



**JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO-
SUCRE**

Sincelejo, dieciséis (16) de septiembre del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPITIA

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

Radicado: **70001.33.33.005.2012.00089.00**

Demandante: **EZEQUIEL MEZA CELINS**

Demandado: **MUNICIPIO DE GALERAS**

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 por el señor EZEQUIEL MEZA CELINS mediante apoderado judicial, contra el MUNICIPIO DE GALERAS

I. LA DEMANDA

A - PRETENSIONES

1 – Que se declare la nulidad del Decreto No. 054 de 25 de mayo de 2012, expedido por el alcalde del municipio de Galeras, a través del cual se declaró la insubsistencia al demandante del empleo de Inspector de Policía, código 303, grado 03.

2 – Que como consecuencia de la anterior declaración se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento laboral ordenando a la entidad demandada a reintegrar al demandante señor, Ezequiel Meza Celins, a un



cargo igual, semejante o de superior categoría y remuneración al que desempeñaba en el momento en que fue ilegalmente retirado del servicio.

3- Que se ordene a favor de Ezequiel Meza Celins o de quien represente sus derechos, el pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, subsidios, bonificaciones, auxilio de cesantía, intereses de cesantías, dotaciones que se causen entre la fecha en que fue ilegalmente retirado del servicio hasta aquella en que fuere efectivamente reintegrado.

4. Que se declare que no existió solución de continuidad de la relación de empleo público, en todo el tiempo que dure ilegalmente separado del servicio.

5. Que se reembolsen al demandante, los aportes que debieron hacerse a la seguridad social (salud y pensiones), por todo el tiempo de servicios, o en su lugar, se envíen a un fondo de pensiones, respectivamente, donde disponga el accionante.

6. Que se ordene al demandado al pago de los intereses previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

7. Que se ordene al demandado al pago del ajuste de valor.

8. Que se ordene dar cumplimiento al fallo dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

9. Que se condene a la entidad demandada en costas (expensas judiciales y agencias en derecho) que se causen como resultado de la iniciación y trámite del proceso.

B – FUNDAMENTOS DE HECHOS



Expresa la parte actora que el señor Ezequiel Francisco Meza Celins se vinculó con el municipio de Galeras a través de una relación legal y reglamentaria de trabajo en el cargo de Inspector de Policía, código 303, grado 03, adscrito a la Secretaría General Administrativa y de Gobierno, mediante acto de nombramiento en provisionalidad contenido en el Decreto No. 025 de fecha 25 de marzo de 2009, tomando posesión en la misma fecha.

Que en la hoja de vida laboral del demandante no aparece ningún tipo de tacha, amonestación o sanción de ninguna índole; sino que por el contrario se muestra un servidor público de las más altas calidades y de un excelente rendimiento laboral.

Que el día 29 de mayo de 2012, al señor Ezequiel Meza Celins se le comunicó el retiro del servicio público, con ocasión de la expedición del Decreto No. 054/2012 de 25 de mayo de 2012.

Que el demandante laboró ininterrumpidamente desde el día 05 de marzo de 2009 hasta el día 29 de mayo de 2012, y tuvo como última asignación mensual la suma de \$1.102.500.

Que el acto acusado adolece de graves vicios que lo hacen anulable tales como infracción de la Ley, falta de motivación (Constitucional), insuficiente motivación (legal), violación de la Ley que prohíbe los despidos masivos.

C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN



La parte demandante invoca como violadas las siguientes disposiciones: Constitucionales: Artículos 2, 29, 53, 83 y 209; Legales, artículo 1, 3, 44, 97 del C.P.A.C.A; 26 y 61 D. 2400/68, L. 909/04 y L. 78/86.

Expresa el actor en su concepto de violación que la Ley 78 de 1986 prohíbe los despidos masivos de funcionarios municipales, la cual fue desatendida de manera palmaria por el alcalde del municipio de Galeras ya que procedió a retirar del servicio por uno u otro motivo alejado del servicio aun número significativo de empleados, entre ellos el demandante, sin razones valederas. Por lo que la sanción a tal actuación esta establecida en el artículo 12 del mismo estatuto y se refiere a la nulidad del acto que se aparte de esa preceptiva.

En lo que respecta a la infracción de la Ley por inexistencia de motivación Constitucional indicó que el acto demandado no cumple con estándar de motivación constitucional establecido en la sentencia de unificación 917/2010, y en eso términos los cinco considerandos de dicho acto no se refieren a la relación laboral individual sostenida entre el demandante con la entidad demandada, por lo que se está frente una motivación insuficiente desde la perspectiva administrativa laboral e inexistente en la órbita de la jurisprudencia constitucional regulada ya que no reúne los requisitos para su validez por ser genérica, ambigua y por omitir referirse al interesado de forma expresa, y que en ese orden el acto impugnado adolece de nulidad por ser contrario al artículo 29 C.N y el parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en la medida que no proporciona unas causas concretas y relevantes para proceder a desvincular al demandante.

Igualmente, expresó que existe insuficiencia de motivación legal para la desvinculación porque el señor Ezequiel Meza Celins fue nombrado en virtud de existir en su momento un cargo vacante mientras se proveyera el cargo en propiedad a través de concurso, por lo que al no existir concurso ni lista de



elegibles vigente para el cargo de Inspector de Policía, código 303, grado 03, no puede admitirse la idea de cambiar provisionalidad por provisionalidad porque siendo así habría una extralimitación de la función pública y en ese supuesto se afectaría la transparencia administrativa en perjuicio del empleado, quien estando nombrado en provisionalidad y mientras no se provea en propiedad debe poder seguir ocupando su empleo y más cuando no existe una justa causa para el retiro.

Recordó que la Corte Constitucional con cierta insistencia ha determinado que quienes ejercen cargos de carrera deben gozar de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente procede por razones disciplinarias, por calificaciones insatisfactorias o por otra causal previamente determinada por la ley. Y que el caso bajo estudio no dio ninguna de las anteriores causas para la desvinculación de Ezequiel Meza por lo que debe declararse la nulidad del acto.

En lo concerniente a la infracción de la Ley manifestó que el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909/2004 establece que la competencia administrativa para el retiro de los provisionales es reglada y tal determinación normativa implica que al momento de expedirse un acto administrativo en ejercicio de una inexistente competencia discrecional debe cumplirse con la obligación perentorio de que todo retiro de los empleos de carrera debe efectuarse mediante acto motivado.

Además expresó que si se llegare a considerar que el cargo de inspector de policía, código 303, grado 03, no es un empleo de carrera sino que es de libre nombramiento y remoción, el acto demandado también padecería de nulidad puesto que no se cumplió con la obligación contenida en el artículo 26 del Decreto 2400/68 referida a que debió dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida, lo cual no ocurrió en el caso.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 21 de noviembre de 2012, notificado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al Agente del Ministerio Público el día 26 de noviembre de 2012, y a la entidad demandada el 10 de diciembre de 2012 a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 41 y 45 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: La entidad demandada, Municipio de Galeras, presentó contestación de demanda mostrándose de acuerdo en lo que respecta al cargo desempeñado por el demandante, la fecha en que tomó posesión del cargo y acto por el cual fue retirado del servicio público. Así mismo, señaló que sobre el hecho 3º, referido a que no existe tacha, objeciones y sanciones al demandante como funcionario o servidor público, también está de acuerdo, con la salvedad de que no aparece demostrado en la hoja de vida del actor las excelsitudes que se indican en la demanda. Al hecho 5º, que señala que el demandante laboró ininterrumpidamente desde el día 5 de marzo de 2009 hasta el 29 de mayo de 2012, precisó que el tiempo de duración de la relación de trabajo va del 31 de marzo de 2009 hasta el 29 de mayo de 2012, fecha en la cual se dio por terminada la provisionalidad. Finalmente en lo tocante a los hechos 6º y 7º, referidos a que el acto acusado adolece de vicios que lo hacen anulable, tales como infracción de la ley, falta de motivación entre otros, y al requisito de procedibilidad agotado ante la Procuraduría Judicial, consideró que los mismos no son un hecho, sino meras apreciaciones subjetivas del apoderado del demandante, mas el normal cumplimiento del requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso.

Por último propuso las siguientes excepciones:



b.1 Inexistencia de despidos masivos: Fundada en que el despido producido sobre el nombramiento del señor Ezequiel Meza Celins es individual, no tiene connotación extensiva a cualquier otro empleado o funcionario del municipio de Galeras, sino que el acto impugnado solamente hace referencia al demandante, y que el decreto de separación o ruptura del vínculo laboral es único, dirigido a un destinatario único. Que el supuesto despido masivo es un hecho nuevo inmerso en el capítulo de concepto de violación, ya que el mismo no fue alegado en el correspondiente capítulo de hechos como tampoco en las pretensiones. Por tanto no hay lugar a predicar el acaecimiento de un despido masivo y por consiguiente es inexistente el hecho, la violación de la norma que prohíbe esa conducta al mandatario municipal, la cual ya no opera en el ordenamiento jurídico.

b.2 Ineptitud sustantiva de la demanda: Alega que la demanda interpuesta es inepta respecto al acápite de normas violadas y concepto de violación, así: Se invocaron normas derogadas y que además no guardan relación con el tema discutido, como es el caso de los artículos 11 y 12 de la ley 78 de 1986 la cual desapareció del panorama legislativo puesto que la Constitución de 1986 fue abrogada por la Carta Política de 1991. Que además, el legislador respecto al tema de despidos masivos profirió la Ley 136 de 1994 y en su precepto 97, numeral 3, instituyó aquella. Así, indicó que la Ley 78 de 1986 no puede anteponerse jerárquicamente al acto administrativo que desvinculó laboralmente al demandante.

Que entre las normas violadas se indicó la sentencia de unificación 917- del 2010, de la Corte Constitucional, la cual no es una norma sino que es un instrumento auxiliar que sirve al Juez para orientar su decisión por lo que no es viable entenderla como violada, porque además se trata de una sentencia de la Sala Plena que involucra decisiones de varias acciones promovidas por distintas personas sobre casos, hechos, asuntos o conflictos parecidos y



fallados por diversos jueces, por tanto es una especie de unificación de criterios respecto a la similitud de los actos u omisiones que originan las demandas de tutela, y que en la Ley 270 de 1996 definen los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional donde las de Tutela vinculan solamente a las partes intervinientes y las de Constitucionalidad son obligatorias en su parte resolutive y con efectos erga omnes.

Que también se señaló como quebrantado el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el cual se refiere a que para el retiro de los empleados de carrera debe procederse de conformidad con las causales de la Constitución y de la Ley y por acto motivado, lo cual no es aplicable al caso ya que el acto administrativo que desvinculó del servicio al demandante está ampliamente motivado, en él se invocó la causal referida a que el señor Ezequiel Meza Celins no reunía los requisitos académicos para el desempeño del empleo; que se trata de la terminación de un nombramiento en provisionalidad el cual no goza de las garantías o estabilidad que otorga el nombramiento en carrera administrativa .

Que la demanda no ataca el verdadero motivo que tuvo en cuenta la administración para producir el Decreto 054 de 2012.

Que la demanda se incurre en una premisa falsa cuando se afirma en un aparte numerado como 5 del acápite de concepto de violación, que el cargo de Inspector de Policía, Código 303, grado 03 es un empleo de carrera. Se ocupó del tópico principal expuesto en la motivación del acto administrativo acusado, el cual es que el demandante no cumplía con el requisito exigido en el manual de funciones

b.3 Inexistencia de violación de debido proceso o del artículo 29 de la C.P o parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004: Manifiesta el excepcionante que la demanda interpuesta es vaga y equivocada cuando dice



que en los considerandos la administración no hizo referencia al demandante y que no le proporcionó unas causas concretas y relevantes para proceder a la desvinculación, toda vez que el contenido de los considerandos 2º, 3º y 4º muestran todo lo contrario.

b.4 Inexistencia del derecho: Alega que el derecho de restablecimiento de la relación laboral es inexistente por cuanto aún no ha sido desvirtuada la legalidad del acto que dio por termina aquella, y mientras esa legitimidad administrativa permanezca incólume, los efectos del acto cuestionado continúan en pleno vigor.

C –AUDIENCIA INICIAL. – La audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, fue convocada mediante auto de 19 de abril de 2013, celebrada el día 06 de junio de 2013, a las 09:30 AM, 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 207 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 200 al 206.

D –AUDIENCIA DE PRUEBAS. – Estando en audiencia de inicial se decretaron las pruebas a practicar, por lo que se dispuso fijar el 1º de agosto de 2013, a las 02:15 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 de las pruebas documentales y testimoniales decretadas, tal como consta en la correspondiente grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 222 del expediente, y en la respectiva acta de registro visible a folios 218 al 221.

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 3° del artículo 181 del C.P.A.C.A. Así, dentro del término concedido la parte demandante y demandada alegaron en los siguientes términos:

El apoderado del demandante expresó que el problema jurídico debe centrarse en establecer si resulta posible desde la perspectiva constitucional y legal, desvincular a un empleado en provisionalidad sin que exista una justa causa para ello, para luego resolver si es posible disfrazar una revocatoria de nombramiento mediante la figura de insubsistencia laboral. Recordó que este despacho judicial ha proferido sentencias en otros asuntos de grandes identidades fácticas y jurídicas al que hoy se estudia, tales como las sentencias proferidas el 17 de junio de 2013 en los procesos Rad. 2012-00006-00 y 2012-00014-00, respectivamente.

Insistió, en que el demandante siendo un empleado en provisionalidad goza de estabilidad laboral mientras se surta el proceso de selección y hasta que sea reemplazado por la persona que se haya hecho acreedora a ocupar el cargo en razón de sus méritos previamente evaluados. Que por tanto la desvinculación del demandante no se originó en ninguna de las tres justas causas fijadas por la Corte Constitucional mediante la sentencias T-245/2007, T-247/2007 y T-017/2012 SU-917/2010, y que por lo tanto el acto impugnado debe declararse nulo

Alegó además que si no es posible retirar a un empleado en provisionalidad a través de la figura del encargo de un empleado inscrito en carrera, mucho menos es posible retirar a un provisional para ser reemplazado por otro provisional.

Adicionalmente, señaló que el Consejo de Estado ha manifestado que no puede disfrazarse un acto de revocatoria bajo otro de insubsistencia.



Finalmente, la parte demandante reiteró los argumentos esbozados en la demanda.

Por su parte, el apoderado del municipio de Galeras insistió que el acto administrativo acusado no es violatorio de las normas indicadas en el libelo demandatorio, toda vez que el acto sí fue motivado por la administración, quien precisó que el señor Ezequiel Meza Celins no cumplía con los requisitos académicos del cargo que ocupaba, por lo que era procedente su desvinculación ya que se trataba de un empleado en provisionalidad el cual, a contrario de lo que interpreta la parte demandante, no goza de estabilidad laboral pues basta que el acto se concreten las razones que motivan la decisión. Señaló también que en el caso no era obligatorio para el municipio dejar constancia del retiro en la hoja de vida del actor pues a ello hay lugar cuando se trata de un empleado de libre nombramiento y remoción.

Así, expresó que la demanda no se ocupó de destruir la aseveración referida a que el demandante no reunía los requisitos académicos sino que se enfrascó en denunciar que el acto no estaba motivado, que obedeció a un despido masivo llevado por el alcalde municipal, y que en esos términos la no motivación alegada no tiene vocación de prosperar y que la supuesta persecución no fue probada en el plenario ya que los testigos presentados para comprobarlo se limitaron a hacer consideraciones subjetivas y apreciaciones conceptuales sin mostrar siquiera un hecho concreto.

Finalmente concluye que el acto cuya nulidad solicita si está motivado por lo tanto se encuentra ajustado a los marcos jurisprudenciales de legalidad y de constitucionalidad sentados por la Corte Constitucional, en consecuencia pide sean negadas las súplicas de la demanda.

III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO



A – EXCEPCIONES: Se propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, la cual fue resuelta de manera negativa mediante decisión tomada en audiencia inicial celebrada el 06 de junio de 2012.

También se propusieron las excepciones de inexistencia de despidos masivos, e inexistencia de violación del debido proceso o del artículo 29 de la C.N, o párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y de inexistencia del derecho, las cuales por referirse al fondo del asunto, serán resueltas al momento de desatar el litigio.

B. EL PROBLEMA JURÍDICO. –Consiste en determinar si al demandante señor Ezequiel Meza Celins, como empleado del municipio de Galeras, quien desempeñaba el cargo de Inspector de Policía, código 303, grado 03, en provisionalidad, tiene derecho a ser reintegrado a un cargo igual, similar o de superior categoría previa verificación de las causales de nulidad que se endilgan 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 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:

*“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

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.



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).

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

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)



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.

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

⁶ Sentencia de fecha primero (1°) 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).



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.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 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

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),



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

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

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.

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.”



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)."

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

- a. Copia del Decreto No. 025 de fecha 05 de marzo de 2009, mediante el cual se nombró al señor Ezequiel Francisco Meza Celins en el cargo de Inspector central de Policía. (Folio 13)
- b. Copia del acta de posesión, de fecha 31 de marzo de 2009, del señor Ezequiel Meza Celins en el cargo Inspector Central de Policía, en provisionalidad. (Folio 14)
- c. Certificación laboral y salarial suscrita por la Profesional Universitaria del municipio de Galeras. (Folio 15)
- d. Copia del Decreto No. 054 de 25 de mayo de 2012, por medio del cual se declaró terminado el nombramiento en provisionalidad del señor Ezequiel Meza Celins en el cargo de Inspector Central de Policía. (Folio 17)
- e. Copia del oficio adiado 29 de mayo de 2012, mediante el cual se comunicó al señor Ezequiel Meza Celins, que se declaró terminado su nombramiento. (Folio 18).



- f. Certificado académico expedido por el Coordinador General- de la Corporación Universitaria Regional del Caribe-IAFIT. (Folio 23)
- g. Hoja de vida laboral del señor Ezequiel Meza Celins. (Folios 24 al 35).
- h. Copia de la Resolución No. 173 de 29 de junio de 2012, por medio de la cual se reconoce, autoriza y cancela las prestaciones sociales definitivas de un exfuncionarios. (Folio 65 al 67)
- i. Copia de la Resolución No. 198 del 09 de mayo de 2011, por medio de la cual se autoriza el giro de cesantías parciales a un funcionario. (Folio 72).
- j. Oficio de fecha 04 de julio de 2012, contentivo de respuesta proveniente de la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Folio 217).
- k. Copia autenticada del Decreto No. 027 de 17 de marzo de 2009, por medio del cual se fija la asignación básica mensual de los empleos que conforman la planta de personal de la administración municipal de Galeras. (Folio 2 al 4 del cuaderno de Pruebas No. 1).
- l. Copia autenticada del Decreto No. 074 de 22 de julio de 2010, por medio de la cual se adopta la escala de remuneración y se dictan otras disposiciones. (Folio 5 al 09 del cuaderno de Pruebas No. 1).
- m. Copia autenticada del Decreto No. 033 de 22 de febrero de 2011, por medio del cual se establece la planta de personal, se establece su sistema de nomenclatura, clasificación y categoría de los empleos. (Folios 10 al 12 del cuaderno de Pruebas No. 1).
- n. Copia autenticada del Decreto No. 023 de 12 de mayo de 2012, por el cual se establece una planta de personal, y se hace una inclusión, se establece su sistema de nomenclatura, clasificación y categoría de los empleos de la alcaldía de Galeras, para la vigencia de 2012. (Folios 13 al 15 del cuaderno de Pruebas No. 1).



- o. Copia autenticada del decreto No. 061 de 14 de julio de 2008, por el cual se adopta el manual específico de funciones, competencias laborales y requisitos mínimos, de los empleos de la planta de personal de la alcaldía municipales de Galeras. (Folios 16 al 116 del cuaderno de Pruebas No. 1).
- p. Copia autenticada del manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales por niveles jerárquicos y empleos. (Folios 117 al 210 del cuaderno de Pruebas No. 1).

D- CASO CONCRETO – En el sub.lite se pretende que de declare la nulidad del Decreto No. 054 de 25 de mayo de 2012, expedido por el alcalde del municipio de Galeras, a través del cual se declaró la insubsistencia al demandante del empleo de Inspector de Policía, código 303, grado 03, ello con el fin de obtener el restablecimiento del derecho concretado en el reintegro del señor Ezequiel Meza Celins, a un cargo igual, semejante o de superior categoría y remuneración al que desempeñaba en el momento en que fue ilegalmente retirado del servicio, y el consecuente pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, subsidios, bonificaciones, auxilio de cesantía, intereses de cesantías, dotaciones que se causen entre la fecha en que fue ilegalmente retirado del servicio hasta aquella en que fuere efectivamente reintegrado.

Del acervo probatorio recaudado se pudo comprobar que el señor Ezequiel Meza Celins, laboró como Inspector Central de Policía del municipio de Galeras durante el período comprendido entre el 31 de marzo de 2009 hasta el 29 de mayo de 2012, tal como se constata con el acta de posesión allegada y el oficio mediante el cual se comunicó la declaración de insubsistencia, folios 14 y 18, respectivamente.

Se corroboró también que el cargo desempeñado tuvo la connotación de provisionalidad, pues de ello da cuenta el Decreto No. 025 de fecha 05 de marzo de 2009, mediante el cual se realizó el nombramiento.



En ese orden, a efectos de determinar si el acto administrativo acusado se ajusta o no a derecho, se procederá a estudiar los cargos de nulidad invocados por la parte demandante.

1. Infracción de la Ley 136 de 1994. (Despidos masivos). Se analiza la presente causal en atención a que en la demanda se indicó como norma infringida la ley 78 de 1986, en sus artículos 11 y 12, la cual no se encuentra vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico ya que fue derogada de manera tácita por el capítulo VI de la Ley 136 de 1994, por ello el despacho en audiencia inicial tomó medidas de saneamiento al respecto por lo que el apoderado del demandante sustituyó la norma aludida por la que hoy se estudia, por lo tanto se tomará como concepto de violación los argumentos plasmados en la demanda como quiera que se conservó el tema a debatir, estos es despidos masivos.

Pues bien, la Ley 136 de 1994, en su artículo 97 señala que como una de las prohibiciones para los alcaldes *“Decretar por motivos políticos, actos de proscripción o persecución contra personas o corporaciones, o decretar insubsistencias masivas. Los retiros masivos de personal solamente podrán realizarse en los casos autorizados por la ley o cuando se ordene la supresión, fusión o restauración de entidades, con arreglo a los acuerdos que lo regulen”*.

Frente a lo planteado, se considera que no basta con expresar que en el municipio demandado se presentó una situación de despidos masivos sino que es indispensable probar lo dicho, lo cual no se hizo en el sub.judice, ya que revisado el acervo probatorio no se encontró prueba fehaciente del hecho alegado, toda vez que los testimonios recepcionados no obstante a que estuvieron encaminados a declarar que para ese período el municipio de Galeras desvinculó a varios empleados de sus cargos, éstos no logran probar que la actuación del representante legal haya obedecido a causas distintas de las



legales, ello en atención a que no puede dejarse de lado la presunción de legalidad que caracteriza a los actos administrativos, y que para el caso concreto y en tratándose de empleados en provisionalidad, los alcaldes tienen la potestad de desvincularlos siempre que se persiga el mejoramiento del servicio, y que en general el acto esté motivado en justas causas legales y constitucionales fijadas ya por la Ley y la Jurisprudencia, respectivamente. Así, mientras no se desvirtúe la legalidad de los actos masivos de desvinculación, no puede predicarse la existencia del supuesto fáctico que configura la prohibición establecida en el artículo 97 de la Ley 136 de 1994. En consecuencia, en este primer cargo, no hay lugar a declarar la nulidad del acto acusado, de esta manera se declarará probada la excepción de inexistencia de despidos masivos.

2. Infracción del artículo 41 de la Ley 909 de 2004. El dispositivo legal que se invoca como violado dispone en su parágrafo 2º que: “Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado, y que la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.” Pues bien, para resolver el cargo endilgado es menester verificar que el presente asunto contenga los elementos determinados en la norma citada.

Se discute la legalidad de un acto administrativo, que probado está recayó sobre un empleado que desempeñaba un cargo en provisionalidad. Seguidamente, el despacho se permite transcribir apartes¹² del Decreto No. 054 de fecha 25 de mayo de 2012, acto cuestionado en el sub-lite.

“...Que de conformidad con el manual de funciones del municipio de Galeras, adaptado por Decreto municipal No. 035 de 2011, para ejercer como Inspector

¹² Párrafos 2º, 3º, 4º, 6º y 7º.



Central de Policía, se requiere formación académica de Técnico Judicial o aprobación de seis (6) semestres de derecho y experiencia relacionada de dos (2) años.

Que revisada la hoja de vida o prontuario laboral del señor Ezequiel Francisco Meza Celins, se encontró que no reúne ninguno de los dos requisitos de estudios ni de experiencia, por tal razón, la actividad jurídica policial del Inspector no está revestida de idoneidad que garantice materialización del debido proceso y correcta aplicación del Decreto.

Que en consecuencia el nombramiento quebranta el ordenamiento reglamentario de la provisión de empleos en el Municipio, situación que fuerza a ser corregida.

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

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

...”

Leída la decisión tomada en sede administrativa, es evidente que el motivo que conllevó a la declaratoria de insubsistencia del demandante es el referido a que el señor Ezequiel Meza Celins no cumplía con los requisitos de estudio y experiencia exigidos para el cargo que ostentaba. En esos términos, es indiscutible que el acto expedido fue motivado, luego entonces, en lo que a éste cargo se refiere debe mantenerse la legalidad del acto. No obstante, valga precisar que en este punto el despacho se concretó a determinar la existencia o no de la motivación del acto, sin entrar a analizar si la motivación esgrimida se encuentra ajustada a derecho, toda vez que tal ejercicio se realizará al momento de estudiar las causales de anulación atinente a la infracción de la Ley por inexistencia de motivación Constitucional, e insuficiente motivación legal.

3. Infracción de los artículos 26 y 61 del Decreto 2400 de 1968. Este cargo lo propone la parte demandante en el evento de que se considere que el cargo de Inspector Central de Policía no es un empleo de carrera sino de libre



de nombramiento y remoción, el cual a su juicio también estaría viciado de nulidad como quiera que no se cumplió con la condición de dejar constancia en la hoja de vida ya que el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 establece que:

“El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.”

Al respecto, se tiene que la clasificación o categorización de los empleos públicos esta dada por el legislador, por tanto, no puede el operador jurídico crear criterios caprichosos para encasillar un cargo en determinada naturaleza sino que debe ceñirse a lo ya estipulado en la Constitución, la Ley, el reglamento y a los parámetros marcados por la jurisprudencia en la materia. En esos términos, se tiene que el artículo 1° de la Ley 909 de 2004 estipula los cargos que hacen parte de la función pública, entre los cuales se encuentran los empleos públicos de carrera y los empleos públicos de libre nombramiento y remoción. A su turno, el artículo 5° del mismo estatuto legal clasifica los empleos e indica que aquellos regulados por esa ley son de carrera administrativa, y en su numeral 2° exceptúa los de libre nombramiento y remoción, enlistando los que pertenecen a ésta última categoría, en la cual no se incluyó el cargo de Inspector Central de Policía, por lo que de manera deductiva se entiende que se trata de un empleo de carrera administrativa atendiendo desde luego a las funciones propias del cargo las cuales distan de aquellas que corresponden a los empleados de libre nombramiento y remoción.

Así, teniendo claro que el cargo de Inspector de Policía pertenece a la categoría de empleo público de carrera, y dado que en el proceso se demostró



que dicho cargo fue ocupado por el demandante en provisionalidad, el despacho desestima el cargo de nulidad propuesto como quiera que no hay lugar a entrar a estudiar si hubo violación de la norma invocada dado que la misma se refiere a los cargos de libre nombramiento y remoción.

4. No obstante a que los cargos de Infracción por inexistente motivación constitucional, e insuficiente motivación legal para la desvinculación se propusieron de manera individual, se procede a resolverlos de manera conjunta en atención a que ambos están referidos al tópico de la motivación del acto.

Respecto a la Infracción por inexistente motivación constitucional, alegó la parte demandante que el acto acusado Decreto No. 054 de 2012, es ambiguo, genérico, que omitió referirse a la relación laboral entre el señor Ezequiel Meza Celins y el municipio de Galeras, y no indicó las causas concretas y relevantes para proceder a la desvinculación, y por lo ello no cumple con el estándar de motivación constitucional que se estableció en la sentencia de unificación 917/2010, referido a que en el acto deben constar de manera clara, detallada y precisa las circunstancias particulares y concretas de hecho y de derecho que motivan la decisión.

En lo que concierne a la insuficiente motivación legal, expresó el apoderado que la entidad demandada desvinculó un empleado que ostentaba un cargo en provisionalidad, el cual podía continuar en el tiempo mientras se proveyera el cargo en propiedad, por ello indicó que en el asunto no se configuraron justas causas constitucionales para la desvinculación laboral del demandante y que precisamente por esa inexistencia debe declararse la nulidad del acto acusado.

Pues bien, en líneas anteriores precisó este despacho que el acto impugnado se encontraba motivado, y adrede nada apuntó sobre la



constitucionalidad o legalidad de las razones utilizadas como motivación que conllevó a la final decisión. Ahora, siendo éste el escenario pertinente se procederá a ello.

Respecto a la motivación señala el tribunal de Cierre en sentencia de 12 de abril de dos mil doce (2012), C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, Sección Segunda – Subsección “A”, Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00378-00, 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

¹³ Sentencia SU 917 de 2010.



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”.

Revisado una vez mas el acto impugnado, se tiene que la razón dada por la administración para desvincular al señor Ezequiel Meza Celins consistió en que éste no cumplió con el requisito exigido en el manual de funciones. Respecto a ello, advierte el despacho que el fundamento utilizado por la entidad demandada no estuvo referido a la provisión del cargo por haberse realizado el concurso de méritos, o por sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria, así como tampoco obedeció a otra razón específica atinente al servicio prestado. En esos términos, la motivación “incumplimiento de requisitos” no hace parte de las justas causas legales y constitucionales susceptibles de ser utilizadas cuando se pretende declarar la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, en sentir del precedente jurisprudencial de la H. Corte Constitucional.

Ahora bien, si lo pretendido por el municipio de Galeras era evitar que un acto administrativo, a su juicio inmerso de vicio, prolongara su existencia en el mundo jurídico debió recurrir a la figura procesal adecuada, la cual no era la declaratoria de insubsistencia habida cuenta que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, y en su literal j) dispone que hay lugar a la revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen. Disposición ésta que si bien no está referida a los nombramientos en provisionalidad, el despacho por analogía hace aplicación de ella, por no encontrar norma que regule esta situación respecto de ese tipo de nombramiento.



En ese orden, llama la atención del despacho que en el mismo acto acusado Decreto No. 054 de 25 de mayo de 2012,- párrafo 5° de los considerando-la administración hizo referencia a que *los nombramientos son revocables cuando no se llenan las calidades que exigen la Constitución, la ley y los reglamentos*, sin embargo, ésta no procedió a revocarlo como era lo correcto, sino que declaró la insubsistencia del nombramiento, actuación que se considera indebida pues se reitera que no era la vía jurídica acertada, toda vez que debió proceder a revocar su propio acto de oficio, con el previo consentimiento expreso y escrito de la titular, según lo dispone el artículo 73 del CCA, norma aplicable a la fecha de la expedición del acto controvertido, para así garantizar el derecho de defensa y contradicción, y en caso de no obtener el consentimiento del titular, demandar su propio acto a través de la acción de lesividad; y no cubrir sus falencias bajo la figura de la insubsistencia la cual trajo como consecuencia el detrimento y violación del debido proceso del señor Ezequiel Meza Celins, mas cuando la administración es una sola y el administrado no debe sufrir, ni esta en condición de soportar un detrimento en su integridad sin justo título por lo vicios de que adolezcan sus actos administrativos, debido a que quien tenía la responsabilidad de velar y verificar que los requisitos estipulados por la ley se cumplieran a cabalidad al momento de realizar una vinculación legal y reglamentaria y que ésta a su vez no causara un detrimento en el erario público era la misma administración.

Ante esas circunstancias, estima el despacho que el acto administrativo acusado debe declararse nulo en primer lugar por la causal de violación al debido proceso contenida en el parágrafo del artículo 97 del C.P.A.CA, la cual si bien no fue alegada en la demanda esta instancia judicial la declarará de oficio de conformidad a inciso 3° del 187 del ibídem el cual establece que para restablecer el derecho particular, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformas estas; y por los cargos de infracción por inexistente motivación constitucional e insuficiente motivación legal invocados



por la parte. En consecuencia las excepciones de violación al debido proceso y de inexistencia del derecho no tienen vocación de prosperar.

En ese orden de ideas y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad demandada, Municipio de Galeras, a reintegrar al demandante a un cargo igual, similar o de superior jerarquía para el que reúna los requisitos de conformidad con el manual de funciones de esa entidad, y a reconocerle la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro del servicio, 29 de mayo de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro, en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es “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 C.P.A.C.A.

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 29 de mayo de 2012 y hasta cuando de 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:

El despacho atendiendo lo normado en el art. 188 del CPACA sobre condena en costas, el cual indica que: *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. Procede a partir de este proveído a cambiar la posición que sobre este tema había asumido hasta la fecha en providencias precedentes, en donde aplicando el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado negaba las mismas, en atención a la conducta asumida por las partes dentro del proceso, es decir si éstas actuaron con temeridad o mala fe.

Luego, comoquiera que con la entrada en vigencia del CPACA no se encuentra vigente el art. 55 de la ley 446 de 1998 que era el que hacía esa exigencia para la condena en costas, el despacho fija su línea a partir de este proveído dando aplicación plena al artículo 188 antes citado, para lo cual siendo el fallo en el sub-lite condenatorio, ordenará condenar en costas a la entidad accionada en el presente proceso.

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: Declárase probadas la excepción inexistencia de despidos masivos, propuesta por el apoderado de la entidad demandada, conforme la parte motiva de este proveído.



SEGUNDO: Declárase no probadas las excepciones de inexistencia de violación del debido proceso, e inexistencia del derecho, propuestas por el apoderado de la entidad demandada, conforme la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Declarar la nulidad del Decreto No. 054 de fecha 25 de mayo de 2012, por medio del cual se declaró terminado el nombramiento provisional del señor EZEQUIEL FRANCISCO MEZA CELINS, identificada con la CC. No. 92.096.753 de Galeras, como Inspector Central del municipio de Galeras, Sucre.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENASE** al Municipio de Galeras a reintegrar al señor EZEQUIEL FRANCISCO MEZA CELINS, identificada con la CC. No. 92.096.753 de Galeras, a un cargo igual, similar o de superior jerarquía al que fue desvinculado, para el cual cumpla los requisitos para su desempeño de conformidad con el manual de funciones de esa entidad. Y, a pagar a su favor la totalidad de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir por él, desde el día 29 de mayo de 2012 hasta que sea efectivamente reintegrado en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es en “provisionalidad”, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

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



SÉPTIMO: Condénese en COSTAS en esta instancia a la parte demandada, municipio de Galeras.

OCTAVO: 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