

Cartagena de Indias D, T y C, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2016-00224-01
Demandante	INGRID CASTELLAR SANJUANELO
Demandado	MUNICIPIO DE MARIA LA BAJA
Tema	DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, que concedió las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- La señora INGRID CASTELLAR SANJUANELO fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Área de Salud Código 237 Grado 03 mediante Decreto 0016 del 2 de enero de 2008 en el Municipio de María la Baja.



- Mediante Decreto 072 del 13 de abril de 2016, el Alcalde del Municipio de María la Baja declaró a la demandante insubsistente en el cargo que venía desempeñando.
- Señala la demandante que el acto administrativo de desvinculación contiene una falsa motivación pues afirma que en ningún momento ha faltado a su trabajo, que siempre cumplió con un horario de trabajo en forma puntual y nunca fue notificada de quejas en su contra sino hasta la comunicación del acto de insubsistencia.
- Afirma que las quejas presentadas en su contra no son ciertas porque en esos días se encontraba trabajando en su horario de trabajo y existe plena evidencia documental y testimonial de ello. Igualmente aduce que es falso que no existiera coordinación entre las promotoras de salud de los distintos corregimientos y la Secretaria de Salud Municipal, toda vez que, si bien las promotoras no se encontraban bajo el mando del Profesional Universitario, afirma que la Secretaria de Salud coordinó los diferentes programas y actividades que desarrollaban.
- Indica la demandante que desde que se dio el cambio de administración se produjo un ambiente tenso y se hacían comentarios de que la iban a desvincular del trabajo, por cuanto afirma no encontrarse en la campaña del señor Carlos Antonio Coronel Mera, y que dichos comentarios fueron hechos por personas cercanas al mismo. Señala que sentía presión hacia ella y se sentía acosada y con angustia de que en cualquier momento la declararan insubsistente, por lo que formuló una queja ante la Procuraduría General de la Nación.
- Finalmente manifiesta la actora que se encontraba sindicalizada al momento de su declaratoria de insubsistencia.

1.2 Las pretensiones de la demanda

Se señalan como pretensiones de la demanda las siguientes:



“PRIMERA: Declárese nulidad el decreto 072 del 13 de abril de 2016, expedido por el señor alcalde del municipio de MARIA LA BAJA Dr. CARLOS ANTONIO CORONEL MERA, por medio del cual se declaró insubsistente a mi poderdante en el cargo que venía desempeñando como Profesional universitario en el área de la salud, código 237, grado 03.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, en calidad de restablecimiento del derecho, ordénese el reintegro de INGRID CASTELLAR SANJUANELO en el cargo que venía desempeñando como Profesional Universitario en el área de la salud, código 237 grado 03 o en otro de igual o superior categoría.

TERCERA: En consecuencia, y como restablecimiento del derecho, ordénese al municipio de MARIA LA BAJA-NIT. 800.095.466-8 que pague a INGRID CASTELLAR SANJUANELO los salarios, descansos, bonificaciones, vacaciones, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral, indemnizaciones, aumentos legales, reajustes salariales, subsidios y demás emolumentos, con sus incrementos legales, debidamente indexados, desde cuando se produjo su retiro hasta cuando efectivamente sea reintegrada en su cargo o a otro de igual o superior categoría.

CUARTA: Que se considere que no ha existido solución de continuidad en los servicios prestados, para todos los efectos legales y prestacionales de INGRID CASTELLAR SANJUANELO. Es decir, su vinculación no ha tenido interrupción.

QUINTA: que se condene a la entidad demandada a pagar los daños o perjuicios morales a la demandante causados por la desvinculación laboral contenida en el acto administrativo objeto de esta demanda. Mi cliente tasa esta pretensión en la suma de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas liquidadas de moneda de curso legal en Colombia, y se ajustaran tomando como base el índice de precios al consumidor.

(...)"

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante señala como normas violadas: preámbulo de la Constitución Política, artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53, 125, 209 de la Constitución Política, artículos 41, 43 de la Ley 909 de 2004, los artículos 4, 5, 6, 9, 13, 15, 17, 94, al 181 de la Ley 734 de 2002, artículos 3, 35, 66, 67, 72 y 74 del CPACA, artículos 10, 50 a 64 del Decreto 1227 de 2005 y los Acuerdos 17 de 2008 y 138 de 2010.

Aduce la parte demandante el Decreto 072 del 13 de abril de 2016 cuya nulidad se persigue incurrió en cinco causales de nulidad: (i) fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, (ii) fue expedido en forma irregular, (iii) fue despedido con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, (iv) fue expedido con falsa motivación y, (v) fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

(i) Infracción de las normas en que debía fundarse

Señala la parte actora que el Decreto 072 del 13 de abril de 2016 violó de forma ostensible las normas de carácter constitucionales y legales en que debía fundarse. Aduce que el acto acusado funda la declaratoria de insubsistencia en dos causales: en primer lugar señala que la actora no cumplió cabalmente con su servicios por falencias en sus funciones y falta de coordinación, es decir, que faltó a sus deberes como servidora pública y tiene una deficiencia o insatisfacción en el ejercicio de sus funciones por lo que a juicio de la parte demandante se vulnera el artículo 29 de la Constitución Política el cual debe ser aplicado a todo tipo de actuación judicial o administrativa.

Manifiesta la parte demandante que se vulneró el debido proceso porque en primer lugar se omitió un procedimiento que debía seguirse previo a la expedición del acto de insubsistencia y por el desconocimiento del derecho a la defensa de la demandante. Afirma que, si el acto se funda en las quejas presentadas por los usuarios, el nominador no podría de forma inmediata basarse en una queja y declarar la insubsistencia, sino que debía darle trámite a la queja tal como lo establece el Código Único Disciplinario y agotar el debido proceso para garantizar a la trabajadora su derecho a la defensa material y técnica.

Por otro lado, respecto del cumplimiento ineficaz de las funciones por parte de la servidora preciso la parte demandante que el nominador debió iniciar un procedimiento para declarar insubsistente a la actora por calificación no satisfactoria en el servicio.

(ii) Por haber sido expedido en forma irregular.

Precisa la parte demandante que el acto acusado incurre en esta causal toda vez que no se cumplieron con las formalidades sustanciales que desconociendo derechos y garantías que debieron protegerse por parte de la administración a la trabajadora desvinculada. Señala que, para expedir el acto administrativo de insubsistencia, por las causales de calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo o por violación al régimen disciplinario, antes de proferirlo debió realizar la calificación o evaluación del desempeño de la trabajadora y luego expedir el acto si a ello hubiere lugar.

Afirma que primero debió llevarse a cabo el proceso disciplinario por falta a los deberes profesionales y luego, si a ello hubiere lugar expedir el acto.

(iii) Por haber sido expedido con desconocimiento del derecho a la audiencia y defensa.

Manifiesta la parte demandante que el derecho de audiencia y el derecho de defensa, como derechos fundamentales de la señora INGRID CASTELLAR

SANJUANELO y como elementos esenciales de las garantías del debido proceso fueron gravemente vulnerados por el acto administrativo objeto de la demanda al considerar que a la servidora no se le escucho ni se le dio la oportunidad de defenderse ni en los trámites previos a la expedición del acto, ni en el momento de expedir el acto.

Igualmente afirma que las pruebas de quejas presentadas en contra de la demandante son nulas de pleno derecho, toda vez que a su juicio no fueron controvertidas por la actora.

Por otro lado, indicó que al pertenecer la trabajadora al sindicato de la alcaldía del municipio de María La Baja debió ser escuchada antes de ser desvinculada, así como también al sindicato.

(iv) Falsa motivación.

Afirma la parte actora que el acto administrativo demandado tiene falsa motivación, consistente en que para la actora el sustento formal del acto no corresponde a la realidad toda vez que la supuesta falta al sitio de trabajo no es cierta pues afirma la demandante que en los 8 años aproximadamente de prestación de servicios nunca incumplió con sus deberes, así como tampoco con sus horarios de trabajo. Asimismo, señala que resulta falta la afirmación de ineficacia es el desempeño del cargo debido a que manifiesta que no existe una prueba que acredite la deficiencia en el cumplimiento de sus funciones que la calificara con un desempleo insatisfactorio.

(v) Desviación de poder.

Señala que existe prueba que demuestra que el nominador buscó privar de forma ilegal del empleo que venía desempeñando la actora por motivos políticos, y para ello se valió de conductas reprochables. Afirma que fue acosada laboralmente, igualmente manifiesta que se le solicitó que hiciera una inducción a una persona que no era empleado del municipio para

reemplazarla por lo que aduce, presentó una queja disciplinaria ante la Procuraduría General de la Nación.

2. Contestación de la demanda

La entidad accionada no presentó contestación de la demanda.

3. Sentencia de Primera Instancia¹

En sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió las pretensiones de la demanda, resolviendo lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar la nulidad del Decreto No. 072 del 13 de abril de 2016 emanada por la Alcaldía del MUNICIPIO DE MARIALABAJA (BOLIVAR), por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condena al MUNICIPIO DE MARIA LA BAJA (BOLIVAR) a reintegrar a la demandante INGRID CASTELLAR SANJUANELO, quien se identifica con la C.C. 45.371.205, en el cargo de Profesional Universitario en el Área de Salud Código 237 Grado 03 de la Secretaria de Salud del Municipio de Maria la baja, o en otro equivalente de igual o superior jerarquía, sin solución de continuidad. Así mismo, a pagarle el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia hasta su reintegro, así como el pago de los aportes por este periodo a las entidades de Seguridad Social.

Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán aplicando la siguiente formular:

R= RH X INDICE FINAL

¹ 227-237



INDICE INICIAL

En la cual el valor presente (R) SE DETERMINA MULTIPLICANDO EL VALOR HISTORICO, que es lo dejado de percibir por concepto de salarios y prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice final (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Por tratarse de pago de tracto sucesivo la formula se aplicará separadamente, mes por mes para casa mesada salarial, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

TERCERO: El reintegro ordenado será procedente cuando el cargo específicamente desempeñado por la actora no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o la servidora desvinculada no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

CUARTO: Declárese para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte de la actora, entre la fecha del retiro y la fecha en que se produzca el reintegro del cargo.

QUINTO: Deniéguese las demás pretensiones de la demanda.

(...)"

En virtud de lo anterior el A quo manifestó lo siguiente:

Cargos de nulidad: i) expedición del acto con infracción de las normas en que debió fundarse y ii) haber sido expedido el acto de forma irregular.

Adujo el A quo que el acto acusado señala en su contenido las disposiciones establecidas en la Ley 906 de 2006 y en ese sentido la declaratoria de insubsistencia en su calidad de empleada con nombramiento provisional que ocupaba un cargo de carrera administrativa debía ser motivado, indicando para tal efecto que así ocurrió en el presente asunto, pues afirma que con la motivación señalada en el acto acusado se garantizó el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política y se evitó posibles arbitrariedades y exceso por parte del ente nominador

Precisa el fallador que en el sub examine se acudió como soporte legal para sustentar la declaratoria de insubsistencia el artículo 209 Constitucional, que consagra lo atinente a los principios que rigen la función administrativa, y en el caso específico el relacionado con el correcto ejercicio del servicio público prestado.

Por otro lado, señaló el A quo que el acto acusado fue expedido por la autoridad competente, el cual en el presente asunto fue el nominador, quien es el encargado de ejercer la representación legal del ente territorial demandando, es decir, el señor Alcalde, quien goza de plenas competencias como primera autoridad del municipio, tanto para efectuar nombramientos correspondientes a la plata de personal del personal del municipio, así como para decretar la declarar las insubsistencias en los cargos de las dependencias de la administración municipal

Por lo anterior, concluyó que no se encontraban configurados las causales de nulidad en estudio.

Cargos de nulidad: **i) Expedición del acto administrativo con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, ii) Haber sido expedido con falsa motivación y iii) Haber sido expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.**

Al respecto indicó el A quo que en el acto demandado se señaló que la actora fue requerida para que cumpliera con sus funciones misionales y que la misma

no se encontraba en su lugar de trabajo tal y como se plasmó en quejas escritas presentadas por algunos usuarios de la comunidad, y que además presentaba grandes falencias en ellos programas que requerían de la intervención de esa funcionaria para el cabal cumplimiento de las metas establecidas, igualmente se precisó que no existía coordinación entre las promotoras de salud de los distintos corregimientos y la Secretaria de Salud municipal a través del Coordinador o Profesional Universitario encargado para esas actividades.

No obstante, para el A quo pese a lo manifestado por el nominador en el acto de declaratoria de insubsistencia, no se allegó al proceso prueba alguna que permitiera acreditar que efectivamente la demandante faltaba a su lugar de trabajo y que esa supuesta inasistencia fuera de tal entidad que llegara a comprometer la eficacia de servicio prestado por la dependencia a la cual se encontraba adscrita. Señala que dentro de sus funciones de coordinación del programa de promoción y prevención y de acuerdo del testimonio de los señores Alberto Enrique Torres Meza y Oderman Luis Salinas Vásquez, a la actora le correspondía hacer visitas a las IPS adscritas al programa de salud el municipio, campañas de vacunación, coordinación de actividades del área de salud en los corregimientos de María La Baja, actividades que requerían el desplazamiento de la funcionaria desde la sede de la Alcaldía hasta los diversos sitios de la jurisdicción.

En ese orden indicó que resultaba apenas lógico que se presentará algún tipo de quejas por parte de algún usuario frente a la presunta inasistencia, sin embargo, afirmó que al menos debieron convocar a dicha funcionaria a descargos a fin de verificar el contenido y el alcance estas denuncias, situación que no fue acreditada en el sub examine, por lo que en este punto concluyo que se acredito el acto acusado fue expedido sin la audiencia y defensa de la actora.

En relación a la falta de motivación manifestó que en el expediente no hay ninguna prueba que permitiera establecer el bajo o insatisfactorio desempeño laboral de la funcionaria declarada insubsistente o que se evidenciaron

falencias en el cumplimiento de las funciones asignadas al cargo para el cual fue nombrada, pues dichos argumentos fueron los tenidos en cuenta por la entidad para declararla insubsistente, por lo anterior a juicio del A quo no existen pruebas que demostraran el bajo rendimiento en el ejercicio del cargo por lo que el acto de insubsistencia no propendió por el mejoramiento del servicio público prestado por el municipio. Afirma que a pesar de que el acto acusado alega falencias en los programas a cargo de la demandante, representadas en el cumplimiento de metas y falta de coordinación, no se hace alusión a algún tipo de indicador o documento de medición que permita evaluar el cumplimiento de tales metas o compromisos laborales de la actora por lo que concluyó que se acreditó el cargo de nulidad de falsa motivación.

Finalmente, frente al cargo de desviación de poder, precisó el A quo que si bien los testimonios dan cuenta de que la actora no pertenecía al grupo político de la administración entrante, lo cierto es que los mismos testigos aseguraron que la presunta persecución política se trataba de rumores de pasillos que se orientaban a señalar que todas aquellas personas ajenas al grupo político del Alcalde entrante debían ser retiradas. Igualmente manifestó que no se acreditó tratos o acosos laborales provenientes del nominador, así como tampoco que el supuesto acosador haya accedido en últimas a ocupar el cargo del que fue desplazada la demandante, de tal manera que para el A quo no se configuro el cargo de violación.

4. Recurso de Apelación.²

La parte demandada en su escrito de apelación solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

Para tal efecto consideró la demandada en relación a la falsa motivación que el acto administrativo acusado tenía presunción de legalidad por lo que no podría el A quo exigirle a la administración que demostrara los supuestos en que fundamentó su decisión puesto que al encontrarse cobijados por el

² 242-245

principio de legalidad, se traslada al interesado el deber de obtener la declaratoria de nulidad.

Indicó que en el presente asunto la demandante se encontraba desempeñando en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, condición que no le otorga fuero de estabilidad sino que le concede la prerrogativa que ha reconocido la Ley 909 de 2004 para este tipo de nombramiento, la cual consiste en que se consigne de manera expresa en el acto de insubsistencia las razones que motivaron la misma, para que el demandante pueda ejercer su defensa, sea través del recurso procedente o para discutir la legalidad del acto ante la jurisdicción contencioso.

En ese orden, manifestó que en el acto acusado se consagraron ampliamente las razones por las cuales se decidió declarar insubsistente el nombramiento de la demandante.

Afirmó que en las probanzas recaudadas no se encontró alguna que diera cuenta de la inexistencia de las quejas a que se refiere el acto acusado, ninguna de las pruebas apunto a que recursos humanos remitirá o certificará la inexistencia de las mismas, y que por el contrario a folio 45 del expediente se observaba la queja escrita presentada por el señor EDINSON JULIO GARCIA el día 4 de enero de 2016 en el cual manifiesta que se ha acercado en cuatro ocasiones a la oficina de Promoción y Prevención y no ha sido posible contactar a la funcionaria encarga por cuanto nunca se encontraba en ella.

Por otro lado, en relación a los testimonios recaudados señaló que los declarantes se retiraron del servicio antes de los hechos que dieron lugar a la insubsistencia, como lo reconocen en sus dichos, pues el primero, ALBERTO ENRIQUE TORRES MAZA afirmó haber laborado hasta enero de 2015 por lo que indica que lo único que pueden dar cuenta sobre situaciones anteriores al retiro de la actora, y el segundo, ODERMAN SALINAS VASQUEZ, manifestó haber laborado hasta el 15 de enero de 2016 y también demandó al municipio por su retiro, por lo que considera la parte demandada que tiene interés personal indirecto en las resultados del proceso.

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante (Fls. 4 Cdr. 2). Mediante auto del diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fls. 8 Cdr. 2)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Parte demandante (Fl. 15-21)

La parte demandante solicito que se confirmara la sentencia impugnada reiterando los argumentos expuestos en la demanda.

6.2. Parte demandada (Fl. 11-14)

La parte demandada solicito que se revocara la sentencia impugnada reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

7. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público, no rindió concepto en esta instancia procesal.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Es procedente declarar la nulidad del Decreto 072 del 13 de abril de 2016, expedido por el alcalde del municipio de María La Baja por medio del cual se declaró insubsistente en el cargo que venía desempeñando la actora por estar supuestamente incurso en las causales de nulidad de **falsa motivación y desconocimiento del derecho de audiencia y defensa**, y en consecuencia se ordene el reintegro laboral de la actora y el correspondiente pago de salario y prestaciones sociales dejadas de percibir?*

3. Tesis de la sala.

La Sala de Decisión confirmará la sentencia apelada por la cual se concedieron las pretensiones de la demanda, toda vez que a juicio de esta Corporación se acreditó la configuración de los cargos de falsa motivación y expedición del acto con violación al derecho a la defensa expuestos por la parte demandante; razón por la cual se desvirtuó la presunción de legalidad del acto mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la actora, y en consecuencia es procedente declarar la nulidad del mismo y acceder a las pretensiones de la demanda; tal como lo hizo el juez de primera instancia.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1. Nombramiento en provisionalidad

Precisa esta Corporación que en virtud de lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política y el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, existe la prohibición constitucional y legal de ingresar o ascender a los cargos de carrera administrativa mediante procesos diferentes a los señalados en la Ley; es decir, el concurso de méritos.

En ese sentido, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

A su turno, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 establece en relación al nombramiento en provisionalidad lo siguiente:

“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.” (Negrillas de la Sala)*

De la norma en cita se infiere que los nombramientos provisionales son un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, con fundamento en unas causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

A su turno, mediante Decreto 1227 de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998” señala en su artículo 8 lo siguiente:

“Artículo 8. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante



el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en casos de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron. Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera.

El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

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

Posteriormente, a través del artículo 1 del Decreto 3820 de 2005 se modificó el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, el cual quedó así:

"Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo y del nombramiento provisional no podrá exceder de seis (6) meses, salvo cuando por circunstancias debidamente justificadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil esta autorice su prórroga hasta que se supere la circunstancia que dio origen a la misma. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.

Los nombramientos provisionales efectuados de conformidad con el artículo 8º del Decreto 1227 de 2004, podrán ser prorrogados en los términos y condiciones previstas en el anterior inciso".

Finalmente, mediante el Decreto 1937 de 2007 se modificó el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 3820 de 2005 así:

"Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por



razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada. No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera.

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

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, establece en relación al retiro del servicio de un empleado público nombrado en provisionalidad lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”

Por su parte, frente a la motivación del acto mediante el cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado público en provisionalidad, el Consejo de Estado mediante sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010) proferida por la Sección Segunda, Rad.(0883-08) manifestó lo siguiente:

“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el



*parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), **la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO²⁶, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).***

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual ²⁶ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada. en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos²⁷ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.”

A su turno, la Corte Constitucional en Sentencia SU – 556 de 2014, abordó el estudio de temas como: la procedencia de tutela contra providencias judiciales; el desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional



como causal específica de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales; el deber de motivar los actos administrativos; la estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera y **los efectos de la nulidad del acto de retiro sin motivación del funcionario vinculado en provisionalidad**. Unificando en cuanto este último lo siguiente:

3.6. Efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad sin motivación. Definición de la regla indemnizatoria

3.6.1. *Conforme lo ha dejado en claro la jurisprudencia constitucional, cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se motive el respectivo acto de retiro, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.*

3.6.2. *En ese contexto, dentro del propósito de restablecer los citados principios y derechos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido adoptando distintas medidas de protección, atendiendo a las especiales circunstancias de los casos que han sido materia de pronunciamiento.*

(...)

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

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



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

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

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

Esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el ámbito de lo que pudiera considerarse como reparación o compensación por el efecto lesivo del acto de desvinculación. En esa línea, cabe señalar que los remedios hasta ahora ensayados por la Corte, si bien ofrecen una respuesta parcial, y, ciertamente, marcan un derrotero en la consideración del asunto, resultan claramente insuficientes. Así, la decisión de limitar el pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que el respectivo empleo haya sido provisto mediante concurso, si bien responde a una lógica impecable, no resulta suficiente desde el punto de vista de la equidad, porque no ofrece respuesta para los eventos, que son muchos, en los que la convocatoria de los concursos se dilata indefinidamente en el tiempo. En esas hipótesis, quien hubiese sido desvinculado sin motivación estando en provisionalidad en un cargo de carrera, continuaría acumulando salarios y prestaciones, por periodos no laborados, durante todo el tiempo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, si fuere del caso, la constitucional, tardase en resolver de manera definitiva el asunto. A su vez, la determinación de descontar lo que la persona afectada hubiese devengado del tesoro público durante el periodo por el que deben reconocerse los salarios y prestaciones dejadas de percibir, no es consistente con la consideración de que, desde la perspectiva de la ausencia de causa para ese pago, la misma razón resulta predicable en aquellos eventos en los que la persona ha desempeñado un empleo remunerado en el sector privado o ha generado su propio ingreso como trabajador independiente. Finalmente, en sentido contrario, la previsión conforme a la cual el pago solamente se reconoce a partir del momento en la que se presentó la solicitud de amparo constitucional, no resultaría de recibo en aquellos eventos en los que la protección se brinda por el juez de tutela de primera instancia, caso en el cual el reconocimiento sería irrisorio.



De ahí que no exista claridad en relación con las medidas que, por vía de consecuencia, han de adoptarse de manera complementaria para el restablecimiento de los derechos; cuestión que, a la luz de los efectos que en los casos particulares ha tenido la decisión de amparo constitucional, impone la necesidad de una consideración específica del asunto.

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

En este evento, es forzoso concluir que, si los salarios dejados de percibir no se pueden concebir como un pago retroactivo del servicio, porque éste no se prestó y ya no es posible su prestación, sólo cabe interpretar que el pago se dispone como una modalidad de indemnización de perjuicios. Sin embargo, como pasa a explicarse, esta aproximación conduce a un resultado claramente desproporcionado y, por consiguiente, contrario a principios constitucionales y legales de indemnización, que establecen que "dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."³

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

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

En ese contexto, es menester tener en cuenta que la extensión del daño indemnizable viene limitada por dos factores. El primero tiene que ver con el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que, si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dicho

³ Artículo 16 de la Ley 446 de 1998.



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

3.6.3.7. Las normas que se han transcrito, tenían la vocación de brindar una garantía al principio del concurso de méritos como medio de acceso a la carrera administrativa, limitando claramente las expectativas de los nombramientos en provisionalidad, para que fueran, tal como su nombre lo indica, temporales, para luego proveer el cargo con las condiciones previstas en la ley.

3.6.3.8. Bajo esas condiciones, quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveerlo por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto. De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso y que si su desvinculación se produce con anterioridad, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación.

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

3.6.3.10. En cuanto al segundo criterio que limita la cuantificación del daño derivado de la desvinculación sin motivación de un servidor público que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera, la solución que fija como indemnización los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro



efectivo, resulta claramente incompatible con el conjunto de principios y derechos que orientan el Estado Social y Constitucional de Derecho.

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

En efecto, la pretensión de que se proyecte de manera indefinida el pago del salario que en algún momento percibió el actor, pero que desde un inicio no tenía vocación de permanencia, en realidad no constituye una manera de satisfacer el derecho al trabajo cuya vulneración se alega. Este derecho no consiste ni se reduce a la facultad de exigir el pago periódico de una suma dineraria para atender las necesidades vitales; por el contrario, este pago viene a ser la contraprestación por la realización de actividades socialmente útiles y que redundan en el crecimiento personal de quien las realiza. Por tal motivo, entender que el Estado satisface el derecho al trabajo por suministrar a los ciudadanos una suma mensual, desconoce la naturaleza misma de esta prerrogativa fundamental. La obligación del Estado tiene una dimensión mucho más amplia, pues no solo debe asegurar un mínimo vital, sino que debe crear las condiciones para que, en el marco de la autonomía personal, los individuos desplieguen sus intereses y expectativas vitales, contribuyan eficazmente al bienestar colectivo, y como consecuencia de ello, sean retribuidos por su aporte social.

De este modo, la solución que fija como indemnización el pago de salarios desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, no solo desnaturaliza el derecho al trabajo, sino que además contraviene los principios estructurales sobre los cuales se edifica el Estado Constitucional y Social de Derecho, y en particular, la dignidad humana, el principio general de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Entender y establecer una presunción general sobre la incapacidad de las personas para atender sus propias necesidades, y sobre esta base edificar el alcance de las obligaciones del Estado, termina por anular al individuo mismo y por imponer obstáculos y barreras para el ejercicio de la autonomía individual. La solución propuesta invierte la lógica de las cosas, puesto que, justamente, nuestro modelo constitucional parte de la presunción general sobre la capacidad de las personas para definir el rumbo de su vida y para atender por sí mismas sus necesidades vitales. En ese contexto, no es de recibo una cuantificación de la indemnización por la injusta terminación del vínculo laboral, que tenga como punto de partida la consideración implícita conforme a la cual, a partir del acto de desvinculación, y hasta tanto se produzca el reintegro, cesó la obligación de la persona de asumir la responsabilidad de generar sus propios ingresos.

Finalmente, cabe señalar que la responsabilidad individual por la auto-provisión de recursos, tiene como contrapartida la obligación del Estado de adoptar las medidas, positivas y negativas, para asegurar su goce efectivo por todas las personas, pero que



esta obligación difiere sustancialmente del deber de atender y proveer directamente las prestaciones derivadas de todos y cada uno de los derechos constitucionales. Por tal motivo, entender que, en los supuestos sobre los que versa esta providencia, las entidades estatales tienen la obligación de pagar indefinidamente los salarios dejados de percibir desde la desvinculación del servidor público, de un cargo cuya estabilidad era tan sólo relativa, sobrepasa por mucho los deberes a cargo del Estado y la responsabilidad que le es imputable a título de daño por una conducta antijurídica.

(...)

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

3.6.3.11. Por lo anterior, se concluye que el daño que verdaderamente se le causa al administrado es la pérdida del empleo, en la forma de lucro cesante en tanto se refiere a "un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima"⁴. Al evaluarlo de acuerdo con los parámetros legales, se encuentra que para que exista una verdadera reparación integral, es decir una indemnización del daño y nada más que el daño, se debe evaluar su expectativa de permanencia en el cargo, unida a la estabilidad laboral propia del cargo de carrera nombrado en provisionalidad y la carga que le correspondía de asumir su propio auto-sostenimiento y el de sus dependientes.

(...)

3.6.13.4. Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la

⁴ Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 2. Bogotá, Ed. Temis 1986, pg. 117.



indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

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

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

3.6.3.13.7. Para establecer el promedio de la duración del desempleo, se tomaron como referencia dos estudios que permiten estimar el funcionamiento de dicha variable en el mundo y en el país. El primero de ellos fue realizado y publicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 21 de enero de 2014, titulado *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, en el cual se reflejan diversos indicadores mundiales y regionales sobre el mercado laboral. En particular, sobre el indicador de la duración del desempleo en algunas economías⁵, advierte que, cuando se trata del desempleo de larga duración⁶, el promedio para conseguir trabajo es por lo menos de 12 meses, mientras que, frente al desempleo de corto o mediano plazo, el tiempo promedio para ubicarse laboralmente es de aproximadamente 4,5 meses.

El segundo estudio evaluado es la investigación adelantada por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, titulada *"Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006"*⁷, la cual, a partir de un análisis no paramétrico, define también estándares sobre la duración del desempleo en el país. Con base en la Encuesta Continua de Hogares del segundo trimestre del año 2006, en dicha investigación se destaca que en Colombia predomina

⁵ De manera concreta el cuadro No. 10 (página 25) compara cómo ha variado el promedio –en meses– de la duración del desempleo desde el año 2003 hasta el 2012 en los siguientes países: Canadá, Brasil, Estados Unidos, Reino Unido, Turquía, Japón, España, Sur África y Grecia.

⁶ De acuerdo con el estudio *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, se entiende por desempleo de larga duración, aquél que supera los 12 meses, mientras que el desempleo de corta y mediada duración es aquél que se extiende entre 3 y 6 meses, y en todo caso es menor de 12 meses.

⁷ Este documento fue elaborado por profesores Carlos Augusto Viáfara L, y José Ignacio Uribe G. del Departamento de Economía de la Universidad del Valle, miembros del Grupo de Investigación en Economía Laboral y Sociología del Trabajo. Documento 340, 7 de marzo de 2008.



el desempleo de larga duración⁸, sobre la base de considerar que el 54% de la población se demora un periodo superior a los 12 meses para conseguir empleo. De igual manera, con un enfoque de género, se explica que el 50% de los hombres consigue empleo a los 8 meses o menos de encontrarse desocupados, mientras que las mujeres necesitan por lo menos 18 meses para lograr dicho objetivo. En este mismo sentido, encuentra el estudio que el comportamiento de esos resultados puede variar significativamente cuando los desempleados utilizan canales formales o informales para la búsqueda de trabajo, de manera que el 75% de los que utilizan herramientas formales han salido del desempleo a los 12 meses, mientras que los que acuden a la informalidad ocupa un mayor tiempo para emplearse.⁹

3.6.3.13.8. Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: **(i)** el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, **(ii)** a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario."

4.3 Motivación de los Actos Administrativos

El deber de motivación de los actos administrativos que en los casos que señale la Ley, tiene la Administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder.

⁸ Véase página 16 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006*. Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

⁹ Véase página 17 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006*. Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.¹⁰

Por otro lado, debe entenderse que la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la Ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario.

La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 137 del CPACA¹¹.

4.3. De la falsa motivación de los actos administrativos

La falsa de motivación como causal de nulidad de los actos administrativos¹², hace alusión a un “[...] vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad [...]”¹³.

La falsa motivación se configura cuando “[...] para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa

¹⁰ Sentencia SU.917/10

¹¹ *Ibidem*.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2011, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483). Esta perspectiva de análisis también ha sido adoptada por la Sección Quinta de esta Corporación, como puede apreciarse en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 13001-23-33-000-2016-00051-01.

¹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 4 de marzo de 2000, Exp.1998-0503-01-9772, M.P. Daniel Manrique Guzmán.

que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable [...]”¹⁴.

En la misma línea pueden apreciarse las siguientes consideraciones, en las que se ilustra que la falsa motivación también está relacionada con la forma en que se valoran los supuestos de hechos de la decisión enjuiciada:

“[...] Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

*Todo lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cuáles son los hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos” (negritas fuera de texto).*¹⁵

Así pues, se observa que la causal de falsa motivación está relacionada con la valoración de los hechos que sirvieron de fundamento para la adopción de la decisión, esto es, en verificar su veracidad, si existió o simulación o engaño, si fueron analizados con ligereza o rigor, de manera sistemática o aislada, razonable o irrazonable.

La Corte Constitucional en la sentencia T-204-12, al referirse a los fundamentos constitucionales de la motivación de los actos administrativos, consideró:

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de mayo de 1998, expediente 10051, M.P. Clara Forero de Castro.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 25 de octubre de 2017, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez. Rad. 76001-23-31-000-2011-01859-01 (20762).



“[...] **3. Fundamentos constitucionales de la motivación de los actos administrativos**

La sentencia SU-917 recogió los preceptos fijados por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁶ al identificar los elementos constitucionales que sostienen el deber de motivar los actos administrativos. En síntesis, se relacionan los siguientes:

- **Cláusula de Estado de Derecho.** Este concepto se encuentra fijado en el artículo 1º de la Carta¹⁷ y encierra el principio de legalidad de las actuaciones de los entes públicos, eliminando así la arbitrariedad en sus actuaciones. Una de las formas en las que se materializa es en la obligación de motivar los actos administrativos toda vez que ésta es la forma en la que se verifica la sujeción de la administración al imperio de la ley¹⁸.

- **Debido proceso.** Igualmente, el artículo 29¹⁹ superior plantea como presupuesto para hacer efectivo el derecho de contradicción y de defensa, que los administrados tengan argumentos que puedan ser controvertidos cuando no están de acuerdo con las actuaciones de las autoridades. De esta forma, cuando en el acto no se expresan las razones que han dado sustento a la decisión, el particular se encuentra en un estado de indefinición derivado de la imposibilidad de expresar los motivos por los que disiente de

¹⁶Ver sentencias: SU-250 de 1998, C-038 de 1996, C-054 de 1996, C-368 de 1999, C-371 de 1999, C-599 de 2000, C-646 de 2000, C-734 de 2000, C-292 de 2001, C-392 de 2001 y C-1142 de 2001.

¹⁷ Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹⁸ Ver sentencias C-371 de 1999 y SU-250 de 98.

¹⁹ Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.



la decisión tomada, vulnerando así su derecho a controvertir la actuación con la que no está de acuerdo²⁰.

- **Principio Democrático.** En virtud de los artículos 1º, 123²¹ y 209²² de la Constitución, el deber de motivar los actos administrativos materializa la obligación que tienen las autoridades de rendir cuentas a los administrados acerca de sus actuaciones²³.

- **Principio de Publicidad.** El artículo 209 de la Carta establece que la función administrativa se deberá desarrollar con fundamento en el principio de publicidad. Este mandato se encuentra estrechamente relacionado con los conceptos de Estado de Derecho y de democracia, dado que garantiza la posibilidad de que los administrados conozcan las decisiones de las autoridades, y así puedan controvertir aquellas con las que no están de acuerdo²⁴.

Derivado de lo anterior, **la motivación de los actos administrativos proviene del cumplimiento de preceptos constitucionales que garantizan que los particulares tengan la posibilidad de contradecir las decisiones de los entes públicos ante las vías gubernativa y judicial, evitando de esta forma la configuración de actos de abuso de poder.** De esta forma, le corresponde a la administración motivar sus actos y a los entes judiciales decidir si tal argumentación se ajusta o no al ordenamiento jurídico [...]” (negritas fuera de texto).

²⁰ Ver sentencia C-279 de 2007.

²¹ Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

²² Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

²³ Ver sentencias T-552 de 2005, SU-250 de 1998, T-132 de 2007, T-308 de 2008 y T-356 de 2008.

²⁴ Ver sentencia C-054 de 1996.

Ahora bien, el Consejo de Estado, en pronunciamiento del 3 de diciembre de 2018²⁵, al hacer referencia a los motivos por los cuales se expide un acto administrativo, expresó:

“[...] La validez del acto administrativo depende de que los motivos por los cuales se expide sean ciertos, pertinentes y tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante el mismo se haya tomado. Es decir, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo de que se trate, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra.

Se trata de un requisito material, en cuanto depende de la correspondencia de lo que se aduzca en el acto administrativo como motivo o causa del mismo, con la realidad jurídica y/o fáctica del caso.

El vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad o de coherencia entre el hecho y el supuesto de derecho; es decir, o no es cierto lo que se afirma en las razones de hecho, o no hay correspondencia entre tales razones y los supuestos de derecho que se aducen para proferir el acto.

Ahora bien, debe precisarse que una cosa es la falsa motivación y otra la falta de motivación: la primera, es un evento sustancial, que atañe a la realidad fáctica y jurídica del acto administrativo, y la segunda, es un aspecto procedimental, formal, ya que corresponde a la omisión en hacer expresos o manifiestos en el acto administrativo los motivos del mismo. La falsa motivación plantea para el juzgador un problema probatorio, de confrontación de dos extremos, como son lo dicho en el acto y la realidad fáctica atinente al mismo, con miras a comprobar la veracidad; también plantea un juicio lógico de correspondencia entre la realidad constatada y la consecuencia jurídica que se pretende desprender de ella, cuando la primera resulta demostrada. De otro lado, la falta de motivación le significa un problema de valoración directa del cuerpo o contenido del acto sobre si se expresan o indican razones para su expedición, y si lo dicho es suficiente como para tenerse como motivación [...]” (negritas fuera de texto).

5. EL CASO CONCRETO.

5.1. Hechos relevantes probados.

5.1.1. Se encuentra acreditado en el sub examine que la señora INGRID

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, fallo de 3 de diciembre de 2018, radicado 11001-03-24-000-2013-00328-00

CASTELLAR SANJUANELO fue nombrada en provisionalidad en el cargo de carrera administrativa de Profesional Universitario de la Secretaría de Salud del municipio de María La Baja mediante Decreto 016 del 2 de enero de 2008. (Fl. 26) posesionada en la misma fecha. (Fl. 26)

5.1.2. Igualmente se acreditó que mediante el Decreto 072 del 13 de abril de 2016 la Alcaldía del Municipio de María La Baja fue declarado insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora CASTELLAR SANJUANELO, en dicho acto administrativo se indicó lo siguiente:

“Que en relación con el principio de eficacia, el numeral 11 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala "11 En virtud del principio de eficacia las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearan de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa”.

Que la Administración Municipal, mediante el decreto No 047 del 2 de marzo de 2016. declaro la calamidad pública y estado de emergencia hídrica, producto esto del fenómeno del niño, situación que está produciendo una mortandad de pece que amerita la presencia del personal de la secretaria de salud, en especial la responsable del área de prevención y promoción, con la finalidad de coordinar las labores de recolección de los peces muertos en el complejo cenagoso de María La Baja, para evitar un problema de salud pública con la pudrición de estos.

Que al requerir al Profesional Universitario del Área de Salud, para que este cumpliera con sus funciones misionales, no se ha encontrado en su lugar de trabajo, según las quejas escritas presentadas por algunos usuarios de la comunidad, oficios estos que reposan en la oficina de Recurso Humanos, amén de esto también se presentan grandes falencia en los programas que requieren de la intervención de este funcionario para el cabal cumplimiento

de metas establecidas como es el caso de los programas de vacunación que en los actuales momentos en el municipio no cumple con las metas de cobertura, así también no existe la coordinación entre las promotoras de salud de los distintos corregimientos y la secretaria de salud municipal a través del coordinador o profesional universitario del área de salud encargado de estas actividades.

Que las circunstancias y situaciones fácticas que vienen expuestas en considerandos precedentes ponen de manifiesto la falta de compromiso de la señora INGRI (sic) CASTELLAR SANJUANERLO, identificada con la cedula de ciudadanía No. 45.371.205, en el cargo de -Profesional Universitario en el Área de Salud Secretaria de Salud Municipal, Código 237 Grado 03, del Municipio de María La Baja Bolívar, con el cumplimiento de los fines misionales de esta entidad territorial, así como con las políticas institucionales de esta administración por cuanto la referida servidora pública con su comportamiento afecta la prestación del servicio público, por desconocer, especialmente, el principio de eficacia que erige la función administrativa.

Que en tales condiciones, se acreditan los presupuestos que tanto la jurisprudencia Constitucional como la Contenciosa administrativa han establecido para que proceda el retiro del servicio de un servidor público que ocupa un cargo en provisionalidad, mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, debidamente motivada, tal como se hace en el caso que nos ocupa a través del presente acto administrativo, por presentarse una afectación negativa del servicio que debe prestar la señora INGRI CASTELLAR SANJUANELO, identificada con la cédula de ciudadanía No 45.371.205 en el cargo de - Profesional Universitario en el Área de Salud Secretaria de Salud Municipal, Código 237 Grado 03, del Municipio de María la Baja..."

5.1.3. Obra en el expediente comunicación de fecha 16 de febrero de 2016 mediante la cual la señora AGENIS ZABALETA le informa a la SECRETARIA DE SALUD MUNICIPAL queja y reclamo en contra de la Jefe de Promoción y prevención debido a que el día 8 de febrero de 2016 se presentó a la oficina de la Secretaria de Salud del municipio, sin embargo, esta funcionaria no se

encontraba en la oficina. Manifiesta que regreso en la siguiente semana y la funcionaria tampoco se encontraba en su lugar de trabajo. (Fls. 44).

5.1.4. Obra en el expediente queja por no atención de fecha 4 de enero de 2016 presentada por el señor EDINSON JULIO GARCIA ante al Alcaldía del municipio de María La Baja contra la funcionaria que maneja el programa de promoción y prevención toda vez que aduce que en cuatro (04) ocasiones se dirigió a esa oficina y fue imposible contactar a la funcionaria en mención pues nunca se encontraba en dicha dependencia. (Fl. 45)

5.1.5. Se encuentra acreditado en el sub examine que la señora INGRID CASTELLAR SANJUANELO presentó queja ante la Procuraduría General de la Nación el 10 de marzo de 2016 contra el señor CARLOS CORONEL MERA en su calidad de Alcalde del municipio de María La Baja al considerar que estaba siendo perseguida políticamente por no haber votado por dicho alcalde en las elecciones municipales por lo que afirmó que el señor CORONEL MERA y otros funcionarios pretendían declarar insubsistente su nombramiento. (Fl. 47-48)

5.1.6. Se encuentra acreditado que mediante Decreto 070 del 11 de abril de 2016 el alcalde del municipio de María La Baja, CARLOS ANTONIO CORONEL MERA encargo las funciones de Alcalde Municipal al señor EDILBERTO FONSECA RODRIGUEZ durante los días 12 y 13 de abril de 2016, toda vez que el mismo asistirá a una reunión con funcionarios de FINDETER y MINISTERIO DE AGRICULTURA en la ciudad de Bogotá esos días. (Fl. 51)

5.1.7. Obra en el expediente comunicado interno de fecha 8 de febrero de 2016 en el cual la señora INGRID CASTELLAR SANJANELO en su calidad de coordinadora de PYP Municipal solicita un transporte para dirigirse al corregimiento de Playón. (Fl. 55)

5.1.8. Obra en el expediente comunicado interno de fecha 8 de marzo de 2016 en el cual la señora INGRID CASTELLAR SANJANELO le informa a la Secretaría de Salud los estudios de campo realizados en el mes de enero del año 2016. (Fl.

56-57)

5.1.9. Obra en el expediente oficio No. PMM-023-2016 en el cual la PEROSNERÍA MUNICIPAL DE MARIA LA BAJA certifica que revisados los archivos de correspondencia recibida por ese despacho no se encontró queja alguna presentada contra la señora INGRID CASTELLAR SANJUANLO como funcionaria pública. (Fl. 54)

5.1.10. Obra en el expediente copia del Acta No. 002 del 16 de marzo de 2016 suscrita por la Secretaría de Salud del municipio de María La Baja y el Coordinador PYP de esa dependencia donde consta la reunión con el Comité de Pescadores sobre la problemática que se presenta en la Ciénaga del Puerto Santander. Se anexa plan de acción. (Fl. 62-64)

5.1.11. Obra en el expediente copia del Acta No. 003 del 17 de marzo de 2016 en la cual se advierte reunión de la Secretaría de Salud del municipio de María La Baja, Comité de Pescadores y el Inspector del corregimiento de Correa con el objetivo de socializar la problemática que se presenta en la Ciénaga del Puerto Santander. Se anexa registro de firma de los asistentes. (Fl. 68-88)

5.1.12. Obra en el expediente solicitud de inscripción y registro sindical del Sindicato SUTRAMARLED ante el Ministerio del Trabajo de fecha 8 de agosto de 2015. (Fl. 124-128)

5.1.13. Obra en el expediente notificación de la creación del Sindicato SUTRAMARLED a la Alcaldía del municipio de María La Baja de fecha 8 de agosto de 2015. (Fl. 124-128)

5.1.14. Obra en el expediente testimonio del señor ALBERTO ENRIQUE TORREZ MAZA el cual manifiesta en su declaración que conoce a la demandante toda vez que laboró durante 4 años con ella en la Alcaldía de María La Baja. El testigo indica que se desempeñó como Tesorero de la Alcaldía desde enero de 2012 hasta diciembre de 2015, por su parte que la demandante laboró en esa entidad desde el 2001 hasta marzo de 2016. Afirma que la señora Ingrid Castellar trabajaba como P y P (Promoción Prevención) en la Secretaria de

Salud del municipio y se encargaba de realizar jornadas de vacunación y prevención de enfermedades y era la segunda en rango luego de la Secretaria de Salud. Señala el testigo que laboró hasta el año 2015 toda vez que al ser un empleado de libre nombramiento remoción, renunció al cargo por el cambio de administración municipal. Afirma el testigo que la actora dependía directamente de la Secretaria de Salud del municipio y se encargaba de coordinar las enfermeras vacunadoras de la ESE de María la baja para que las mismas asistieran a los corregimientos. Indicó que la siempre desempeñaba correctamente sus funciones, que era muy puntual en sus horarios de trabajo, nunca tuvo un llamado de atención, mala calificación en su trabajo o que haya sido objeto de investigaciones disciplinarias. Afirmó que cuando hubo el cambio de administración el testigo le comentó a la actora que le habían encargado realizar una inducción a una persona quien sería presuntamente el reemplazo de la actora en su cargo, pero no sabe si dicha persona fue quien la reemplazó en el cargo. Señala el testigo que esta situación afectó a la demandante pues es madre soltera y ese era su sustento para mantener su casa y a su hijo.

5.1.15. Obra en el expediente testimonio del señor ODERMAN LUIS SALINAS VASQUEZ el cual manifiesta en su declaración que conoció a la demandante en la Alcaldía de María La Baja en la Secretaria de Salud toda vez que se desempeñó como Técnico de Estadísticas de la Secretaria de Salud desde el año 2008 hasta el 15 de enero de 2016 y la actora era Coordinadora de P y P quien se encargaba de la vigilancia y control de salud pública. Afirma que la actora hacía trabajo de campo, casos de enfermedades y promoción y prevención en salud. Señala que la señora Ingrid Castellar llegaba todos los días puntual y desarrollaba sus funciones a cabalidad, su jefe era la Secretaria de Salud Municipal y sus funciones eran prevención y promoción en salud. Indica que cuando se realizó el cambio de administración municipal hubo mucha tensión y persecución en el ambiente laboral, toda vez que a la actora le colocaron una persona para que la acosara políticamente para que entregara su cargo sin tener orden del alcalde, afirma que fue muy estresante para la actora.

5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto, pretende la parte demandante la nulidad del Decreto 072 del 13 de abril de 2016, expedido por el alcalde del municipio de María La Baja por medio del cual se declaró insubsistente a la actora en el cargo que venía desempeñando al considerar que se expidió fue expedido (i) con infracción de las normas en que debía fundarse, (ii) en forma irregular, (iii) fue despedido con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, (iv) fue expedido con falsa motivación y, (v) fue expedido con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

A título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene el reintegro laboral en el cargo que venía desempeñando o uno de igual o superior jerarquía y el correspondiente pago de salario y prestaciones sociales dejadas de percibir.

El A quo concedió las pretensiones de la demanda, al considerar que se acreditaron los cargos de nulidad de falsa motivación y que el acto fue expedido con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

Al respecto indicó el A quo que en el acto demandado se señaló que la actora fue requerida para que cumpliera con sus funciones misionales y que la misma no se encontraba en su lugar de trabajo tal y como se plasmó en quedas escritas presentadas por algunos usuarios de la comunidad, y que además presentaba grandes falencias en ellos programas que requerían de la intervención de esa funcionaria para el cabal cumplimiento de las metas establecidas, igualmente se precisó que no existía coordinación entre las promotoras de salud de los distintos corregimientos y la Secretaria de Salud municipal a través del Coordinador o Profesional Universitario encargado para esas actividades.

No obstante, para el A quo pese a lo manifestado por el nominador en el acto de declaratoria de insubsistencia, no se allegó al proceso prueba alguna que

permitiera acreditar que efectivamente la demandante faltaba a su lugar de trabajo y que esa supuesta inasistencia fuera de tal entidad que llegara a comprometer la eficacia de servicio prestado por la dependencia a la cual se encontraba adscrita. Señala que dentro de sus funciones de coordinación del programa de promoción y prevención y de acuerdo del testimonio de los señores Alberto Enrique Torres Meza y Oderman Luis Salinas Vásquez, a la actora le correspondía hacer visitas a las IPS adscritas al programa de salud el municipio, campañas de vacunación, coordinación de actividades del área de salud en los corregimientos de María La Baja, actividades que requerían el desplazamiento de la funcionaria desde la sede de la Alcaldía hasta los diversos sitios de la jurisdicción.

En ese orden indicó que resultaba apenas lógico que se presentará algún tipo de quejas por parte de algún usuario frente a la presunta inasistencia, sin embargo, afirmó que al menos debieron convocar a dicha funcionaria a descargos a fin de verificar el contenido y el alcance estas denuncias, situación que no fue acreditada en el sub examine, por lo que en este punto concluyo que se acreditó el acto acusado **fue expedido sin la audiencia y defensa de la actora.**

En relación a la **falta de motivación** manifestó que en el expediente no hay ninguna prueba que permitiera establecer el bajo o insatisfactorio desempeño laboral de la funcionaria declarada insubsistente o que se evidenciaron falencias en el cumplimiento de las funciones asignadas al cargo para el cual fue nombrada, pues dichos argumentos fueron los tenidos en cuenta por la entidad para declararla insubsistente, por lo anterior a juicio del A quo no existen pruebas que demostraran el bajo rendimiento en el ejercicio del cargo por lo que el acto de insubsistencia no propendió por el mejoramiento del servicio público prestado por el municipio. Afirma que a pesar de que el acto acusado alega falencias en los programas a cargo de la demandante, representadas en el cumplimiento de metas y falta de coordinación, no se hace alusión a algún tipo de indicador o documento de medición que permita evaluar el cumplimiento de tales metas o compromisos laborales de la actora por lo que concluyó que se acreditó el cargo de nulidad de falsa motivación.

La parte demandada apeló la decisión de primera instancia, indicando para tal efecto, en relación a la falsa motivación, que el acto administrativo acusado tenía presunción de legalidad por lo que no podría el A quo exigirle a la administración que demostrara los supuestos en que fundamentó su decisión puesto que al encontrarse cobijados por el principio de legalidad, se traslada al interesado el deber de obtener la declaratoria de nulidad.

Señaló que en el presente asunto la demandante se encontraba desempeñando en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, condición que no le otorga fuero de estabilidad sino que le concede la prerrogativa que ha reconocido la Ley 909 de 2004 para este tipo de nombramiento, la cual consiste en que se consigne de manera expresa en el acto de insubsistencia las razones que motivaron la misma, para que el demandante pueda ejercer su defensa, sea través del recurso procedente o para discutir la legalidad del acto ante la jurisdicción contencioso.

En ese orden, manifestó que en el acto acusado se consagraron ampliamente las razones por las cuales se decidió declarar insubsistente el nombramiento de la demandante.

Afirmó que en las probanzas recaudadas no se encontró alguna que diera cuenta de la inexistencia de las quejas a que se refiere el acto acusado, ninguna de las pruebas apunto a que recursos humanos remitirá o certificará la inexistencia de las mismas, y que por el contrario a folio 45 del expediente se observaba la queja escrita presentada por el señor EDINSON JULIO GARCIA el día 4 de enero de 2016 en el cual manifiesta que se ha acercado en cuatro ocasiones a la oficina de Promoción y Prevención y no ha sido posible contactar a la funcionaria encarga por cuanto nunca se encontraba en ella.

Por otro lado, en relación a los testimonios recaudados señaló que los declarantes se retiraron del servicio antes de los hechos que dieron lugar a la insubsistencia, como lo reconocen en sus dichos, pues el primero, ALBERTO ENRIQUE TORRES MAZA afirmó haber laborado hasta enero de 2015 por lo que

indica que lo único que pueden dar cuenta sobre situaciones anteriores al retiro de la actora, y el segundo, ODERMAN SALINAS VASQUEZ, manifestó haber laborado hasta el 15 de enero de 2016 y también demandó al municipio por su retiro, por lo que considera la parte demandada que tiene interés personal indirecto en las resultas del proceso.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados y el objeto de la apelación el cual se concretará en estudiar los cargos de nulidad de **falsa motivación del acto y desconocimiento del derecho de audiencia y defensa**, toda vez que los otros cargos de nulidad fueron desestimados por el A quo en la sentencia proferida en primera instancia, y como quiera que la parte demandante no presentó recurso de apelación respecto de la negativa de los mismos, la Sala solo se pronunciará en lo que fue desfavorable el fallo de primera instancia para la parte que presentó el recurso de apelación, esto es, para la parte demandada.

En primer lugar, es dable acotar que la declaratoria de insubsistencia, responde a una facultad discrecional del nominador; por lo que en principio, el acto que la contiene, no requiere de motivación; sin embargo cuando se trata de nombramientos en cargos de carrera, ya sea en propiedad o en provisionalidad, la facultad discrecional tiene límites y por ello el acto que la contiene, debe motivarse, so pena de que se afecte su validez; en ese orden, los motivos por los cuales se expide deben ser ciertos, pertinentes y tener el mérito suficiente para justificar la decisión que mediante él se haya tomado, en otras palabras, que correspondan a los supuestos de hecho y de derecho jurídicamente necesarios para la expedición del acto administrativo, y que se den en condiciones tales que hagan que deba preferirse la decisión tomada y no otra.

Así las cosas, en el sub iudice, se advierte que los supuestos fácticos y jurídicos señalados por la entidad demandada y que fundamentaron el acto de desvinculación de la actora son los siguientes:



“Que en relación con el principio de eficacia, el numeral 11 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala "11 En virtud del principio de eficacia las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearan de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa".

Que la Administración Municipal, mediante el decreto No 047 del 2 de marzo de 2016, declaro la calamidad pública y estado de emergencia hídrica, producto esto del fenómeno del niño, situación que está produciendo una mortandad de pece que amerita la presencia del personal de la secretaria de salud, en especial la responsable del área de prevención y promoción, con la finalidad de coordinar las labores de recolección de los peces muertos en el complejo cenagoso de María La Baja, para evitar un problema de salud pública con la pudrición de estos.

Que al requerir al Profesional Universitario del Área de Salud, para que este cumpliera con sus funciones misionales, no se ha encontrado en su lugar de trabajo, según las quejas escritas presentadas por algunos usuarios de la comunidad, oficios estos que reposan en la oficina de Recurso Humanos, amén de esto también se presentan grandes falencia en los programas que requieren de la intervención de este funcionario para el cabal cumplimiento de metas establecidas como es el caso de los programas de vacunación que en los actuales momentos en el municipio no cumple con las metas de cobertura, así también no existe la coordinación entre las promotoras de salud de los distintos corregimientos y la secretaria de salud municipal a través del coordinador o profesional universitario del área de salud encargado de estas actividades.



Que las circunstancias y situaciones fácticas que vienen expuestas en considerandos precedentes ponen de manifiesto la falta de compromiso de la señora INGRI (sic) CASTELLAR SANJUANERLO, identificada con la cedula de ciudadanía No. 45.371.205, en el cargo de -Profesional Universitario en el Área de Salud Secretaria de Salud Municipal, Código 237 Grado 03, del Municipio de María La Baja Bolívar, con el cumplimiento de los fines misionales de esta entidad territorial, así como con las políticas institucionales de esta administración por cuanto la referida servidora pública con su comportamiento afecta la prestación del servicio público, por desconocer, especialmente, el principio de eficacia que erige la función administrativa.

Que en tales condiciones, se acreditan los presupuestos que tanto la jurisprudencia Constitucional como la Contenciosa administrativa han establecido para que proceda el retiro del servicio de un servidor público que ocupa un cargo en provisionalidad, mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, debidamente motivada, tal como se hace en el caso que nos ocupa a través del presente acto administrativo, por presentarse una afectación negativa del servicio que debe prestar la señora INGRI CASTELLAR SANJUANELO, identificada con la cédula de ciudadanía No 45.371.205 en el cargo de - Profesional Universitario en el Área de Salud Secretaria de Salud Municipal, Código 237 Grado 03, del Municipio de María la Baja..."

En relación al cargo de nulidad por **expedición del acto con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa**, precisa la Sala que la accionante manifiesta que no se le dio la oportunidad de defenderse ni en los trámites previos a la expedición del acto, ni en el momento de su expedición. Afirma que las quejas presentadas en su contra, son nulas de pleno derecho, toda vez que a su juicio no fueron controvertidas por ella. Por otro lado, indicó que al pertenecer al sindicato de la alcaldía del municipio de María La Baja debió ser escuchada antes de ser desvinculada, así como también al sindicato.

Al respecto, precisa la Sala que si bien la accionante manifiesta pertenecer al

sindicato SUTRALMARLED del municipio de María La Baja, lo cierto es que solo se aportó solicitud de inscripción de dicho sindicato ante el Ministerio del Trabajo, así como la notificación de la creación del mismo a la Alcaldía del Municipio de María La Baja, sin que tenga esta Magistratura conocimiento si efectivamente se completó la inscripción del sindicato el registro de organizaciones sindicales del Ministerio del Trabajo, por lo que concluye la Sala que tal hecho no se tiene por acreditado.

Ahora bien, en el sub examine se acreditó la presentación de quejas y reclamos por parte de dos ciudadanos, AGENIS ZABALETA y EDINSON JULIO GARCIA los días 16 de febrero de 2016 y 4 de enero de 2016, respectivamente, porque presuntamente la accionante en su calidad de Coordinadora de Promoción y prevención de la Secretaría de Salud del municipio de María La Baja no se encontraba en su lugar de trabajo ubicado en la Secretaria de Salud del municipio, sin embargo, no se advierte en el presente asunto que a la actora se le brindara la oportunidad de ejercer su derecho de defensa frente a dichas quejas, pues no se acreditó que se haya llamado a descargos o se haya iniciado una investigación disciplinaria formalmente en su contra en el cual se le permitiera controvertir lo dicho por los ciudadanos, de tal manera que se le vulneró su derecho a pronunciarse respecto de las acusaciones que se hicieron en su contra, afectando su derecho de defensa.

Por otro lado, la entidad accionada indica en la motivación del acto de desvinculación que la actora fue requerida para que cumpliera con sus funciones misionales, que se presentaron grandes falencias en los programas que requieren de la intervención de la actora para el cabal cumplimiento de metas establecidas, como es el caso de los programas de vacunación en cuales el municipio no cumple con las metas de cobertura, así como tampoco existía la coordinación entre las promotoras de salud de los distintos corregimientos y la secretaria de salud municipal; frente a lo cual precisa la Sala que si la administración consideraba que la actora no estaba prestando correctamente su servicio como funcionaria pública; lo procedente era evaluar en conjunto todas estas circunstancias; para determinar o evaluar el desempeño de la demandante; situación que no ocurrió en el sub examine,

pues ante tales hechos la administración procedió a declarar insubsistente su nombramiento sin haberse realizado un procedimiento previo en el cual se evaluarán las conductas descritas en el acto acusado.

Sobre este punto, precisa esta Corporación que, los actos de desvinculación de los nombramientos en provisionalidad, deben ser motivados, en el entendido de que los empleados públicos nombrados en provisionalidad desarrollan un cargo en carrera administrativa, razón por la cual su retiro es procedente solo y de conformidad con las causales establecidas en la Constitución Política y en la ley, esto es, las consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004; en este orden, la discrecionalidad del nominador respecto del retiro sólo se predica respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

En este contexto, es dable acotar que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 prevé las siguientes causales de retiro del servicio:

“ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) <Literal INEXEQUIBLE>

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) <Literal CONDICIONALMENTE executable> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;



- i) <Literal *CONDICIONALMENTE* exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes

Ahora bien, en el sub examine se observa que en el Decreto 072 del 13 de abril de 2016 mediante el cual la Alcaldía del Municipio de María La Baja declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la señora INGRDI CASTELLAR SANJUANELO si bien no se indicó ninguna causal de retiro del servicio en específico, para esta Magistratura, los argumentos expuestos por la entidad en el acto administrativo para declarar insubsistente a la actora se podría subsumir en la causal contenida en el literal d del artículo 41 de la norma en cita; esto es “ **b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.**”; sin embargo, tal como se indicó en precedencia, en el sub examine no se acreditó que la desvinculación de la actora haya sido producto de una mala evaluación de su desempeño; pues se reitera, no se le realizó ningún procedimiento administrativo previo a su declaratoria de insubsistencia.

Por otro lado, respecto del segundo cargo de nulidad en estudio, esto es, por haberse expedido el acto con **falsa motivación** precisa la Sala que el mismo también se encuentra acreditado teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

La falsa de motivación como causal de nulidad de los actos administrativos²⁶, hace alusión a un “[...] vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad [...]”²⁷.

La falsa motivación se configura cuando “[...] para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable [...]”²⁸.

En la misma línea pueden apreciarse las siguientes consideraciones, en las que se ilustra que la falsa motivación también está relacionada con la forma en que se valoran los supuestos de hechos de la decisión enjuiciada:

“[...] Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2011, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, Rad. 23001-23-31-000-1999-00291-01(19483). Esta perspectiva de análisis también ha sido adoptada por la Sección Quinta de esta Corporación, como puede apreciarse en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de agosto de 2017, C.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 13001-23-33-000-2016-00051-01.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 4 de marzo de 2000, Exp.1998-0503-01-9772, M.P. Daniel Manrique Guzmán.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 19 de mayo de 1998, expediente 10051, M.P. Clara Forero de Castro.

concuera con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

Todo lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cuáles son los hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos " (negrillas fuera de texto).²⁹

Así pues, se observa que la causal de falsa motivación está relacionada con la valoración de los hechos que sirvieron de fundamento para la adopción de la decisión, esto es, en verificar su veracidad, si existió o simulación o engaño, si fueron analizados con ligereza o rigor, de manera sistemática o aislada, razonable o irrazonable.

En virtud de lo anterior, para la Sala, los fundamentos de hecho y de derecho en que fundamentó la declaratoria de insubsistencia la administración no se encuentran acreditados, toda vez que en el sub examine no obra elemento probatorio que permita establecer que la actora haya incumplido con sus funciones misionales, o que se presentaran falencias en los programas que requerían de la intervención de ella para el cumplimiento de las metas establecidas, pues, por el contrario, con las pruebas testimoniales rendidas por los señores ALBERTO ENRIQUE TORRES MAZA y ODERMAN LUIS SALINAS VASQUEZ los cuales prestaban sus servicios a la Alcaldía del municipio de María La Baja, así como las documentales que se aportaron en el expediente se acredita que la señora INGRID CASTELLAR SANJUANELO en su calidad de Profesional Universitario de la Secretaría de Salud del Departamento de Bolívar cumplía con las funciones asignadas a su cargo, igualmente que se encargaba de coordinar los programas que desarrollaba la secretaria de salud, para lo cual realizaba trabajo de campo en los distintos corregimientos del municipio de María La Baja, por lo que requería desplazarse de su oficina principal a otro corregimientos.

Precisa la Sala, que si bien la accionada, en el recurso de apelación, cuestiona

²⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 25 de octubre de 2017, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez. Rad. 76001-23-31-000-2011-01859-01 (20762).

la imparcialidad de los testimonios rendidos por los señores ALBERTO ENRIQUE TORRES MAZA y ODERMAN SALINAS VASQUEZ, ello no es de recibo en esta instancia procesal ; debido a que de conformidad con lo establecido en el artículo 211 del CGP, tal cuestionamiento debió hacerse por al momento de la recepción del testimonio.

Así las cosas, al haberse acreditado los cargos de nulidad de falsa motivación y expedición del acto con violación al derecho a la defensa expuestos por la parte demandante, se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado, por lo que la Sala confirmará la sentencia impugnada mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

6. Condena en Costas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación”, y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas a la Parte Demandada, las cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR en todas las partes la sentencia de primera instancia proferida el veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), por el

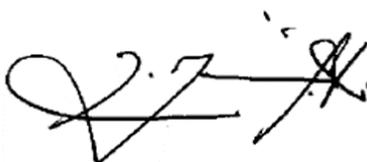
Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en Costas a la Parte Demandada, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP; incluyendo las agencias en derecho; las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
Magistrado (e)
Ausente con permiso



OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

