



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DESINCELEJO- SUCRE

Sincelejo, veinticuatro (24) de junio del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Medi de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado No.:	70001.33.33.005.2012-00012-00
Demandante:	Inmaculada Candelaria Wilchez Salcedo
Demandado:	Municipio de Los Palmitos – Sucre.

Se procede a dictar sentencia en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por la señora INMACULADA CANDELARIA WILCHEZ SALCEDO contra el MUNICIPIO DE LOS PALMITOS – SUCRE.

ANTECEDENTES

A – PRETENSIONES:

1. Que se declare la nulidad del Decreto No. 043 de fecha 23 de enero del año 2012, suscrito por el Alcalde municipal de Los Palmitos- Sucre, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Inmaculada Candelaria Wilchez Salcedo, quien ejercía el cargo de Secretaria, Código 440, Grado 08 en la Tesorería Municipal de Los Palmitos.

2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento laboral ordenando a la entidad demandada a reintegrar a la demandante en un cargo igual, semejante o de superior categoría al que desempeñaba en el municipio de Los Palmitos.

3. Que se ordene a favor de la demandante el pago de todos los sueldos causados con inclusión de sus factores salariales, tales como: auxilio de alimentación, auxilio de transporte, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de cesantías, interés de las cesantías, prima de servicios, bonificación por recreación, aportes a pensión y salud, junto con los incrementos legales y la indexación de todos los valores a que sea condenado, desde cuando se produjo la supresión del cargo hasta que fuere efectivamente reintegrada.

4. Que se declare que no ha existido solución de continuidad en los servicios para todos los efectos legales y prestacionales de la señora Inmaculada Candelaria Wilchez Salcedo.

5. Que se ordene dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con el artículo 195 del CPACA, en armonía con las normas que le sean compatibles de ese mismo cuerpo normativo.

6. Que se condene a la entidad demandada en costas y gastos, incluidas las agendas en derecho.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Manifiesta el apoderado de la parte demandante que la señora Inmaculada Candelaria Wilchez Salcedo, fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Secretaria, código 440, grado 08 en el Municipio de Los Palmitos (Sucre), mediante Decreto No. 276 del 15 de diciembre de 2.011, con una asignación básica mensual de \$976.550.00.

Así mismo expresa que el cargo que ocupaba la demandante pertenecía a carrera administrativa, pues previo a su nombramiento y consecuente posesión el municipio de Los Palmitos-Sucre, obtuvo la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para su designación por seis (6) meses, mediante el oficio No. 0-2011 EE 47253 de fecha 1° de diciembre de 2.011, radicado bajo el No. 02-2011-57047.

Que las funciones que le fueron asignadas a la actora correspondían a Secretaria en la Tesorería Municipal de los Palmitos, las cuales desempeñó sin ninguna queja o llamado de atención desde su posesión, esto es 15 de diciembre del 2011 hasta el 24 de enero del 2012, fecha en el cual la Administración municipal dio por terminado su nombramiento en provisionalidad mediante Decreto No. 043 del 23 de enero del año 2012.

Que el acto administrativo que ordenó la terminación del nombramiento provisional de la demandante no está motivado, ya que la motivación no es sólo decir las razones genéricas de mejorar el servicio y el cumplimiento de los fines de la función pública, es explicar el porqué de lo uno y de lo otro, considerar las razones de índole exclusivo que atañen a la funcionaria que se retira, de manera singular, con sujeción a la causación de unos hechos comprobables, no sobre fundamentos abstractos, gaseosos e inaceptables tal como se dispuso en dicho acto.

Finalmente expresa que en el asunto se está en presencia de una desviación de poder ya que la administración municipal de Los Palmitos de una manera sistemática y dolosa retiró a todos los funcionarios que fueron nombrados en provisionalidad mediante el Decreto

276 del 15 de Diciembre de 2.011, lo cual hicieron en los primeros dos (2) meses del año dos mil doce (2012), siendo afectados con la terminación de su nombramiento en provisionalidad los señores EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO, Almacenista General, código 215, grado 01, el día 3 de febrero de 2.012, EDIMER LUIS PEREZ ARRIETA, Profesional Especializado código 222, grado 03, vinculado a la Secretaría de Desarrollo Social, el día 3 de febrero de 2.012, ALEJANDRO ENRIQUE MERCADO HERAZO y CLEYSMAN YAIR MONTERROZA RIVERA como Profesionales Universitarios, código 219, grado 01 el día 17 de febrero de 2.012 y JAZMIN PEREZ PEREZ, Secretaria, código 438, grado 04 ejerciendo funciones de Secretaría Coordinadora del Programa del adulto mayor en la Secretaria del Interior y Control Disciplinario del Municipio de Los Palmitos, el día 3 de febrero de 2.012.

C - FUNDAMENTOS DE DERECHO.

La actora invoca como normas violadas: artículos 1º, 2º, 13, 25, 29 y 209 de la C.P.

Dentro de las causales de nulidad que vician el acto administrativo cuestionado invoca:

a) Falsa motivación.- Para lo cual señala que hay falsa, e incluso podría decirse falta de motivación del acto de retiro de la demandante, ya que debió conocer las razones por las cuales se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad y no simplemente argumentar que se buscaba mejorar el servicio de las funciones del cargo y para el cumplimiento de los fines de la función pública, afectando en especial su derecho al debido proceso, contradicción y defensa. De esta manera a la Administración le corresponde motivar los actos, esto es expresar las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción, le compete definir si las mismas son justificadas constitucional y legalmente.

b) Desviación de poder.- Consistente en que el acto administrativo objeto de la acción contenciosa, fue expedido con claras demostraciones de desviación de poder por la intención clara del representante legal del municipio de Los Palmitos, de prescindir de los servicios de la actora mediante acto completamente arbitrario que fue el resultado de una persecución de todos aquellos empleados de la administración que no lo acompañaron en las elecciones donde resultó ganador. Expresa además que extrañamente la administración municipal en los días siguientes al retiro de la demandante nombra a varios ciudadanos en los cargos que ostentaban los que fueron retirados de su nombramiento en provisional, tal como es el caso de la demandante y de otros como el señor EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO como Almacenista General, código 215, grado 01, adscrito a la Secretaría de Planeación Municipal, quien en su reemplazo fue nombrado TULIO DIAZ PEREZ; EDIMER LUIS PEREZ ARRIETA como Profesional Especializado código 222, grado 03, vinculado a la Secretaría de Desarrollo Social, que fue reemplazado por AMPARO SILVA SALGADO, entre otros. Aunado a lo anterior y como un hecho que denota el interés desviado, la designación de los anteriores funcionarios expresa la parte actora que dichos

nombramientos se hicieron por fuera del término de 45 días calendarios concedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil al Municipio de los Palmitos para el nombramiento de los provisionales en cargos de carrera administrativa, toda vez que tal autorización fue expedida el 1° de diciembre del año 2011 y venció el 15 de enero del año 2012, y solo varios días después del retiro de la actora, es que surge la potestad reglada de la Administración para nombrar con posterioridad a otras personas en dichos cargos.

Finalmente manifiesta que con los anteriores despidos y nombramientos se observa una actitud decidida del municipio, para retirar a todas aquellas personas que fueron nombradas mediante Decreto 276 del 15 de diciembre de 2011, lo cual hicieron paulatinamente hasta no dejar ni uno de los funcionarios designados con el permiso de la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual constituye una clara desviación de poder, que se vislumbra más al nombrar posteriormente a cinco personas en los mismos cargos, sin previa autorización de dicho ente.

II. TRAMITE PROCESAL

A – Previa inadmisión de la demanda para su corrección, la misma fue admitida mediante providencia de fecha 27 de agosto de 2012 y notificada a la entidad accionada, quien constituyó apoderada judicial y contestó la demanda en los siguientes términos:

En cuanto a los hechos la entidad demandada expresó: que son ciertos el 1° y 3°; que no le consta lo argumentado por el demandante en el hecho 2°; que no es un hecho, sino apreciaciones de tipo subjetivo del apoderado de la actora; el 4°, 5°, 6° y 7°; son falsos, por cuanto los argumentos y la motivación del Decreto No. 043 de fecha 23 de enero de 2012 están fundados en lo preceptuado en el artículo 10 del Decreto 1227 del 2005, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004, el hecho 8°; y que no es cierto el hecho 9°, por cuanto si bien el precedente jurisprudencial son verdaderos criterios orientadores para las tomas de decisiones por parte de los jueces, no es menos cierto que todos los casos desde el punto de vista fáctico y jurídico son distintos, por lo que deben valorarse o analizarse de una forma jurídica diferente, lo que torna a este hecho en apreciaciones subjetivas hechas por el apoderado de la actora. Respecto a las pretensiones expresó el acto administrativo acusado debe mantenerse en firme por cuanto su expedición se ajusta a derecho, pues el mismo es legal y no genera violación de alguna disposición normativa.

Por último propuso las siguientes excepciones:

- Ineptitud de la demanda.- Fundada en que los argumentos esbozados en la demanda además de no guardar coherencia con la realidad no se ajustan al procedimiento establecido en la normatividad vigente.

- Insuficiencia de poder.- Por cuanto el apoderado del demandante carece de poder para actuar.

- Indebida acumulación de pretensiones.- Basada en que las pretensiones solicitadas se acumularon en indebida forma.

- Falta de agotamiento de la vía gubernativa.- Instituida en que el actor no agotó la vía gubernativa para actuar en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

- Falta de integración del litis consorcio necesario Comisión Nacional del Servicio Civil.- Fundada en que el demandante omite vincular al proceso en calidad de demandado a la CNSC, entidad habilitada en el estado colombiano para autorizar los concursos de mérito y nombramientos en provisionalidad.

- Caducidad de la acción.- Instaurada con base en que la presente demanda fue interpuesta de forma posterior a lo establecido en la ley, es decir 4 meses, los cuales se cuentan a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto administrativo acusado (Decreto No. 043 de fecha 23 de enero del 2012).

- Prescripción.- Para todo hecho o circunstancia que eventualmente llegare a ser probada en contra del demandado, que haya tenido transcurso en el tiempo de 3 años o más, desde cuando se hizo exigible.

- Inexistencia de ilegalidad o carencia de vicios en el acto administrativo.- Basada en que los argumentos con los que se pretenden demostrar la existencia de vicios en el acto administrativo acusado son apreciaciones del orden personal del apoderado que nada indica en cuanto pudo errarse en el nacimiento y creación del acto, pues el supone un total amparo legal y jurídico, es decir, se ajusta a la constitución y a la ley.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no presentó contestación de la demanda.

B- AUDIENCIA INICIAL Y DE PRUEBAS.- Mediante providencia de fecha 28 de enero de 2013 se fijó el día 21 de marzo como fecha para la celebración de audiencia inicial. En ésta oportunidad se resolvieron las excepciones previas propuestas por la entidad demandada en su contestación, tales como: 1. Ineptitud de la demanda, 2. Insuficiencia de poder, 3. Indebida acumulación de pretensiones, 4. Falta de agotamiento de la vía gubernativa, 5. Falta de integración del litis consorcio necesario a la Comisión Nacional del Servicio Civil y 6. Caducidad de la acción, las cuales no fueron de recibo para este despacho. Igualmente se

señaló el día 8 de mayo de 2013 como fecha y hora para la celebración de audiencia de pruebas. Llegado el día y hora en mención, se realizó la audiencia de pruebas, en esa oportunidad el apoderado de la parte demandante indicó que desistía de las pruebas testimoniales, por lo que el despacho procedió a declarar finalizada la misma y dando aplicación al inc.3° del art. 181 del CPACA prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarla innecesaria, ordenando a las partes y al Ministerio Público presentar sus alegatos por escrito.

Estando dentro de la oportunidad legal pertinente, el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión, al respecto expresó que el acto demandado debe mantenerse en firme, por cuanto un nombramiento en provisionalidad no genera fuero de estabilidad. Así mismo, manifestó que la búsqueda del mejoramiento del servicio y la satisfacción del bien común de la sociedad son propósitos que siempre debe propender el nominador cuando ejerce la facultad discrecional de declarar insubsistente un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, por tanto ese acto está revestido de legalidad y le corresponde al particular desvirtuarla, para eso deberá comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, por ende, se desmejoró el buen servicio público.

Por último alega que el Alcalde en ejercicio de la facultad discrecional declaró la insubsistencia del nombramiento de la actual demandante. De igual manera el acto acusado guarda su esencia en que la Administración lo expidió con fines de mejorar el servicio, ya que no está demostrado que la misma haya tenido fines diferentes a los argumentados y ratificados por esa entidad en el acto en cuestión, por lo que hace énfasis en la INEXISTENCIA DE ILEGALIDAD O CARENCIA DE VICIOS EN EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO.

Por su parte, el apoderado de la parte actora en sus alegatos de conclusión expresa que en el asunto existe un problema jurídico que se debe determinar, y consiste en establecer si el acto administrativo que ordenó la terminación del nombramiento provisional de la señora INMACULADA CANDELARIA WILCHEZ SALCEDO estuvo motivado o no, y si de existir motivación era suficiente teniendo en cuenta que había sido vinculada al mismo siguiendo los mecanismos previstos en la legislación vigente, iniciando con las facultades otorgadas por el H. Concejo Municipal de Los Palmitos para reestructurar la planta de personal contenidas en el Acuerdo 019 de 2010, seguido de la elaboración del estudio técnico requerido para la reestructuración y el ajuste de la escala salarial, luego la solicitud de concesión y posterior autorización de la CNSC para el nombramiento provisional, la designación mediante decreto y la posterior posesión del funcionario, todo ello en cumplimiento de la regulación contenida en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

Manifiesta además que con la contestación de la demanda se anexó la hoja de vida del señor ALBERTO DE JESUS PEREZ PEREZ para intentar conducir un argumento de mejora del servicio en principio, pero si ese era el motivo del retiro de la actora debió expresarse en el contenido del acto en revisión, pues pasaron tres meses entre el retiro de la actora y el nombramiento de su reemplazo, por lo que esa motivación posterior es inválida e improcedente.

De otra parte alega que el nombramiento en provisionalidad de la demandante le fue terminado antes de vencerse la autorización concedida por la CNSC, la cual estaba vigente aún para el nombramiento de su reemplazo hasta el 20 de marzo de 2012, porque fue concedida por 6 meses contados desde el 1° de diciembre de 2011, debido a ello no existe una razón valedera para haber terminado su nombramiento y pedir autorización para hacer otro, ni siquiera en acatamiento del Decreto 1227 de 2005, bajo el amparo de una decisión motivada que para el caso no existió.

Finalmente expresa que el acto acusado no explica las razones por las cuales se mejoraría el servicio con la salida de la demandante y tampoco en que se beneficiaría en ello el cumplimiento de los fines de la función pública, razón por la cual no se puede considerar motivación lo contenido en dicho acto.

El Ministerio Público no presentó alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A- PROBLEMA JURIDICO.- Consiste en determinarse si la demandante quien desempeñaba un cargo en provisionalidad en la planta de personal del municipio de Los Palmitos, tiene derecho a ser reintegrada a uno igual o de superior categoría previa verificación de las causales de nulidad que se endilgan contra el acto acusado, que la declaró insubsistente.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: 1. Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, 2. Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, 3. Material probatorio, y 4. El caso concreto.

1. Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.-La Ley 909 de 2004, en su Art. 1°, establece de conformidad con lo previsto en la Constitución Política y la ley, que empleos hacen parte de la función pública, ad litteram:

Empleos públicos de carrera

Empleos públicos de libre nombramiento y remoción

Empleos de período fijo

Empleos temporales (art. 1 Ley 909/2004).

En lo que respecta a los empleos públicos de carrera el artículo 27 de la ley en mención dispone que:

Artículo 27: *Carrera Administrativa.* La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.

En cuanto a la clasificación de estos empleos, el artículo 5° ídem dispone que los empleos regulados por la presente ley son de carrera administrativa, exceptuando:

1.- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2.- Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 ídem).

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

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

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

En lo tocante a los nombramientos en provisionalidad, el artículo 25 de la ley en mención dispone, que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de su cargo, el mismo será provisto en forma provisional, *“sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”*.

El nombramiento en provisionalidad se presenta en los siguientes eventos:

1. Para suplir vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados (art. 25)

2. Mientras se produce la calificación del período de prueba (art. 31.5).

Conforme lo anterior, se tiene que la provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pues el nombramiento en provisionalidad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente hasta que se pueda hacer la designación por el sistema de concurso de méritos, tratándose de cargos de carrera; ya que para acceder a éstos por disposición constitucional y legal se requiere, además de satisfacer los requisitos exigidos para cada cargo en particular, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección, y una vez concluido éste se obtiene el fuero como empleado de carrera, que es el que le da estabilidad para permanecer en el cargo.

De igual manera, el Decreto 1227 de 2005 que reglamentó la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con los empleos temporales y provisionales estableció que los nombramientos en provisionalidad no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, conforme lo regulado en el artículo 10 del Decreto en mención, el cual prevé: *“Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”*.

En el mismo sentido el H. Consejo de Estado¹, ha dejado claro que los actos que retiran del servicio a un empleado de carrera, independientemente que este provisto de manera provisional debe ser motivado, por cuanto esto obedece a una competencia reglada, al respecto sostuvo:

¹ Sección Segunda, Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).

*“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 2° del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**², 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 2°, 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, 3° y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo **motivado**, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.*

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos³ 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...”

De otra parte, respecto a los efectos de este tipo de nombramiento hay que resaltar, que este no da derecho a la estabilidad en el empleo, ni queda amparado por las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, ni el nominador pierde la facultad para nombrar mediante esa figura a alguien más en ese cargo, mientras se provea a través de concurso de mérito.

No obstante se reitera que en vigencia de la Ley 909 de 2004, cuando se trate de cargos de carrera desempeñados por personas nombradas en provisionalidad, el H. Consejo de Estado ha establecido que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, **mediante acto administrativo motivado** (Artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del decreto 1227 del mismo año).

² 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.

³ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento⁴, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad⁵.

2)Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del consejo de estado y la Corte Constitucional.-

En primer término es de señalar que de conformidad con los Decretos Reglamentarios 150 de 1973, art 107 y 1572 de 1998, art. 7°. los empleados designados de manera provisional podían ser retirados discrecionalmente.

En efecto, el Decreto 150 de 1973, en su artículo 107 establece: "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o **provisional, sin motivar la providencia**, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados...".

A su vez, el Decreto 1572 de 1998 en su artículo 7° dispone: que el término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.

De otro lado, La Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario 1227 de 2005, le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales, al señalar que éstos no pueden superar los seis (6) meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

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

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de fecha 12 de octubre de 2011, Rad. No. 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11)

En punto a la provisionalidad, el Consejo de Estado ha reiterado, que ésta no genera fuero de estabilidad alguno, de tal manera que le es dable al nominador dar por terminada la relación laboral, incluso antes del vencimiento del período de la misma.⁶

Así mismo, ha sido criterio reiterado de esa corporación el precisar que, la situación del nombrado provisionalmente, aunque no es idéntica, tiene importantes semejanzas con la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger, en beneficio del servicio, a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función, y el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.⁷

Bajo la línea del precedente judicial, nuestro alto tribunal al estudiar la situación de los provisionales frente a los derechos de estabilidad laboral en Sentencia de fecha 29 de abril de 2010, Sección Segunda” Subsección B”. M.P. Bertha Lucia Ramírez De Páez.⁸ Radicación número:05001-23-31-000-2001-03490-01(1998-09), manifestó lo siguiente.

“Cabe reiterar que la provisión de los cargos de Carrera mediante el nombramiento en provisionalidad, tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto -concurso de méritos- sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente, porque así lo consagra la Ley.

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, modalidad que no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público.

La Administración puede, en aras de mejorar el servicio, aun cuando no haya vencido el término de provisionalidad o el término de la prórroga del nombramiento del empleado, removerlo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo definitivamente en propiedad, se puede hacer, nuevamente, en provisionalidad.

En este orden de ideas, la remoción de esta clase de funcionarios sin los requisitos que la ley establece para el personal de Carrera, no viola las disposiciones legales que regulan dicha materia”.⁹

⁶ Sentencia de fecha primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012), Sección Segunda”, C.P.: DR. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Rad. 15001-23-31-000-2001-01612-01(0768-11).

⁷ Sentencia de diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011).. Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente No. de Referencia: 05001-23-31-000-2004-03585-01(1543-10).

⁸ Tesis sostenidas en el Consejo de Estado, en sentencia de fecha Sentencia del 17 de mayo de 2007, Bertha Lucia Ramírez De Páez.. Rad. número: 63001-23-31-000-2001-00892-01(7068-05), sentencia 26 de marzo de 2009, Rad. Número 68001-23-31-000-2001-01834-01(1707-07),

⁹ Sent. Sección Segunda” Subsección B”. M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Radicación número: 68001-23-31-000-2001-01834-01(1707-07), de fecha 26 de marzo de 2009.

En ese sentido, se tiene que la administración puede en cualquier tiempo declarar a los empleados nombrados en provisionalidad insubsistente, mediante la facultad discrecional que le otorga la ley, siempre que se tenga como fin el buen servicio y satisfacer los intereses comunes de la comunidad, es decir, se persigan los fines del Estado, advirtiendo que el acto administrativo que contiene tal decisión debe ser motivado. En igual sentido ha reiterado que los nombramientos en provisionalidad no gozan de estabilidad alguna¹⁰.

Sin embargo la Corte constitucional en sentencia SU – 917 de 2010¹¹ M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, con respecto a la estabilidad laboral de los empleados en provisionalidad, manifiesta lo siguiente:

“Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción (Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de 2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1240 de 2004). Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada (T-081 de 2006, C-031 de 1995). Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo (T-1310 de 2005, T-222 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2002, T-1206 de 2004 y T-392 de 2005).”

2)LO PROBADO EN EL PROCESO: Al proceso se arrimaron las siguientes pruebas:

¹⁰Sent. de tutela Sección Segunda” Subsección B”. DR. GERARDO ARENAS MONSALVE 11001-03-15-000-2008-01238-00 de fecha 21 de enero de 2009.

¹¹ Tesis reiterada en sentencias SU- 691 de 2011, y en T- 159 de 2012, M.P.: Nelson Pinilla Pinilla: “En resumen, los servidores en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa, que les garantiza que solo puedan ser desvinculados para que provea el cargo que ocupan una persona que ha ganado el concurso público de méritos o, como se explicó, por quien encontrándose en un cargo de carrera en propiedad cumple con el lleno de los requisitos para obtener un traslado; por lo tanto si la terminación del vínculo laboral tiene como causa lo anterior, no se desconocen derechos de esos servidores.”

- Copia autenticada del Decreto No. 043 de fecha 23 de enero de 2012, suscrito por el Alcalde Municipal de Los Palmitos, por medio del cual se da por terminado un nombramiento provisional en la planta de personal de la Alcaldía Municipal de los Palmitos – Sucre. (fl. 13 a 15)

- Comunicación del Decreto No. 043 dirigida a la señora Inmaculada Candelaria Wilchez Salcedo, con fecha de recibido enero 24 de 2012, donde se le comunica la terminación del nombramiento en provisionalidad. (fl. 247)

- Certificación laboral expedida por el Secretario del interior y control disciplinario (E) del Municipio de los Palmitos – Sucre. (fl. 28)

- Copia autenticada del Acuerdo No. 019 de 2010, “por medio del cual se conceden facultades temporales a la Alcaldesa municipal d Los Palmitos – Sucre, para reestructurar la planta de personal de la Alcaldía Municipal, elaborar el correspondiente estudio técnico y ajustar la escala salarial de los empleados adscritos a la misma.” (fls. 29 – 31)

- Copia autenticada del Estudio Técnico para la reestructuración administrativa de la administración central del municipio de Los Palmitos – Sucre. (fls. 32 – 59)

- Certificación de fecha 1° de diciembre de 2011 expedida por la CNSC a la Alcaldesa municipal de Los Palmitos para nombrar en provisionalidad, por un término de 6 meses en los siguientes cargos: Un (1) Secretario código 440, grado 08; Dos (2) Profesionales Universitarios, código 219, grado 01; Un (1) Almacenista General, código 215, grado 01; Un (1) Profesional Especializad, código 222, grado 03; Un (1) Secretario de Despacho, código 438, grado 04; y Un (1) Secretario, código 440, grado 04.(fls. 60- 61)

- Copia autenticada del Decreto No. 276 de 2011, suscrito por la Alcaldesa municipal de Los Palmitos - Sucre, por medio del cual se hacen unos nombramientos provisionales, dentro de los cuales se encuentra el de la señora Inmaculada Candelaria Wilchez Salcedo en el cargo de Secretaria código 440, grado 08. (fls. 62 – 64)

- Copia autenticada del acta de posesión la señora Inmaculada Candelaria Wilchez Salcedo de fecha 15 de diciembre de 2011, en el cargo de Secretaria código 440, grado 08. (fl. 65)

- Copia autenticada del Decreto No. 126 de fecha 6 de mayo del 2011, por medio del cual se establece la escala de asignación salarial de los empleos del municipio de Los Palmitos. (fls. 66 a 68)

- Copia autenticada del Decreto No. 127 de fecha 6 de mayo de 2011, por medio del cual se reestructura la planta de personal del municipio de Los Palmitos. (fls. 69 a 71)

- Copia autenticada del Decreto No. 128 de fecha 6 de mayo del 2011, por medio del cual se adopta una nueva planta de persona del municipio de Los Palmitos, se suprimen y se crean unos cargos. (fls. 72 a 79)

- Copia autenticada del manual de funciones y competencias laborales del municipio de Los Palmitos de fecha 6 de mayo del 2011. (fls. 80 a 161)

- Copia simple de nóminas de pago del municipio de Los Palmitos, correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo de 2012. (fls. 162 a 166)

- Copia simple de los Decretos Nos. 053, 052 y 056 de fecha 2 de febrero de 2012, respectivamente, por medio de los cuales el municipio de Los Palitos da por terminado los nombramientos en provisionalidad de los señores Edimer Luís Pérez Arrieta del cargo de profesional especializado, código 222, grado 03, Edgar Alexander Tovar Salgado del cargo de Almacenista General, código 215, grado 01 y Yasmín Teresa Pérez Pérez del cargo de Secretaria, código 438, grado 04. (fls. 167 – 181)

- Hoja de vida de la señora Inmaculada Candelaria Wilchez Salcedo. (fls. 251 – 254)

- Hoja de vida del señor Albeiro de Jesús Pérez Pérez, identificado con CC No. 18.777.805. (fls. 265 a 285)

- Solicitud de autorización para nombramientos en provisionalidad de fecha 20 de febrero de 2012 dirigida a la Comisión Nacional del Servicio Civil por el Alcalde municipal de Los Palmitos Manuel Pérez Mendivil, para proveer los siguientes cargos: Un (1) Secretario código 440, grado 08; Un (1) Profesional Universitario, código 219, grado 01; Un (1) Almacenista General, código 215, grado 01; Un (1) Profesional Especializad, código 222, grado 03; Un (1) Secretario de Despacho, código 438, grado 04; y Un (1) Secretario, código 440, grado 04. (fls. 286 - 290)

- Certificación No. 8758 de fecha 28 de febrero de 2012 expedida por la CNSC al Alcalde municipal de Los Palmitos Manuel Pérez Mendivilpara nombrar en provisionalidad, por un término de 6 meses en los siguientes cargos: Un (1) Secretario código 440, grado 08; Un (1) Profesional Universitario, código 219, grado 01; Un (1) Almacenista General, código 215, grado 01; Un (1) Profesional Especializad, código 222, grado 03; Un (1) Secretario de Despacho, código 438, grado 04; y Un (1) Secretario, código 440, grado 04. (Fls. 291 – 292)

- Decreto No.101 de fecha 20 de marzo de 2012, por medio del cual se nombra en provisionalidad al señor Albeiro de Jesús Pérez Pérez en el cargo de Secretario, código 440, grado 08 en el municipio de Los Palmitos, con su respectiva acta de posesión. (fls. 293 a 295)

3- EL CASO CONCRETO.- De conformidad con el material probatorio allegado al proceso, se tiene que la actora laboró en el Municipio de Los Palmitos en el cargo de Secretaria Asistente de Tesorería código 440, grado 08, adscrita a la Tesorería Municipal, posesionada el día 15 de diciembre de 2011, hasta el 24 de enero de 2012, lo cual se corrobora con el acta de posesión de la misma y el oficio que comunica la terminación de su nombramiento en provisionalidad visibles a folios 65 y 247 del expediente, cargo que desempeñó en provisionalidad hasta que fue declarada insubsistente mediante Decreto No. 043 de 23 de enero de 2012, expedido por el Alcalde de Los Palmitos.

Ahora, comoquiera que la parte actora invoca varias causales de nulidad contra el acto acusado, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad a la demandante, el despacho procederá a estudiar las mismas, y serán éstas las que limitarán el juicio anulatorio.

1.) Falsa motivación: Fundada en que hay falsa, e incluso podría decirse falta de motivación del acto de retiro de la demandante, ya que la actora debió conocer las razones por las cuales se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad y no simplemente argumentar que se buscaba mejorar el servicio de las funciones del cargo y para el cumplimiento de los fines de la función pública, afectando en especial su derecho al debido proceso, contradicción y defensa. De esta manera la Administración corresponde motivar los actos, esto es expresar las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si las mismas son justificadas constitucional y legalmente.

Al respecto, el Tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha reiterado¹² que la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con

¹² Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P.; Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia 15 de marzo de 2012, Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660).

fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien 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.

En efecto, al observar el contenido del Decreto No. 043 de 2011 del acto acusado, se encuentra que el fundamento para ello se limita exclusivamente en el término de duración de la autorización suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el presunto mejoramiento del servicio de las funciones del cargo, como se desprende de su tenor, Ad litteram:

**“DECRETO No. 043 de 2012
(Enero 23)**

**“POR MEDIO DEL CUAL SE DA POR TERMINADO UN
NOMBRAMIENTO PROVISIONAL EN LA PLANTA DE PERSONAL DE
LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE LOS PALMITOS – SUCRE”
EL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE LOS PALMITOS – SUCRE,**

En ejercicio de las funciones Constitucionales y legales y en especial las que confiere el artículo 315 de la C.N., Ley 136 de 1994, Ley 909 de 2004, Decreto 785 de 2005, Decreto 1227 de 2005, Decreto 4968 de 2007, y Decreto 1937 de 2007, y

CONSIDERANDOS:

Que por Decreto No. 128 de mayo 6 de 2011. *“por medio de la cual se adopta la nueva planta de personal del Municipio de Los Palmitos, se suprimen y se crean unos cargos”*, en su artículo sexto contempla el cargo de Secretario Asistente de Tesorería Código 440 grado 08.

Que el Decreto No. 130 de mayo 6 de 2011, *“por el cual se modifica el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal”*, contempla en las páginas 67y 68 identificación, descripción de funciones esenciales, requisitos de estudio y experiencia.

Que el día 8 de noviembre de 2011 la Alcaldesa del Municipio de Los Palmitos – Sucre CARMEN BERENA GOMEZ MENDOZA solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, la autorización para proveer el cargo de Secretario Asistente de Tesorería Código 440 Grado 08 de manera provisional, por encontrarse vacante y en la planta de personal no existe personal de carrera administrativa con el perfil que reúnan las condiciones exigidas en el artículo 24 de la ley 909 de 2004 para desempeñar dichos cargos hasta que se confórmela lista de elegibles por parte de la CNSC.

Que el día 1° de diciembre de 2011, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Oficio No. 2011 EE 472 bajo el radicado No. 02-2011-57047 autoriza a

la Administración Municipal el nombramiento provisional del Cargo Secretario Asistente de Tesorería Código 440 Grado 08 por un término no superior a seis (6) meses en el siguiente empleo:

No. de Empleos	DENOMINACIÓN	CÓDIGO	GRADO
1	Secretario	440	08

Que mediante el Artículo Quinto del Decreto 276 de diciembre 15 de 2011, expedido por la Alcaldesa Municipal de Los Palmitos, fue nombrada provisionalmente en el Cargo de Secretaria Código 440 Grado 08, la señora INMACULADA CANDELARIA WILCHEZ SALCEDO, identificada con Cedula d Ciudadanía No. 64.563.067 expedida en Sincelejo, el cual dispone que ejercerá funciones en la Tesorería Municipal, y en esa misma fecha se posesionó.

Que el artículo 10 del Decreto 1227 del 2005 “*por el cual se reglamente parcialmente la ley 909 de 2004*”, establece: que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga, o del **nombramiento provisional**, el nominador por resolución motivada, podrá darlo por terminado.

Que por razones de mejorar el servicio de las funciones del cargo y para el cumplimiento de los fines de la función pública, con fundamento en el artículo 209 de la Constitución Nacional y de la Ley 909 de 2004, la Administración Municipal da por terminado el nombramiento provisional de la funcionaria, de este acto administrativo se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En mérito de lo anterior,

DECRETA:

ARTICULO PRIMERO: Dese por terminado el nombramiento provisional de la señora INMACULADA CANDELARIA WILCHEZ SALCEDO, identificada con Cedula de Ciudadanía No. 64.563.067 expedida en Sincelejo, quien ejercía funciones de Secretaria Asistente de Tesorería en el Municipio de Los Palmitos – Sucre, Código 440 Grado 08.

ARTICULO SEGUNDO: El presente Decreto rige a partir de la fecha de expedición y comunicación.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE

Dado en Los Palmitos, a los veintitrés (23) días del mes de Enero de 2012

MANUEL DE JESUS PEREZ MENDIVIL
ALCALDE MUNICIPAL DE LOS PALMITOS”¹³

De lo anterior, se logra concluir con meridiana claridad que el acto no hace mención a las razones que tuvo en cuenta la Administración para dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante antes de finalizar el periodo o autorización dada por la Comisión Nacional del Servicio Civil de seis (6) meses, pues si se detalla la fecha de su posesión en el cargo de Secretaria, código 440, grado 08, esto es 15 de diciembre de 2011 hasta la fecha en que fue retirada del mismo 24 de enero de 2012, se tiene que demoró en ejercicio del referido cargo únicamente 39 días, término en el cual, si el Alcalde consideraba que no cumplía sus funciones de manera eficiente debió incorporarlo así de

¹³ Ver folios 14 y 15 del expediente.

manera clara, detallada y precisa en el citado acto administrativo, tal como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional en sentencia T- 204 de 2012, Mp. Jorge Iván Palacio Palacio, “La necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto de la providencia. Por el contrario, esta Corporación ha acudido al concepto de **“razón suficiente”** para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el sustento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal”.

De igual manera, el H. Consejo de Estado, en sentencia de fecha 12 de abril de 2012, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Sección Segunda – Subsección “A”, Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00378-00, respecto a la motivación señaló que:

“Frente al contenido de la motivación correspondiente, debe entenderse que esta no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:

“(…) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”¹⁴.

(…)

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó: “Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”.

En ese orden, es claro que la motivación de insubsistencia que se invocó en el acto acusado no tiene argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y

¹⁴ Sentencia SU 917 de 2010.

debería prestar el funcionario concreto, y que los servidores en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa, en sentir solamente de la H. Corte Constitucional¹⁵.

Así las cosas, el despacho considera que los argumentos esbozados por la entidad demandada en acto administrativo demandado no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa, ni posterior a ella, por lo que puede llegarse a la conclusión que en el presente asunto existió una falsa motivación por parte de la Administración para dar por terminado el nombramiento provisional de la actora.

De otra parte, considera el despacho importante hacer un análisis del cumplimiento de los requisitos del cargo de Secretario Código 440, grado 08, por la demandante, según lo dispuesto en el Manual de Funciones y Competencias Laborales arrojado al expediente. Revisado este se tiene que los requisitos de estudios y experiencias exigidos por la Administración de Los Palmitos para desempeñar dicho cargo son: ESTUDIOS: 1. Diploma de bachiller comercial o bachiller en cualquiera modalidad y 2. Cursos en secretariado o relacionado con el cargo; EXPERIENCIA: Un (1) año de experiencia relacionada. Luego, examinada la hoja de vida de la demandante visible a folios 251 a 264, se constata el efectivo cumplimiento de los mismos por parte de la señora Inmaculada Candelaria Wilchez Salcedo, quien acreditó título de SECRETARIA EJECUTIVA SISTEMATIZADA otorgado en el año 1995 y una experiencia certificada de 6 años y 3 meses.

Atendiendo lo expuesto, el despacho encuentra probada la causal de nulidad por falsa motivación.

2) Desviación de poder.- Fundada en que el acto administrativo objeto de la acción contenciosa fue el resultado de una persecución de todos aquellos empleados de la administración que no acompañaron al nuevo representante legal del Municipio de Los Palmitos en las elecciones donde resultó ganador. Expresa además que extrañamente la administración municipal en los días siguientes al retiro de la demandante nombra a varios ciudadanos en los cargos que ostentaban los que fueron retirados de su nombramiento en provisional, tal como es el caso de la demandante y de otros como el señor EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO como Almacenista General, código 215, grado 01, adscrito a la Secretaría de Planeación Municipal, quien en su reemplazo fue nombrado TULIO DIAZ PEREZ; EDIMER LUIS PEREZ ARRIETA como Profesional Especializado código 222, grado 03, vinculado a la Secretaría de Desarrollo Social, que fue reemplazado por AMPARO SILVA SALGADO, entre otros. Aunado a lo anterior y como un hecho que denota el interés desviado la designación de los anteriores funcionarios expresa la parte actora que dichos nombramientos se hicieron por fuera del término de 45 días calendarios concedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil al Municipio de los Palmitos para el

¹⁵ Sentencia T- 159 de 2012.

nombramiento de los provisionales en cargos de carrera administrativa, toda vez que tal autorización fue expedida el 1° de diciembre del año 2011 y venció el 15 de enero del año 2012, y solo varios días después del retiro de la actora, es que surge la potestad reglada de la Administración para nombrar con posterioridad a otras personas en dichos cargos.

Atendiendo los argumentos expuesto por la parte actora, el despacho una vez revisado el material probatorio arrimado al expediente encuentra que el funcionario nombrado con posterioridad al retiro del servicio de la demandante mediante Decreto No. 101 de fecha 20 de marzo de 2012¹⁶, se hizo con previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual fue solicitada por el representante legal del municipio de Los Palmitos el día 23 de febrero de 2012¹⁷ y concedida posteriormente mediante Oficio No. 8758 de fecha 28 febrero de 2012 por parte de la referida entidad. Circunstancia que desvirtúa lo dicho anteriormente, pues no se encuentra demostrada la desviación del poder alegada, pues la desviación descende sobre el aspecto subjetivo del funcionario que produjo el acto demandado cuya prueba se centra en evidenciar que actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar¹⁸.

Es así entonces, que de las pruebas recaudadas no se observa prueba documental o testimonial que lleve al grado de certeza con respecto al elemento subjetivo que debe existir en el funcionario que produjo el acto de insubsistencia, pues la parte actora no probó que el Alcalde de Los Palmitos haya obrado con fines personales y contrarios a la Constitución Política y la Ley.

Así las cosas, se declarará la nulidad por falsa motivación del acto cuestionado en el sub-lite, de conformidad con lo antes expuesto. En consecuencia se releva al Despacho del examen del resto de cargos de nulidad alegados en contra de la legalidad del acto demandado.

En ese orden de ideas y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad Municipio de Los Palmitos, a reintegrar a la demandante a un cargo igual, similar o de superior jerarquía, y a reconocerle la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro del servicio, 24 de enero de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro, en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es en “provisionalidad” y siempre que dicho cargo no se encuentre provisto mediante concurso y que el mismo no sea desempeñado por quien adquirió el mencionado status. Sumas que se reconocerán indexadas, aplicándose los ajustes al valor, según lo contemplado en el artículo 192 del CPACA.

¹⁶ Nombramiento en provisionalidad realizado previo autorización hecha por la Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha 28 de febrero de 2012, tal como se denota a folios 87 y 88 del expediente.

¹⁷ Tal como se denota a folio 286 a 290 del expediente

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. C.P. Dr. Eduardo Gomez Aranguren.

Para todos los efectos legales, se entenderá que no ha habido solución de continuidad en la relación de servicio entre la demandante y la entidad demandada, desde la fecha de su retiro del servicio 24 de enero de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro.

El valor que resulte adeudar el ente demandado hasta la fecha en que se produzca el reintegro de la demandante, será ajustado en los términos del artículo 192 del CPACA, dando aplicación a la siguiente fórmula:

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

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

COSTAS:

Atendiendo lo preceptuado en el artículo 188 del C.P.A.C.A., en armonía con el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado sobre la materia, donde para el reconocimiento de las mismas hay que observar la conducta asumida por las partes en el proceso, el despacho al verificar que ésta no fue dilatoria ni temeraria, procederá a negar la condena en costas solicitada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: Declarar la nulidad del Decreto No. 043 de fecha 23 de enero de 2012 por medio del cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la señora INMACULADA CANDELARIA WILCHEZ SALCEDO, identificada con la C.C. No. 64.563.067 de Sincelejo, como Secretaria Asistente código 440, grado 08, adscrita a la Tesorería municipal de Los Palmitos.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENASE** al Municipio de Los Palmitos a reintegrar a la señora INMACULADA CANDELARIA WILCHEZ SALCEDO, identificada con la C.C.

No. 64.563.067 de Sincelejo a un cargo igual, similar o de superior jerarquía al que fue desvinculada, y pagar a su favor la totalidad de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por ella, como consecuencia de su retiro, desde el día 24 de enero de 2012 hasta que sea efectivamente reintegrada en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es en “provisionalidad”, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Para todos los efectos se entenderá que no ha existido solución de continuidad en la relación de servicio de la demandante y la demandada, entre las fechas anotadas.

CUARTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios, de conformidad con el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A.

QUINTO: No se condena en COSTAS a la parte demandada.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Jueza