



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO- SUCRE

Sincelejo, dieciocho (18) de octubre del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

Medio de Control **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Radicado: **70001.33.33.005.2012.00106.00**

Demandante: **YANIRIS MEZA CALAO**

Demandado: **E.S.E. 1º NIVEL SAN JUAN DE BETULIA**

Se procede a decidir en primera instancia sobre las pretensiones de la demanda formuladas a través del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por la señora YANIRIS MEZA CALAO mediante apoderado judicial, contra la E.S.E. 1º NIVEL SAN JUAN DE BETULIA.

I. LA DEMANDA

A - PRETENSIONES

1 – Que se declare la nulidad de la Resolución No. 284 de 11 de mayo de 2012, expedida por el Gerente (E) de la E.S.E. 1º nivel San Juan de Betulia, a través de la cual se declaró la insubsistencia a la demandante del empleo de Medico General, Código 211, Grado 01.

2 – Que como consecuencia de la anterior declaración se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento laboral, ordenando a la E.S.E. 1º

nivel San Juan de Betulia a reintegrar a la demandante señora, Yaniris Meza Calao, al cargo de Médico General, Código 211, Grado 01.

3- Que se ordene a la entidad demandada reconocer los valores por concepto de asignaciones salariales dejadas de percibir desde su desvinculación, hasta la fecha en que se materialice su reintegro.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS

Expresa la parte actora que la señora Yaniris Meza Calao se vinculó a la E.S.E. 1º Nivel San Juan de Betulia a través de la Resolución No. 0413 de 11 de noviembre 2011, como Médico General, código 211, grado 01, debidamente posesionada en la misma fecha de su nombramiento como tal, con una asignación mensual de \$ 2.604.827, y que el día 11 de mayo de 2012, el Gerente (E) de la E.S.E demandada, por medio de la Resolución N° 284 de 2012, declaró insubsistente su nombramiento.

Que la actora ante tal decisión, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación el día 14 de mayo de 2012, en los que solicitaba la revocatoria del acto desvinculante y por consiguiente su reintegro, no obstante de no habersele permitido interponerlos en el articulado que decidía su declaratoria de insubsistencia, por considerar el representante legal de la entidad demandada que contra tal decisión no procedía recurso alguno por ser el acto de carácter general.

Así mismo, indica que la demandante presentó derecho de petición ante la Gerencia de la E.S.E. San Juan de Betulia-Sucre, con fecha de recibido 18 de mayo de 2012, en el que solicitó se le expidiera copia del fallo de incidente de desacato promovido ante el Juzgado I Promiscuo del Circuito de Coroza- Sucre; recibiendo respuesta el día 12 de Junio ibídem, en el que le señalan que la verdadera motivación por la cual se declaró la insubsistencia

del nombramiento de la doctora YANIRIS MEZA CALAO en el cargo de Médico General, código 211, grado 01, es la existencia de un fallo de tutela en firme que no se le había dado cumplimiento y que para poderle dar cumplimiento se debía declarar insubsistente el nombramiento de la demandante, lo cual era lo procedente.

Que el acto administrativo de declaratoria de insubsistencia quebranta la Constitución Política al impedirle a la demandante hacer uso del derecho al debido proceso y por consiguiente el de contradicción y defensa al momento de negarle la posibilidad de interponer recursos contra tal decisión, máxime cuando el acto es de carácter particular y no general, como desacertadamente lo considero el nominador.

C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes disposiciones: Artículo 93 y 97 de la Ley 1437 de 2011, y el artículo 1º del Decreto 4968 de 2007, modificatorio del párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1º del Decreto 3820 de 2005 y 1937 de 2007 y demás normas concordantes.

Expresa el actor en su concepto de violación que la Resolución No. 284 de 11 de mayo de 2012, acto administrativo del cual se pretende su nulidad, es violatorio principalmente de la normatividad constitucional, por cuanto desconoce el Estado Social de Derecho, el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, y los principios rectores que deben regular las relaciones o vínculos laborales.

Que el artículo 1º del Decreto 4968 de 2007, lo que brinda al servidor vinculado en provisionalidad es la garantía de que hasta tanto no se convoque a concurso para proveer el cargo en propiedad este debe continuar en tal condición, y no la potestad al empleador para que una vez transcurra el

termino de 6 meses como termino inicial de las provisionalidades, este pueda declarar la insubsistencia como en el caso que nos ocupa, amparándose en presuntos errores cometidos por la anterior gerente de la ESE, como si quien presta de manera responsable y digna sus servicios a la empresa tuviese que soportar la carga de los desaciertos administrativos de quien la regente o preside.

Que para expedirse el acto administrativo en comento se fundamentó en un fallo de tutela calendado 16 de febrero de 2012, de segunda instancia emanado del Tribunal Superior Distrito Judicial de Sincelejo Sala II Civil-Familia-Laboral , en el que se le ordena a la ESE demandada a que se le motivara al Dr. FELIPE NERIS AGUAS ALVAREZ, el acto que lo declaro insubsistente en el termino de 48 horas o en su defecto se le re-vinculara, decisión que fue acatada por la parte accionada a través de su Gerente Dra. Ana Silveria Vergara Ortega, produciéndose para ello la motivación del acto que motivo la acción constitucional; sin embargo al asumir la dirección de la Empresa el Dr. Fabio Pineda Tejada, consideró que la anterior gerente no había dado cumplimiento dentro del término de las 48 horas y por consiguiente había incumplido la orden judicial, por lo que siendo consecuente con los intereses del actor lo reintegro al cargo, invadiéndose con ello las competencias propias de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 28 de enero de 2012, notificado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Agente del Ministerio Público el día 30 de enero de 2013, y a la entidad demandada el 29 del mismo mes y año, a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 50 y 51 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: La entidad demandada, E.S.E. San Juan de Betulia, no presentó contestación de la demanda.

C –AUDIENCIA INICIAL. – La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de fecha 29 de mayo de 2013, celebrada el día 20 de junio de 2013, a las 02:15 p.m, en la cual se agotaron debidamente cada una de las subetapas tal como consta en la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 70 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 64 al 69.

D –AUDIENCIA DE PRUEBAS. – Estando en audiencia de inicial se decretaron las pruebas a practicar, por lo que se dispuso fijar el 15 de agosto de 2013, a las 02:30 PM como fecha y hora para la celebración de la audiencia de pruebas de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011. En consecuencia, la misma fue celebrada en la fecha estipulada, con el recaudo parcial de las pruebas documentales decretadas, por ello hubo la necesidad de fijar el día 5 de septiembre de 2013, como nueva fecha y hora para la continuación de la audiencia, tal como consta en la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 86 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 83 al 85. Luego, llegada la fecha prevista se continuó con la diligencia y se recaudó la totalidad del acervo probatorio, tal como consta en la grabación de audio y video, que se encuentra incorporada a folio 96 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 93 al 95.

E – ALEGACIONES. – Estando constituido en audiencia de pruebas el despacho dispuso prescindir de la celebración de la audiencia de alegaciones y Juzgamiento por considerarla innecesaria en el asunto, por tanto dispuso que las partes y el Agente del Ministerio Público presentaran por escrito sus alegatos de conclusión, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 181 del C.P.A.C.A.

En esta oportunidad el apoderado de la parte actora hace un recuento de las pruebas aportadas al proceso y reitera los argumentos expuestos en el escrito de demanda, y señaló con ello el repetido incumplimiento de quien representa dentro de la actuación litigiosa a la entidad accionada, al no comparecer a las audiencias fijadas tanto por la Procuraduría Judicial delegada ante los jueces administrativos, como a las fijadas por este despacho.

De otra parte la entidad accionada y el Ministerio Público, no presentaron alegatos de conclusión.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A –. EL PROBLEMA JURÍDICO. –Consiste en determinar si a la demandante señora Yaniris Meza Calao, como empleada de la E.S.E. 1º nivel San Juan de Betulia - Sucre, quien desempeñaba el cargo de Medico General, código 211, grado 01, en provisionalidad, tiene derecho a ser reintegrada a un cargo igual, similar o de superior categoría previa verificación de la ilegalidad que se endilga contra el acto acusado que declaró la insubsistencia.

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 sobre esa material. **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. 1º, 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 5º 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:

*“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***

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

*(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 párrafo 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 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.

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.

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).

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 1950 de 1973, art 107 y 1572 de 1998, art. 7°. los empleados designados de manera provisional podían ser retirados discrecionalmente.

En efecto, el Decreto 1950 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...".

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)

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.

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

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).

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.⁸Radicación 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 no 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 desempeña. 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

⁷Sentencia 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),

⁹Sent. 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

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.”

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)."

B. MATERIAL PROBATORIO.- Al proceso se allegaron las siguientes pruebas:

1. Copia de la Resolución No. 0413 de fecha 11 de noviembre de 2011, mediante el cual se nombró provisionalmente a la señora Yaniris Meza Calao, en el cargo de Medico General, Código 211, en la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia - Sucre, suscrita por la gerente de esa entidad. (Folio 8-9, y 21-22 del cuaderno de Pruebas No. 1).

2. Copia del acta de posesión, de fecha 11 de noviembre de 2011, de la señora Yaniris Meza Calao, en el cargo de Medico General, en provisionalidad. (Folio 23 del cuaderno de Pruebas No. 1).

3. Copia de la Resolución No. 284 de fecha 11 de mayo de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad de la demandante, expedida por el Gerente (E) de la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia – Sucre. (Folios 10-12).

4. Copia de la Resolución No. 285 de calendada 12 de mayo de 2012, a través del cual da cumplimiento a un fallo de tutela, y se ordena el reintegro del señor Felipe Neris Agua Álvarez al cargo de Medico General, Código 211, en la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia – Sucre. (Folios 16-17).

5. Derecho de petición elevado por la demandante ante el Gerente de la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia – Sucre, de fecha 18 de mayo de 2012, solicitando el fallo del incidente de tutela emanado por el Juzgado Primero de Circuito de Corozal – Sucre. (Folio 18).

6. Respuesta al anterior derecho de petición, por parte del Gerente (E) de la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia – Sucre. (Folios 19-20).

7. Sentencia de T-015-2012, radicada bajo el No. 0294-01 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala II Civil – Familia- Laboral, (Folios 2-19 del cuaderno de Pruebas No. 1).

8. Certificación laboral y salarial suscrita por el Profesional Universitaria de la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia – Sucre. (Folio 24 del cuaderno de Pruebas No. 1).

9. Acuerdo No. 024 de 20 de diciembre de 2011, por medio del cual se aprueba el plan de cargo y las asignaciones civiles de la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia – Sucre, para la vigencia fiscal comprendida entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 2011. (Folio 25-27 del cuaderno de Pruebas No. 1).

D- CASO CONCRETO – En el sub.lite se pretende que se declare la nulidad de la Resolución No. 284 de 11 de mayo de 2012, expedida por el Gerente (E) de la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia, a través de la cual se declaró insubsistente a la demandante del empleo de Medico General, código 211, grado 01, y en consecuencia se restablezca el derecho concretado en su reintegro al cargo que desempeñaba en el momento en que fue retirada del servicio, y el consecuente reconocimiento de los valores por concepto de

asignaciones salariales dejadas de percibir desde su desvinculación, hasta la fecha en que se materialice su reintegro.

Del acervo probatorio recaudado se pudo comprobar que la señora Yaniris Meza Calao laboró en el cargo de Medico General, código 211, grado 01, en la E.S.E. 1º nivel San Juan de Betulia – Sucre, durante el período comprendido entre el día 11 de noviembre de 2011 hasta el 11 de mayo de 2012, tal como se constata con el acta de posesión allegada y la resolución mediante la cual se declaró su insubsistencia, folios 10-12, y 23 del cuaderno de Pruebas No. 1.

Se corroboró también que la demandante fue nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa¹², y que a través de la Resolución No. 284 de fecha 11 de mayo de 2012, suscrita por el Gerente (E) de la E.S.E. 1º nivel San Juan de Betulia – Sucre, se declaró insubsistente del empleo que venía ejerciendo, como se observa a folios 10 al 12, y 19 al 20 del expediente.

Sea lo primero indicar por parte del despacho que, el artículo 138 del C.P.A.C.A señala que: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.”* Dentro de las causales de anulación consagradas en el artículo 137 ibídem se señala cuando el acto haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió.

¹² Así lo manifiesta el Gerente (E) de la E.S.E. 1º nivel San Juan de Betulia, en respuesta al derecho de petición de fecha 12 de junio de 2012, obrante a folio 19, y lo anterior se ratifica en las sentencias de primera y segunda instancia de fecha 5 de diciembre de 2011 y 16 de febrero de 2012, obrante a folio 2-19 del cuaderno de prueba No. 1.

En ese orden, a efectos de determinar si el acto administrativo acusado se ajusta o no a derecho, en vista de que la parte demandante no formula ningún cargo de nulidad contra el mismo, se procederá a estudiar si estuvo debidamente motivado.

Al respecto acota el despacho que siguiendo el derrotero marcado por la Jurisprudencia Constitucional y del Consejo de Estado, es claro que todo acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, debe ser motivado, o en otras palabras, debe contener las razones, fundamentos, asideros fácticos que dieron lugar a la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, y por tanto es imperioso que tales motivos sean claros, precisos y detallados, todo ello con la finalidad de brindarle la oportunidad de controvertir el acto al administrado a quien es la persona sobre la cual recae la decisión de desvinculación. Así mismo, la motivación además de ser suficiente, no puede ser arbitraria sino que debe corresponder a la realidad.

Para resolver si el acto del cual se pretende su nulidad fue debidamente motivado, se transcribe el contenido de la Resolución No. 284 de 11 de mayo de 2012, expedido por el Gerente (E) de la E.S.E. 1º nivel San Juan de Betulia, a través de la cual se declaró la insubsistencia a la demandante, así:

**“Resolución No 284 de 2012
(Mayo 11 de 2012)**

“Por el cual se declara insubsistente un nombramiento”

El Gerente de la ESE de Primer Nivel de San Juan de Betulia Sucre, en uso de sus facultades legales y constitucionales y en especial las establecidas en el Acuerdo No. 026 de fecha marzo 25 de 2011, emanado Junta Directiva de la ESE Primer Nivel de San Juan de Betulia Sucre y en cumplimiento a orden judicial

CONSIDERANDO:

(...)

“Que la Doctora YANIRIS MEZA CALAO, mediante Resolución N° 413 de Noviembre 11 de 2011, fue nombrada provisionalmente en el

cargo de Medico General, Código 211, Grado 01, de la E.S.E. de Primer Nivel de San Juan de Betulia, Sucre; cargo del cual tomo posesión en la misma fecha (Noviembre 11 de 2012), luego de haber sido declarado insubsistente el nombramiento del doctor FELIPE NERIS AGUAS ALVAREZ, mediante Resolución N° 406 de Noviembre 10 de 2011.”

Que el Art. 1°. Decreto 4968 de 2007.Modificatorio del párrafo transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1° de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, establece:

*“Párrafo 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 termino de duración del encargo o del nombramiento provisional, no podrá 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 puede ser realizada.*

Que hoy once (11) de Mayo de 2012 se encuentra vencido el termino de duración del nombramiento provisional de la doctora YANIRIS MEZA CALAO, de que trata el considerando inmediatamente anterior, por lo que la Gerencia de la ESE debería proceder a solicitar la prórroga de la autorización para el nombramiento provisional, de conformidad con la norma trascrita en el tercer considerando de este acto.

Que en los archivos de la ESE no existe documento alguno probatorio de que a la CNSC se le solicito autorización para proferir el nombramiento provisional de la doctora YANIRIS MEZA CALAO, situación violatoria de lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005.

Que en contra de la ESE de Primer Nivel de San Juan de Betulia, Sucre, el doctor FELIPE NERIS AGUAS ALVAREZ instauró acción de tutela, la cual correspondió al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Corozal, Radicado 2011-00294-00, profiriendo fallo favorable para el Accionante, en el que resolvió tutelar el Derecho Fundamental al Debido Proceso y al Trabajo; y con ello la declaratoria de nulidad de la resolución N° 406 de 10 de Noviembre de 2011 y la orden de reintegro del Accionante al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro o uno de igual denominación.

Que el fallo de tutela de primera instancia fue impugnado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala II Civil- Familia-Laboral, y en fallo del 16 de febrero de 2012 decidió:

Primero: Modificar el ordinal primero de dicho proveído, en el sentido de que se concede la protección de los derechos fundamentales del actor debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, y en su lugar se ordena a la E.S.E. San Juan de Betulia, por conducto del Gerente o quien haga sus veces, dentro de las 48 horas siguientes a la

notificación de esta providencia, motivar el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente en el encargo al señor FELIPE NERIS AGUAS ALVAREZ, so pena de la inmediata re-vinculación del funcionario afectado al empleo del que fue separado. (Subrayado fuera de texto)

Que la parte actora de la tutela en mención, estimó que la ESE, en cumplimiento a lo decidido por el tribunal Superior de Sincelejo, motivó extemporáneamente el acto administrativo de insubsistencia del doctor FELIPE NERIS AGUAS ALVAREZ, por cuanto fue notificada de la decisión el día 23 de Febrero de 2012 y el acto se produjo el 28 de Febrero de 2012, razón por la cual inició Incidente de Desacato ante el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Corozal, Radicado N° 2011-00294-00, el cual fue admitido el 12 de Marzo de 2012 y se encuentra en periodo de prueba.

Que la Gerencia de la ESE de Primer Nivel de San Juan de Betulia, Sucre, ha examinado y verificado que ciertamente la motivación del acto administrativo de insubsistencia del doctor FELIPE NERIS AGUAS ALVAREZ, se produjo extemporáneamente, lo que podría ocasionar una sanción judicial y disciplinaria para el representante legal de la ESE; igualmente, que la situación laboral fáctica y de derecho de la doctora YANIRIS MEZA CALAO, indica que no puede seguir vinculada en el cargo que fue nombrada, por lo que se procederá a declarar insubsistente su nombramiento y reintegrar al doctor FELIPE NERIS AGUAS ALVAREZ.

Que, el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo dispone que no habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución (...).”

Que en merito de lo anteriormente expuesto el representante legal de la ESE Primer Nivel de San Juan de Betulia, Sucre,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Declárase insubsistente el nombramiento de la doctora **YANIRIS MEZA CALAO**, identificada con la cedula de ciudadanía No. 22.869.167, expedida en Corozal, Sucre, en el cargo de Medico General, código 211, grado 01, en la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia – Sucre, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.”

Frente a los argumentos expuestos por la entidad accionada en el acto administrativo cuestionado, deduce el despacho que en él se exponen tres (3) razones o fundamentos por las cuales se declara insubsistente a la demandante así: (i) Que a fecha 11 de Mayo de 2012 se encuentra vencido el termino de 6 meses de duración del nombramiento provisional de la demandante, de que trata el artículo 1° del Decreto 4968 de 2007; (ii) Que en los archivos de la

ESE no existe documento alguno probatorio de que a la CNSC se le solicitó autorización para proferir el nombramiento provisional de la doctora Yaniris Meza Calao, y (iii) por dar cumplimiento al fallo de tutela de fecha 16 de febrero de 2012, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala II Civil- Familia-Laboral, siendo este el imperante, y la razón fundamental que predomina, por la cual se declara insubsistente a la demandante.

Con respecto, a este último argumento con las pruebas aportadas al proceso se corroboró que efectivamente el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Corozal, profirió fallo de tutela de fecha 5 de diciembre de 2011, en el que resolvió tutelar el derecho fundamental al debido proceso y al trabajo del señor Felipe Neris Aguas Álvarez; y en consecuencia declaró la nulidad de la resolución N° 406 de 10 de noviembre de 2011, que lo declaró insubsistente del cargo de Médico General de la ESE en comento, y ordenó su reintegro al cargo que se encontraba desempeñando al momento del retiro.

Así mismo, que tal decisión al ser impugnada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, Sala II Civil- Familia-Laboral, resolvió el recurso de alzada, y en sentencia T-015-2012, radicada bajo el No. 0294-01, se decidió modificar el ordinal primero de dicho proveído, en el sentido de que se concedía la protección de los derechos invocados por el actor y en su lugar se ordenó a la E.S.E. 1° Nivel San Juan de Betulia, por conducto del Gerente o quien haga sus veces, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esa providencia, motivara el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente en el encargo al tutelante, so pena de la inmediata re-vinculación del funcionario afectado al empleo del que fue separado. (Folios 2-19 del cuaderno de Pruebas No. 1).

De igual forma se constató, que el Gerente (E) de la E.S.E. 1° nivel San Juan de Betulia una vez expedida la Resolución No. 284 de 11 de mayo de 2012, a través de la cual se declaró la insubsistencia de la demandante, profirió

la Resolución No. 285 de 12 de mayo ibídem, por la cual se da cumplimiento a un fallo de tutela, y en ella resuelve reintegrar al Dr. Felipe Neris Aguas Álvarez, al cargo de Medico General, código 211, grado 01, a esa entidad. Así mismo, que mediante respuesta de fecha 12 de junio de 2012, la entidad demandada le manifiesta a la señora Yaniris Meza Calao, que la verdadera motivación por la cual se declaró insubsistente, fue la expresada en la Resolución No. 284 de 2012, es decir, la existencia de un fallo de tutela en firme que no se le había dado cumplimiento, y que para poder dar cumplimiento se debía declarar insubsistente su nombramiento.

En un caso similar al que nos atañe, el H. Consejo de Estado en sentencia de fecha 17 de abril del 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “B”, Rad: (2404-04), C.P.: Bertha Lucia Ramírez De Páez, indicó:

“EL PROBLEMA JURÍDICO

Se circunscribe a dilucidar si el actor, podía ser declarado insubsistente en forma tacita, en cumplimiento de un fallo de tutela que dejó sin efectos el derecho que desvinculó a la anterior Alcaldesa Local.

(...)

Además, en éste caso la declaratoria de insubsistencia tacita obedeció al cumplimiento de una orden judicial, es decir, que no correspondió al capricho o arbitrariedad de la Administración

*En efecto, en el sub-lite, como la declaratoria de insubsistencia tacita fue la manera que encontró el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. para dar cumplimiento a una orden judicial contenida en la sentencia de tutela T-713/99, **constituyéndose en una verdadera motivación** que en nada riñe con la realidad que afrontaba la Administración.*

(...)

Así las cosas, no pudo acreditarse en el sub-lite, que el acto demandado se hubiese expedido con falsa motivación y por ende, que haya obedecido a una desviación de poder o motivo oculto en la mente del nominador, porque el acervo probatorio no alcanzó a desvirtuar la presunción de legalidad del acto censurado, ni menos, pudo demostrarse la presunta violación de las normas invocadas.

Conforme a las razones expuestas, se confirmará el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda” (Subrayado por fuera del texto).

Ahora, respecto al contenido de la motivación del acto en el caso de retiro de empleados provisionales esa corporación en sentencia de 12 de abril de 2012, Sección Segunda – Subsección “A”, Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00378-00, C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, señala que:

*‘Frente el **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”¹³.

(…)

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”.

¹³ Sentencia SU 917 de 2010.

Bajo esas premisas, se tienen entonces, que si bien la entidad accionada, expuso en el acto que se demanda tres (3) motivos como causal de insubsistencia, la verdadera razón para desvincular a la señora Yaniris Meza Calao del cargo que venía desempeñando, consistió en el cumplimiento del fallo de tutela antes aludido, por lo tanto el fundamento o motivo de la insubsistencia obedeció al cumplimiento de una orden judicial, pues a pesar que motivó de forma extemporánea el acto que declaro insubsistente al señor Felipe Neris Aguas Álvarez, quien venía desempeñando el cargo que la demandante ocupaba, el reintegro era la única forma que la administración tenía para dar cumplimiento al fallo anteriormente referenciado, por ello su actuar no correspondió a una decisión arbitraria y se sometió a verdaderas razones que fueron indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto; a demás fué un motivo, que tal como demostró con el acervo probatorio, es consistente con la realidad, y está objetivamente fundado.

De esta manera, no puede desconocer este despacho que el acto administrativo demandado se encuentra debidamente motivado, toda vez que se recalca en él se indicó de manera clara, precisa y detallada la razón del retiro. A demás en el caso sub.lite, esta unidad judicial no puede entrar a debatir la veracidad del contenido del acto acusado habida cuenta que el demandante no arrió prueba alguna que contraría el motivo del retiro, ni alcanzó a desvirtuar la presunción de legalidad del acto censurado, ni mucho menos pudo demostrar la presunta violación de las normas invocadas, aunado a que ni siquiera formuló cargos de nulidad contra el mismo.

En ese orden, atendiendo la presunción de legalidad que caracteriza a los actos administrativos, atinente a que los mismos se entienden expedidos conforme al ordenamiento jurídico y que contienen una manifestación de verdad; y que para el caso concreto y en tratándose de empleados en provisionalidad se requiere que el acto esté motivado en justas causas legales y constitucionales fijadas ya por la Ley y la Jurisprudencia, respectivamente, y mientras no se desvirtúe la legalidad del acto de desvinculación, no se puede

predicar que el mismo es violatorio de la normativa constitucional y legal vigente como lo manifiesta de forma general la parte demandante en el concepto de normas violadas, sin entrar a indicar cuáles son ellas; en el presente caso no se observa que la parte actora a quien corresponde la carga probatoria sobre este aspecto haya desvirtuado dicha presunción; ello en aplicación del art. 177 del C.P.C. aplicable por remisión del art. 211 del CPACA., que nos indica que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Ahora, con respecto a las normas que considera violadas con la expedición de dicho acto, las cuales son: los artículo 93 y 97 de la Ley 1437 de 2011, y el artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, modificatorio del párrafo transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, modificado por el artículo 1° del Decreto 3820 de 2005 y 1937 de 2007 y demás normas concordantes. Referente a la primera jamás explica ni expone en el concepto de normas violadas ni en el escrito de la demanda, el porqué de la violación y en que afecta los derecho del demandante; y en lo ateniendo a la segunda el Consejo de Estado ha manifestado reiteradas veces que 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 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, En igual sentido ha reiterado que los nombramientos en provisionalidad no gozan de estabilidad alguna¹⁴.

Bajo los argumentos antes expuesto, encuentra el despacho que la Resolución No. 284 de 11 de mayo de 2012, a través de la cual se declaró la

¹⁴Sent. de tutela Sección Segunda” Subsección B”. DR. GERARDO ARENAS MONSALVE 11001-03-15-000-2008-01238-00 de fecha 21 de enero de 2009, y Sentencia 23 de septiembre de 2010, del mismo magistrado ponente.

insubsistencia de la demandante, continúa gozando de presunción de legalidad, dado que luego del análisis efectuado se constató que el mismo se encuentra debidamente motivado, toda vez que se probó que en su expedición no correspondió a una decisión arbitraria y se sometió a verdaderas razones que fueron indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto; a demás fue un motivo, que tal como demostró con el acervo probatorio, es consistentes con la realidad, está objetivamente fundado, y que en él se indicó de manera clara, precisa y detallada la razón del retiro. En razón a ello este despacho judicial negará las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

PRIMERO: Deniéguense las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase al demandante el excedente si lo hubiere de las sumas consignadas para gastos del proceso, 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