concurrir a concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer cargos de carrera en forma definitiva, a quienes se les reconocería la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio, pero dicha disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-733 de 2005.

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

Definió el empleo temporal en el artículo 1º, como aquel creado en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento; está sujeto a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad; el estudio técnico debe contar con concepto previo favorable del DAFP y su régimen salarial y prestacional será el que corresponde a los empleos de carácter permanente. Como lo informa su artículo 4º, el nombramiento se debe efectuar teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal, mediante acto administrativo con indicación del término de duración, que una vez vencido, implica su retiro automático, teniendo en cuenta, según su artículo 3º, las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y si no existen, la Entidad realizará un proceso de evaluación del perfil.

En el Parágrafo Transitorio de su artículo 8º en cuanto a los **empleados provisionales** dispuso, que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a

concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio; **dicho encargo o nombramiento provisional no puede superar los 6 meses**, término dentro del cual se debe convocar a concurso y reitera que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

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

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

Empero, estas disposiciones fueron suspendidas provisionalmente por el H. Consejo de Estado<sup>12</sup>, en providencia del 5 de mayo de 2014; por considerar entre otras cosas que, la Comisión Nacional del Servicio Civil no puede inmiscuirse en temas regulados específicamente por la normativa especial; en este sentido señaló:

*"(...) El Despacho resalta que el objeto de esta providencia es establecer si del cotejo entre el Decreto 4968 de 2007 proferido por el Presidente de la República y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Circular No. 005 de 2012, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, con las normas invocadas en la solicitud de medida cautelar, se violan los preceptos Constitucionales y legales y en consecuencia, es procedente suspender provisionalmente los efectos jurídicos de los actos administrativos acusados.*

*Para resolver lo anterior, debe precisarse que los sistemas de carrera administrativa se clasifican en: general, específico (de creación legal) y especial (de origen constitucional) y que la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, se encuentra facultada para administrar y vigilar la carrera administrativa de los servidores públicos con excepción de las carreras que tengan carácter especial.*

*Sobre la facultad de la CNSC para ejercer las funciones de administración y vigilancia de los regímenes general y específicos de carrera administrativa de origen legal, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C- 1230 de 2005, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 4 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:*

*"La Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador sistemas específicos de carrera, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal y como ocurre con el sistema general de carrera. Distintas son las razones que apoyan esta interpretación.*

*La Constitución del 91 consagró el sistema de carrera como la regla general para el acceso al servicio público, y con ese mismo propósito le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia "de las carreras de los servidores públicos".*

*Si ello es así, no queda duda que la exclusión de competencia prevista en el artículo 130 Superior para la Comisión es de alcance excepcional y de interpretación restrictiva y, por tanto, debe entenderse que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional, o lo que es igual, para aquellos señalados expresamente por la propia Carta Política. Si el artículo 130 Superior dispone que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad "responsable de la*

---

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

*administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos", excepción hecha de las que tengan carácter especial", está definiendo dos aspectos puntuales sobre su ámbito de competencia.*

*El primero, que la referida competencia es sobre "las carreras de los servidores públicos"; es decir, que tiene alcance general y que, por tanto, no se puede agotar en un sólo sistema de carrera, la carrera ordinaria o común, sino que se proyecta también sobre otros que, de acuerdo con la exclusión de competencia prevista en la misma preceptiva, no pueden ser sino los sistemas especiales de origen legal. El segundo, que las funciones a ella asignada para administrar y vigilar las carreras se constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible. Acorde con los artículos 125 y 130 de la Carta, la interpretación que se ajusta al espíritu de dichas normas, es aquella según la cual, es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales que tengan origen constitucional. Ello significa que se constituye en un imperativo constitucional, que se le asigne a dicha Comisión tanto la administración como la vigilancia de la carrera general y de las carreras especiales de origen legal, estas últimas, denominadas por el legislador carreras específicas. Cabe destacar que, aun cuando es cierto que el legislador goza de un amplio margen de configuración política para desarrollar lo concerniente a la implementación del sistema de la carrera, tratándose de la carrera general y de los sistemas especiales de carrera de origen legal, dicha habilitación no comprende ni compromete la definición de competencia sobre las funciones de administración y vigilancia de las carreras, por ser éste un asunto del que se ha ocupado directamente la Constitución Política, precisamente, al asignarle a través del artículo 130 las dos funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Corte encuentra que en lo que respecta al numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004, acusado en esta causa, el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa contraria al ordenamiento Superior, al reducir la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil únicamente a la "vigilancia" de las carreras específicas".*

*De la transcripción de la jurisprudencia anterior se infiere que la CNSC está plenamente facultada para administrar y vigilar la carrera administrativa general y la carrera administrativa específica de orden legal, la cual rige a algunas entidades del orden nacional y territorial, entre otros, la carrera de los servidores de la DIAN y de las Superintendencias.*

*Encuentra el Despacho que del cotejo entre el texto de los actos administrativos acusados y las normas invocadas como vulneradas se evidencia la vulneración de estas últimas<sup>13</sup>, por cuanto el Decreto 4968 de 2007, crea procedimientos y trámites*

---

<sup>13</sup> De la Ley 909 de 2004: **"Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa.** En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

*adicionales para la provisión de empleos públicos en las modalidades en encargo y*

a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; (...)

h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;

j) Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;

k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa (...)"

**"Artículo 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa.** La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;(...)

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley; (...)

**Parágrafo 1º.** Para el correcto ejercicio de sus competencias en esta materia, la Comisión Nacional del Servicio Civil estará en contacto periódico con las unidades de personal de las diferentes entidades públicas que ejercerán sus funciones de acuerdo con lo previsto en la presente ley (...)"

**"Artículo 24. Encargo.** Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva".

**"Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal.** 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".

*de provisionalidad, además de establecer las prórroga de los encargos, los cuales tienen por ley un término perentorio de 6 meses, tal como lo expuso por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia de 12 de abril de 2012, proferida dentro del proceso (9336-2005).*

*De otra parte advierte el Despacho que dentro de las facultades conferidas a la Comisión Nacional de Servicio Civil está la de instruir sobre la aplicación de las normas de la carrera administrativa pero no para crear o modificar los procedimientos para acceder a los empleos públicos, excediendo lo dispuesto en la Constitución y la Ley.*

*Finalmente, se destaca que no es posible que la CNSC so pretexto de ejercer sus funciones de administración y vigilancia se atribuya la facultad de inmiscuirse en temas regulados específicamente por la normativa especial, adicionando los procedimientos para determinar la procedencia de los encargos, el nombramiento en provisionalidad y su prórrogas, así como la delegar la facultad nominadora en las entidades públicas (...).*

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

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

#### **7.6.1.- De la situación del Empleado Provisional**

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

Es así como en la Carta Política de 1886 inicialmente se consagraron las reglas generales sobre el servicio público, entre las que se hizo alusión a la carrera administrativa, que en los primeros cincuenta años de su vigencia se tornó en una figura extinta, pero que renació con la expedición de la Ley 165 de 1938, en la que se proyectaron los principios fundamentales de mérito y

de igualdad para el acceso, la permanencia y ascenso en la misma. Sin embargo, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968, en tanto que admitió el ingreso automático a la misma, favoreciendo a los empleados que estuvieron desempeñando el empleo de carrera, solo por el hecho de estarlo haciendo al momento de la expedición de la ley; obviando con ello, que uno de los pilares básicos es el mérito que se debe demostrar previo al ingreso en el servicio público, situación que encontró su fin solo hasta el año 1997, con la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional del artículo 22 de la Ley 27 de 1992 en la Sentencia C-030.

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

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

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

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

La manera como quedó redactado el precepto, en principio, no sería extendible a los funcionarios provisionales, pero tampoco estos vínculos generan derecho de estabilidad; de tal suerte, que la ambigüedad se resuelve en la identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, lo cual origina en forma lógica que la cesación definitiva de funciones comporta identidad de dispositivo de los señalados en el artículo 25 literal a), es decir, que el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, pueda y deba hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, pensar lo contrario supone atribuir al nombramiento provisional consecuencias que no tiene, es decir, someterlo al procedimiento del inciso 2° del artículo 26, sin que se comporte hipótesis material, porque el ingreso de estas personas no ocurrió previo un sistema de selección de mérito, lo cual como puede apreciarse, conduce a que la identidad material del ingreso al servicio por nombramiento ordinario comparta analogía real con el ingreso al servicio público por nombramiento en provisionalidad.

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

Tal identidad que comparte el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, en razón de que puede declararse su insubsistencia

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

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

El nombramiento provisional, con las Leyes 27 de 1992 y Decretos Reglamentarios y con la Ley 443 de 1998, pasó a convertirse en figura suplente del encargo, que se constituyó en el derecho preferencial de los empleados escalafonados para ocupar los cargos de carrera; de suerte que, la provisionalidad en virtud de la segunda Ley, admitió varias excepciones a su temporalidad de 4 meses, aunque en el Parágrafo de su artículo 8º, expresamente contempló la imposibilidad de la prórroga de dicho término al igual que el impedimento para proveer nuevamente el empleo a través de dicho mecanismo.

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

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

provisional, puede y debe hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, que también aplica para los empleados con nombramiento ordinario.

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

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

De todo lo anterior emerge con claridad, que *in factum* no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación *in absurdo*, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

Por tanto, el nombramiento en provisionalidad no genera ninguna clase de estabilidad respecto al empleado que lo ocupa, dado que el mismo legislador previó las circunstancias para que se tome dicha figura, así como la terminación de la misma; toda vez que su nombre de provisionalidad,

aduce, transitorio; posición que impera hasta el día de hoy en el Tribunal Supremo de lo Contencioso.

#### **7.7.- Hechos Probados**

- Decreto 016 del 01 de febrero de 2013, emitido por la Alcaldía Municipal de María la Baja – Bolívar, donde nombra en el cargo de Corregidor del Corregimiento de Mampujam, al señor Sigfrido López Maza. (Fol. 13 Cdno 1)
- Acta de posesión del señor Sigfrido López Maza en el cargo de corregidor del corregimiento de Mampujan en fecha 01 de febrero de 2013. (Fol. 14 Cdno 1)
- Decreto No. 036 del 11 de junio de 2015, emitido por la Alcaldía Municipal de Marialabaja - Bolívar. (Fols. 15 – 19 Cdno 1)
- Copia de Notificación Personal de la Resolución No. 036 del 11 de junio de 2015. (Fol. 20 Cdno 1)
- Copia de certificado laboral expedido por la Secretaría de gobierno del Municipio de María la Baja (Fol. 21 Cdno 1)
- Copia de certificado respecto a sede de la inspección de Policía de Mampujan. (Fols. 22)
- Copia del escrito de acción de tutela formulada en contra de la Alcaldía del Municipio de María la Baja – Bolívar (Fols. 37 – 44 Cdno 1)
- Copia de manual de funciones y competencia laboral del cargo de corregidor del corregimiento de Mampujan (Fols. 23 – 36 Cdno 1)
- Copia de respuesta dada por la Alcaldía de María la Baja el día 02 de octubre de 2015 (Fols. 45 – 48 Cdno 1)
- Copia de escritos de quejas dirigidas a la Secretaría de Gobierno de María la Baja - Bolívar (Fols. 49 – 50 Cdno 1)
- Declaraciones extrajudicial en la notaría única de María la Baja de Margelis López y Abel Cañate, en el que expresan bajo la gravedad de juramento nunca haber presentado inconformismo ante la alcaldía de María la Baja (Fol. 51 – 52 Cdno 1)

#### **7.8.- Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico**

De conformidad a las pruebas aportadas y la pretensión de declaratoria de nulidad del acto administrativo Decreto 036 del 11 de junio de 2015, es preciso señalar por esta Sala que, la declaratoria de insubsistencia del señor Sigfrido López Maza, en el cargo de corregidor del corregimiento de Mampujan, en provisionalidad, se fundamentó en el no acatamiento de instrucciones del hoy demandante por parte de la Alcaldía Municipal de María la Baja – Bolívar, a fin que implementase medidas destinadas a la seguridad y a la aplicación de las normas establecidas en el código de policía, entre otras tantas que permitieron concluir que no le dio cumplimiento a las órdenes impartidas por la Alcaldesa Municipal y no atender a la comunidad en horarios hábiles, así como que varios ciudadanos se acercaron al Despacho de la Alcaldía Municipal de María la Baja para manifestar su inconformidad con la comunidad para presentar cualquier denuncia.

Los hechos anteriores, ponen de manifiesto la falta de compromiso del demandante con las políticas institucionales y los fines misionales que han afectado el principio de eficacia que rige la función administrativa.

Ahora bien, es preciso señalar por esta Corporación que, el demandante fue vinculado al cargo de corregidor del corregimiento de Mampujan según Decreto 016 del 1 de febrero de 2013, tomando posesión de aquel en la misma fecha y siendo nombrado en provisionalidad, desvinculado de dicho cargo mediante Decreto 036 del 11 de junio de 2015, según certificado expedido por la Secretaría de Gobierno del Municipio de María la Baja - Bolívar, laborando hasta el 21 de junio de 2015.

Igualmente, está demostrado que en el corregimiento de Mampujan para el año 2015, la inspección de policía no tenía sede propia ni un bien inmueble arrendado para que en las misma funcionara; que igualmente dentro de las funciones esenciales del cargo de corregidor está la de recibir, tramitar las denuncias que de acuerdo a su competencia le correspondan, así como, participar en los operativos tendientes a mantener la tranquilidad, seguridad y salubridad pública. De la misma manera, según el manual de procesos y procedimientos del Municipio de María la Baja – Bolívar, los corregidores tienen la obligación de participar en las labores de apoyo a la justicia a la ciudadanía y dentro de ellas cumplen varias funciones, entre ellas recibir y tramitar las denuncias verbales o escritas y adelantar los procesos por ocupación de hecho y auxiliar las comisiones de las respectivas autoridades judiciales.

También, se encuentra verificado en el plenario que con la respuesta al derecho de petición, visible a folio 45 a 48 del cuaderno 1 del expediente de la referencia, presentado por el actor, que no existe llamados de atención por escrito en la hoja de vida, ni recomendaciones dirigidas al señor Sigfrido López Maza que se hayan realizado por escrito, ni evaluación, ni recomendaciones para sus funciones también realizadas de manera escrita. Así como existen dos quejas presentadas el 15 de abril y 20 de mayo de 2015 por los señores Abel Cañate identificado 9.153.899 de María la Baja y Margelis López, identificada con cédula de ciudadanía No. 45.368.645 de María la Baja, en donde se quejan que el señor Sigfrido López en su calidad de corregidor del corregimiento de Mampujan no atendía oportunamente porque se desempeñaba como trabajador de una empresa privada de televisión denominada GLOBAL T.V y cuando lo iban a buscar en sus funciones de corregidor manifestaba que atendería de noche o el fin de semana, por ello solicitaron a la Secretaría de Gobierno que tomara los correctivos del caso para que el servicio funcione.

Finalmente, existen dos declaraciones extrajudicio rendidas ante la Notaria Única de María la Baja, por el señor Abel Antonio Cañate Rodríguez, identificado con la cédula ciudadanía No. 9.153.899 de María la Baja – Bolívar, en el que manifestó que *“ELIOBER LOPEZ FERNANDEZ le llevó una hoja en blanco para que yo se la firmara, porque le iban a dar un trabajo, yo la firmé, pero ahora en esa hoja hay unas cosas escritas de las cuales yo no las he dicho ni me constan. Yo soy una persona que no me gusta meterme en las cosas que no me interesan, quiero borrar la mala imagen que me han dado, ya que yo no tenía conocimiento de lo que escribieron en esa hoja”* y la señora Margelis López Fernández, identificada con cedula de ciudadanía 45.368.645 expedida en María la Baja – Bolívar quien expresó que *“efectuadas las anteriores manifestaciones declara: Manifiesto bajo la gravedad del juramento que la Carta dirigida a la señora Katerine Batista, no lo hice yo, como tampoco la firma que aparece ahí es mía. Igualmente manifiesto que yo nunca he llegado donde el señor SIGFRIDO LOPEZ MAZA a solicitarle o a realizar alguna diligencia en horas de la noche referente a su oficio como Corregidor de Mampujan.”*

Los motivos de la impugnación consisten en la inexistencia de la mala prestación del servicio y de haber existido no se respetó el debido proceso y el derecho de defensa del actor. Agregando que no existió según las pruebas aportadas por la parte demandante, requerimiento alguno por el jefe inmediato ni llamado de atención escrito o verbal, donde se demuestre por parte de la Administración Municipal tal hecho; por lo que considera que son falsos los motivos que llevaron a la desvinculación del señor Sigfrido López Maza del cargo desempeñado.

Reitera entre tanto que, no se vislumbra que la desvinculación haya sido por provisión definitiva del cargo mediante concurso de mérito, las imposiciones de sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria, otra razón atinente al servicio prestado o el incumplimiento de las funciones propias del cargo, argumentando que existe desviación de poder, como quiera que, la persona que reemplazo al señor López Maza no tenía la formación profesional ni la experiencia, ya que la decisión fue política.

Finalmente sostiene que las declaraciones extrajuicio expresan bajo la gravedad de juramento nunca haber presentado escrito de inconformidad a la Alcaldía del Municipio de María la Baja, por lo que al no apreciarse en conjunto las pruebas, el fallo de primera instancia yerra y en consecuencia en este sentido, debe ser revocado.

Ahora bien, sea lo primero indicar por esta Sala que en lo relacionado con el hecho que la persona que reemplazó al señor López Maza no tenía la formación profesional ni la experiencia y que la razón de la desvinculación fue de carácter político, tal afirmación no se encuentra demostrada en el expediente con ninguna de las pruebas antes relacionadas, por lo que la causal de desviación de poder alegada no está llamada a prosperar, ya que, no obra en el plenario ni siquiera el nombre de la persona que la reemplazó, y consecuentemente, tampoco su hoja de vida, para poder realizar una comparación, ni ningún otro medio probatorio que indique una razón diferente a la plasmada en el Decreto 036 del 11 de junio de 2015 para desvincular al señor Sigfrido López Maza del cargo de corregidor de Mampujan perteneciente al Municipio de María la Baja.

Por otra parte, en lo que atañe a la inexistencia de sede física donde funcione la oficina del corregidor en el corregimiento de Mampujan, que la alcaldía haya construido o arrendado para dicho funcionamiento, no es prueba del posible incumplimiento de las funciones del demandante, ya que eso traería como consecuencia preguntarse entonces ¿cómo cumplía dichas funciones y como cobraba su salario sin la prestación del servicio? El asunto debatido, no se centra en si existe sede o no para el funcionamiento del corregidor en el corregimiento de Mampujan, sino si existieron motivos para su desvinculación por el incumplimiento en las funciones del mismo.

Así, de la respuesta al derecho de petición emitido por la alcaldía se desprende que no hubo requerimientos realizados por escrito, ni llamados de atención por la misma naturaleza, ello no significa que no pudieron ser de carácter verbal. Si bien, se afirma en el escrito de impugnación que no

existieron requerimientos de este tipo, no hay prueba alguna de que eso no haya sucedido, sin embargo, el motivo principal de la desvinculación fueron dos denuncias o quejas realizadas por los señores Margelis López Fernández y Abel Antonio Cañate Rodríguez, quienes expresaron queja frente al funcionamiento del corregidor de Mampujan, el señor Sigfrido López Maza, quien no cumplía a cabalidad con sus funciones porque alteraba las horas de atención al público.

Entre tanto, los querellantes mencionados en el párrafo anterior rindieron declaraciones extrajuicio, donde aparentemente se desvirtúa dicha queja, empero las mismas, no fueron ratificadas dentro de la etapa probatoria. Pero al decir de la apelante se le debe tener como plena prueba de conformidad a lo expresado el artículo 222 del CGP, por no haberse solicitado su ratificación por parte del municipio demandado. Tal afirmación es cierta, por lo tanto el juez de primera instancia debió darles el valor probatorio respectivo y no aplicar el 188 del mismo estatuto, ya que si quería ampliar o clarificar dichas declaraciones ha debido hacer uso de la prueba de oficio.

Lo anterior, no es óbice para realizar el estudio de dichas declaraciones extrajuicio a la luz del artículo 221 del estatuto procedimental señalado y teniendo en cuenta el contenido literal de la misma, se desprende que dichas declaraciones no cumplen con los requisitos del 221 y veremos por qué: en primer lugar, no se establece a que hojas en blanco se refiere el señor Cañate en su declaración, si son las mismas o no de la queja presentada el 15 de abril de 2015 ante la Secretaría de gobierno del Municipio de María la Baja que obra a folio 49 del expediente, puesto que, no se le preguntó sobre el contenido específico de dicho documento, además de referirse a unas hojas que le firmó a Eliober Fernández para un trabajo, que nada tienen que ver con dicha queja; en segundo lugar, frente a la declaración de Margelis López Fernández, si bien, se refiere a una carta dirigida a Katerine Batista, tampoco se refiere a cual, pues solo se limita a decir que ella no la realizó en la forma como allí aparece y que no ha llegado en las horas de la noche a solicitar los oficios del señor López Maza como Corregidor, en ninguna época.

Por tanto, si se comparan estos dos documentos, la señora López nunca expresó en su queja que fue en las horas de la noche a solicitar servicio al corregidor, a contrario sensu, se quejaron de que el señor no atendía en el día porque realizaba otras funciones, que dicho sea de paso son incompatibles con la de funcionario público.

De todo lo aquí expuesto, se puede inferir que efectivamente el cargo de corregidor si tiene la obligación de recibir denuncias, apoyar en las labores de tranquilidad en la jurisdicción de su competencia y que al momento de expedir el acto administrativo demandando existían dos quejas, coincidentes con la prestación deficiente del servicio, los cuales sirvieron de motivo, entre otros, para producir el acto administrativo Decreto 036 de 2015, tendiente a la desvinculación, quejas que la administración tenía el deber de creer en ellas en virtud al artículo 83 de la carta política de 1991, en cuanto se refiere a que hay que aplicar el principio de buena fe en las actuaciones de los particulares ante la administración y no tenía por qué dudar del origen de las mismas.

Así las cosas, las declaraciones extrajuicio no desvirtúan las quejas presentadas el 15 de abril y 20 de mayo de 2015 ante la Secretaría de gobierno del Municipio de María la Baja, lo que en principio no sirve para cambiar la presunción de legalidad del acto demandado; sin embargo, considera la apelante que la desvinculación de una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera solo se puede hacer por las causales previstas por el art 41 de la Ley 909 del 2004 y el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 .

En este caso, la administración hizo uso del Decreto 1227 de 2005, manifestando las causales antes mencionadas, afirmaciones que el actor no demostró no ser ciertas en esta instancia, porque en ningún aparte normativo se exige que para desvincular a un empleado provisional, deba primero realizársele un procedimiento disciplinario como lo sugiere el apelante; razón por la cual, para desvirtuar el hecho de que prestaba servicios deficientes, o que no se desempeñaba en otras labores, debía traer unos medios probatorios que demostraran que las razones esbozadas por la administración eran falsas, pero en este asunto, esos medios probatorios están ausentes, lo que deja incólume el principio de legalidad contenido en el acto administrativo Decreto 036 de 11 de junio de 2015, en el cual se motivó y soportó por dos quejas en la prestación deficiente del servicio, eso era lo que había que infirmar para poder desvirtuar la anterior presunción y así prosperar las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, esta Sala no encuentra demostrada la causal de falsa motivación alegada y en consecuencia se confirmará el fallo de primera instancia.

#### **7.9.- Conclusión**

A este punto, es importante señalar que si bien es cierto, el Juez de primera instancia debía decretar las pruebas de oficio que considerara dentro del proceso, no es menos cierto que las declaraciones extrajudicio aportadas por la parte demandante no desvirtúan las quejas presentadas el 15 de abril y 20 de mayo de 2015 ante la Secretaría de gobierno del Municipio de María la Baja, tendientes a poner en evidencia los servicios deficientes del señor Sigfrido López Maza como corregidor del corregimiento de Mampujan en el Municipio de María la Baja – Bolívar, como quiera que, la administración hizo uso del Decreto 1227 de 2005, manifestando las causales bajo las cuales declaró la insubsistencia del demandante.

Por tanto, como se dejó sentado en el caso concreto de este proveído, para desvirtuar el hecho de que prestaba servicios deficientes como corregidor, o que no se desempeñaba en otras labores, la parte apelante debía traer unos medios probatorios que demostraran que las razones esbozadas por la administración eran falsas, pero en este asunto esos medios probatorios están ausentes, lo que deja incólume el principio de legalidad contenido en el acto administrativo Decreto 036 de 11 de junio de 2015.

#### **VI. COSTAS**

Toda vez que no es una acción pública, es procedente la condena en costas; lo cual será liquidada por el Juez de primera instancia de conformidad con lo reglado en el artículo 188 del CPACA y 365, 366 del CGP

#### **VII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha 28 de febrero del año 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** en esta instancia a la parte vencida en el presente asunto.

**TERCERO:** una vez en firme, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 033 de la fecha.*

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**LOS MAGISTRADOS**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

**EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS    LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**