



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO

Sincelejo, diez (10) de octubre del año dos mil trece (2013)

JUEZA: LUZ ELENA PETRO ESPÍTIA

Medio de Control **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **70001.33.33.005.2012.00121.00**
Demandante: **María Josefa Herrera Luna**
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 la señora **MARÍA JOSEFA HERRERA LUNA** mediante apoderado judicial, contra el **MUNICIPIO DE GALERAS**,

I. LA DEMANDA

A - PRETENSIONES

1 – Que se declare la nulidad del Decreto No. 084 del 14 de agosto de 2012, suscrito por el Alcalde municipal de Galeras, por medio del cual se decreta la terminación del nombramiento en provisionalidad.

2 – Que como consecuencia de lo anterior se restablezca el derecho de la señora María Josefa Herrera Luna, quien deberá ser reintegrada al cargo



que venía desempeñando o a uno de igual, similar o de superior categoría y remuneración al que desempeñaba cuando fue retirada del servicio.

3- Que se ordene a favor de la demandante o de quien represente sus derechos, el pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, subsidio familiar, prima de alimentación, dotación, prima técnica y todas las demás prestaciones sociales u otros emolumentos percibidos con los aumentos legales, anuales, causados durante el tiempo que estuvo separada del servicio hasta que sea efectivamente reintegrada.

4. Que se declare que no existió solución de continuidad en la relación de empleo durante el tiempo que estuvo separada del servicio.

5. Que se ordene dar cumplimiento al fallo que le de fin al proceso dentro de los términos establecidos en la ley.

6. Ordenar el pago de los intereses previstos en los artículos 192 y 195 de la ley 1437 de 2011, y demás normas concordantes.

7. Ordenar el pago del ajuste del valor previsto en la norma.

8. Que se reembolsen 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 y E.P.S, respectivamente, donde disponga el accionante.

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 la señora María Josefa Herrera Luna, fue nombrada en provisionalidad, mediante el Decreto No: 033 del 02 de abril de 2009, para desempeñar el cargo de Profesional Universitario, tomando posesión del mismo el día 03 de abril de 2009.

Que desde el día en que el señor José Gamarra Navarro inició su período como alcalde también inició una persecución política (acoso laboral) contra funcionarios que no lo apoyaron en su campaña política.

Que el día 16 de agosto de 2012, mi mandante fue notificada que mediante Decreto No. 084 del 14 de agosto de 2012, se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad, del cargo de Profesional Universitario.

Que el anterior acto administrativo no fue motivado sino insuficientemente motivado, ya que en los considerandos solo se plasma una serie de jurisprudencias y normas pero que nunca se estableció que la razón del retiro fue para mejorar el servicio público, y no se indicaron los motivos por los cuales se prescindió de los servicios de la demandante.

Que la hoja de vida laboral de la señora María Josefa Herrera Luna da cuenta de una funcionaria con una experiencia en el empleo específico y relacionado, por mas de tres (3) años y de un inigualable perfil; que precisamente la excelente hoja de vida es indicativo de que la razón de la terminación del nombramiento en provisionalidad no fue el mejoramiento del servicio sino que obedeció a fines diferentes.

Que durante el tiempo que la demandante estuvo en el cargo de Profesional Universitario se desempeñó con idoneidad, eficiencia, honestidad y



el más alto criterio de funcionario público hasta cuando se produjo el acto de retiro.

Que el alcalde del municipio de Galeras tenía conocimiento de que el hijo menor de la señora María Herrera Luna, padece de una enfermedad grave llamada Leucemia Lipoide Aguda en la Médula Ósea, que era madre cabeza de hogar, y que aún así procedió a retirarla de su servicio, dejándola desprotegida, sin seguridad social para ella y para sus hijos, siendo que ella gozaba del derecho constitucional de protección reforzada.

Que la demandante al momento de su retiro percibía una remuneración mensual de \$1.378.125, más las prestaciones sociales y otros emolumentos.

Que el alcalde de Galeras realizó despidos masivos a través de la declaración de terminación de nombramientos en provisionalidad a varios funcionarios.

Que la administración municipal no dejó constancia en la hoja de vida de la señora María Josefa Herrera Luna sobre los hechos que le sirvieron de causa para proceder a declarar la insubsistencia, como lo ordena el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

Que con el retiro de la demandante se produjo una violación a derechos fundamentales Constitucionales y Legales.

C – FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante invoca como violadas las siguientes disposiciones:



Constitucionales: Preámbulo, y artículos 1, 2, 25, 29, 44, 53, 83, 90, 123, 125 y 209, por considerar que se desconocieron las obligaciones allí contenidas, como por ejemplo dar protección al trabajo, que los empleados públicos tienen derecho a exigir del Estado que tanto los nombramientos como las desvinculaciones se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función pública, ya que de lo contrario se generan irregularidades y desviaciones como las contenidas en el acto demandado donde la autoridad que lo expidió no se sujetó a los cánones supraleales.

Legales: Decreto Ley 2400 de 1968, Decreto 1752 de 1998, Ley 909 de 2004, Decreto 1227 de 2005, Ley 1437 de 2011, Ley 78 de 1986, y demás normas concordantes.

Consideró el apoderado de la parte demandante que el acto administrativo acusado fue expedido en forma irregular porque en su parte considerativa no hay una referencia a los hechos y a las circunstancias fácticas que lo motivaron. Luego, hizo cita de sendos pronunciamientos del Consejo de Estado referidos a la necesidad de motivar el acto administrativo mediante el cual se retira del servicio a un empleado que desempeña un cargo de carrera en provisionalidad, concluyendo que para que un acto de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario, pues no basta llenar las páginas con información, doctrina o jurisprudencia que poco o nada se relacionan con el asunto en particular y luego en uno dos párrafos decir que “por los motivos expresados”, se declara insubsistente el nombramiento, lo cual hizo la administración del municipio de Galeras, violando así los derechos constitucionales y legalmente protegido.

Manifestó que la correcta motivación de un acto administrativo es necesaria para garantizar el derecho a la defensa del administrado puesto que si



la autoridad administrativa no explica adecuadamente de qué se trata su acusación, éste no podrá defenderse en debida forma, en la medida que no conoce a ciencia cierta de qué es lo que se le acusa.

Así mismo propuso la violación a las normas al debido proceso y derecho de defensa por insuficiencia e inexistente motivación, pues a su juicio la demandante tiene derecho a continuar en el cargo que desempeñaba hasta tanto se convocara a un concurso.

Que existe violación al artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, por cuanto el municipio de Galeras no dejó constancia en la hoja de vida de la señora María Herrera Luna.

Que hubo desviación de poder porque el acto se profirió persiguiendo fines distintos a los fijados por la Ley, distintos de lograr un mejoramiento del servicio público, y que obedeció a un castigo por no apoyar al alcalde en su campaña política, lo cual ocurrió también con otros empleados, ocasionado así un despido masivo.

Finalmente conceptuó que hubo desviación de poder porque el alcalde del municipio de Galeras desvinculó a la demandante sin tener en cuenta que ella tenía una situación particular referida a la enfermedad de Leucemia de uno de sus hijos, el desempleo de su esposo, lo cual la convirtió en madre cabeza de hogar, siendo esto violatorio del principio Constitucional de estabilidad reforzada.

II. TRAMITE PROCESAL

A – ADMISIÓN: La demanda fue admitida mediante auto de fecha 28 de enero de 2013, notificado a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público el día 30 de enero de 2013, y a la



entidad demandada el 07 de febrero de 2013, a través de mensaje dirigido al correspondiente buzón electrónico de notificaciones judiciales, tal como consta a folios 155 y 158 del expediente.

B – LA CONTESTACIÓN: La entidad demandada, Municipio de Galeras, no presentó contestación de 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 12 de junio de 2013, a las 02: 15 PM, en la cual se agotaron debidamente cada una de las subetapas, tal como consta en la correspondiente acta visible a folios 167 al 172, y la respectiva grabación de audio y video, la cual se encuentra incorporada a folio 176 del expediente.

D –AUDIENCIA DE PRUEBAS. – Estando en audiencia inicial se decretaron las pruebas a practicar, por lo que se fijó el día 08 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 testimoniales, y posteriormente continuada y finalizada el 29 de agosto de 2013, recopilando la totalidad de las documentales decretadas, tal como consta en las correspondientes actas de registro visible a folio 196 al 200, 207 al 209, y las correspondientes grabaciones de audio y video, las cuales se encuentran incorporadas a folios 201 y 254 del expediente.

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 demandada alegó en los siguientes términos:

El apoderado de la entidad accionada expresó que la demanda interpuesta es inepta porque no enseña una sola norma superior que haya sido quebrantada por el Decreto No. 084 de agosto 14 del 2012, que terminó el nombramiento en provisionalidad de la demandante.

Transcribió un aparte del acto acusado, y alegó que en el mismo están expresadas de manera clara, detallada y precisa las razones que tuvo el nominador para desvincular laboralmente a la demandante, cual es que la demandante no hizo las evaluaciones semestrales ni la definitiva de desempeño laboral del año 2011 a la cual estaba obligada por ser superior jerárquico de funcionarios de carrera administrativa de conformidad con lo establecido en el numeral 20 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, y que tal omisión trastornó la relación de trabajo habida entre el municipio y la señora María Herrera Luna; y que frente a tal motivo la parte demandante no presentó oposición.

Indicó también que el acápite del concepto de violación se hizo citas y copias de sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado alusivas a la motivación del acto, sin decir el por qué no esta motivado o por qué considera que está insuficientemente motivado.

Que los testimonios escuchados, resultaron frustrantes ya que los testigos no señalaron el hecho o acto material y específico de la supuesta persecución política del Alcalde en contra de la actora, sino que hicieron gala de conjeturas y de dichos de oídas de terceras personas sin exhibir tajantemente las pruebas de esa persecución.

Respecto a la enfermedad que padecía el hijo de la señora María Herrera Luna, afirmó que aquella nunca le fue comunicada al alcalde del



municipio; que la demanda tímidamente informa que la actora era madre cabeza de familia, y que no hay lugar a aplicar la insinuada estabilidad reforzada para madres cabeza de familia ya que no se probó que la demandante se hubiese encontrado en esa situación.

Alegó también que las desvinculaciones que hubo en el municipio no constituyen despidos masivos, toda vez que las insubsistencias masivas se determinan teniendo en cuenta el número total de empleados o de la nómina del ente territorial, el número de insubsistencias producidas, para luego definir el porcentaje al cuál equivalen dichas insubsistencias, para así compararlo con lo fijado en la ley 50 de 1990 en la materia, lo cual no sucedió en el presente asunto.

Arguyó que no hubo violación al artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, porque esta norma esta dirigida a los empleos de libre nombramiento y remoción en los cuales no se está obligado a motivar el acto de despido.

Finalmente, sostuvo que la ley 909 de 2004 no regula el nombramiento hecho en provisionalidad, ya que la estabilidad laboral de esta forma de vinculación es precaria y puede ser terminada en cualquier momento mediante acto debidamente motivado como lo dispone el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, requisito plenamente satisfecho en el acto demandado, por lo que no hay entonces violación a la Ley 909 de 2004 como tampoco a ninguna otra de rango constitucional o legal.

La parte demandante se abstuvo en presentar alegatos de conclusión; el Ministerio Público no emitió concepto de fondo.



III. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

A. EL PROBLEMA JURÍDICO. –En primer lugar el despacho entrará a analizar la naturaleza jurídica del cargo desempeñado por la señora María Josefa Herrera Luna en el Municipio de Galeras, y una vez fijado lo anterior, se entrará a determinar si aquella le asiste el derecho a ser reintegrada a un cargo igual o de superior categoría previa verificación de las causales de nulidad que se endilgan contra el acto acusado que declaró la insubsistencia de su nombramiento.

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: **1.** Vinculación con la administración pública – empleados públicos provisionales y de libre nombramiento y remoción, **2.** Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, **3.** Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, **4.** material probatorio, y **5.** el caso concreto.

1. Vinculación con la administración pública – empleados públicos provisionales y de libre nombramiento y remoción.-

La constitución política, al referirse al recurso humano que presta sus servicios personales, ya sea en forma permanente o temporal, de manera general los define como servidores públicos¹; su artículo 123 expresa que “*son servidores públicos los miembros de la corporaciones públicas, lo empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicio*”

¹ YOUNES MORENO, Diego, “Derecho administrativo Laboral”, edición decima, Editorial TEMIS, pág 21.



A su turno, el artículo 1° de la Ley 909 de 2004, establece la clasificación de los empleos y empleados públicos y señala que pueden ser de varias clases²:

- Empleos y empleados de libre nombramiento y remoción;
- Empleos y empleados de carrera administrativa,
- Empleos de período fijo como los de elección popular,
- Empleos temporales.
- Empleos y empleados provisionales

Ahora, a la luz del artículo 125 de la Constitución Política la regla general para los empleos de los órganos y entidades del Estado, es que sean de carrera, es decir, que su provisión debe estar mediada por concurso público de méritos. Sin embargo, la Constitución acepta como excepciones para la vinculación con la administración los cargos de libre nombramiento y remoción.

En ese orden, es de señalar que los empleados de libre nombramiento y remoción, son aquellos en relación con los cuales la autoridad competente para su nombramiento y remoción puede tomar esta medida en forma discrecional, empero, dicha discrecionalidad no es absoluta pues el nominador en este caso puede escoger libremente entre quienes reúnen los requisitos mínimos, y prescindir de estos cuando lo considere conveniente, sin que medie en el acto administrativo motivación alguna³. Una de las características de este tipo de empleados es el grado de confianza, ya sea por tratarse de las principales jerarquías directivas o por tratarse de los empleados más allegados a los directivos.

² *Ibidem*, pág. 22

³ RODRIGUEZ, Libardo, "Derecho Administrativo General y Colombiano", Editorial TEMIS, pag 271.



También, la Corte Constitucional en línea jurisprudencial desarrollada ha buscado deslindar la situación de las personas que ocupan cargos de carrera en provisionalidad de los empleados de libre nombramiento y remoción, para determinar que no era comparable. En efecto, desde la sentencia C- 279 de 2007⁴, con ponencia del magistrado Manuel José Cepeda, se admitió que entre las personas que ocupan cargos de carrera en provisionalidad y aquellos empleados de libre nombramiento y remoción existen innegables coincidencias pero de ellas no puede desprenderse las mismas razones para dar por terminado el vínculo, pues el acto de desvinculación necesariamente debía motivarse, respecto de los primeros teniendo en cuenta que éstos no son empleados de libre nombramiento y remoción.

Así pues, un funcionario que ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), sin embargo, los mismos tienen derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera⁵.

2. Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.- Se reitera que la Ley 909 de 2004, en su Art. 1º, establece de conformidad con lo previsto en la

⁴ La Corte Constitucional se pronuncia sobre una demanda de inconstitucionalidad de los artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 2004, "Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía.

⁵ Corte Constitucional, sentencia SU 917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio, noviembre 16 de 2010.



Constitución Política y la ley, cuáles son los empleos que hacen parte de la función pública:

- a) *Empleos públicos de carrera*
- b) *Empleos públicos de libre nombramiento y remoción*
- c) *Empleos de período fijo*
- d) *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:

“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° ibídem 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 del mismo estatuto señala 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 Estado⁶, 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 esa Corporación:

⁶ Sección Segunda, Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).



*“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO⁷, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

*Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo **motivado**, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual 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 empleos⁸ 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

⁷ 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.

⁸ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.



2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado...”

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

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

Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento⁹, 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 provisionalidad¹⁰.

3) Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del consejo de estado.

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.

⁹ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Sentencia de fecha 12 de octubre de 2011, Rad. No. 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11)



En 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...".

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.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.¹²

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.¹³ Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03490-01(1998-09), manifestó lo siguiente.

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

¹¹ 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).

¹² Sentencia de diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011).. Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente No. de Referencia: **05001-23-31-000-2004-03585-01(1543-10)**.

¹³ 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),



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, aún 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”.*¹⁴

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 alguna¹⁵.

Sin embargo, la Corte constitucional en sentencia SU – 917 de 2010¹⁶ M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio, con respecto a la estabilidad laboral de los empleados en provisionalidad, manifestó 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

¹⁴ Sent. Sección Segunda” Subsección B”. M.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Radicación número: 68001-23-31-000-2001-01834-01(1707-07), de fecha 26 de marzo de 2009.

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

¹⁶ 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.”



sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002, T-519 de 2003, T-610 de 2003, T-222 de 2005, T-660 de 2005, T-116 de 2005, T-1310 de 2005, T-1316 de 2005, T-1240 de 2004). Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

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

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

- a. Copia autenticada del Decreto No. 033 de fecha 02 de abril de 2009, mediante el cual se nombró a la señora María Josefa Herrera Luna, en el cargo de Profesional Universitario. (Folio 38)
- b. Copia autenticada del acta de posesión de la señora María Josefa Herrera Luna, de fecha 03 de abril de 2009. (Folio 39)
- c. Copia autenticada del oficio de fecha 16 de agosto de 2012, suscrito por la Secretaria Ejecutiva del despacho del alcalde, a través del cual se le remite a la demandante los Decretos 084 y 085 de fechas 14 de agosto de 2012, mediante los cuales se decretó la terminación del



- nombramiento en provisionalidad y se nombró al señor Tomás Alberto Pineda Zabaleta. (Folio 40)
- d. Copia autenticada del Decreto No. 084 de 14 de agosto de 2012, suscrito por el alcalde municipal de Galeras, a través del cual se declaró terminado el nombramiento en provisionalidad recaído en la señora María Josefa Herrera Luna. (Folios 41 al 43)
- e. Copia autenticada del Decreto No. 085 de 14 de agosto de 2012, suscrito por el alcalde municipal de Galeras, a través del cual se nombró en provisionalidad al señor Tomás Alberto Pineda Zabaleta, para desempeñar el cargo de Profesional Universitario. (Folios 44 al 45)
- f. Certificación laboral y salarial, expedida por el Profesional Universitario, con funciones de recursos Humanos de la alcaldía de Galeras. (Folio 46)
- g. Copia de la historia clínica, y evolución del menor José Miguel García Herrera. (Folios 49 al 150)
- h. Certificación expedida por el Profesional Universitario, con funciones de recursos Humanos de la alcaldía de Galeras, en la cual se indica que en la hoja de vida de la señora María Herrera Luna consta la terminación de su nombramiento en provisionalidad. (Folio 188)
- i. Certificación expedida por el Profesional Universitario, con funciones de recursos Humanos de la alcaldía de Galeras, en la cual se indica que a la señora María Herrera Luna se le cancelaron las prestaciones sociales correspondientes. (Folio 189)
- j. Copia de la Resolución No. 288 de fecha 14 de noviembre de 2012, por medio de la cual se reconoce, autoriza, y cancela las prestaciones sociales definitivas de un exfuncionario. (Folios 190 al 192)



- k. Oficio de fecha 08 de agosto de 2013, proveniente de la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Folio 204 al 205)
- l. Copia autenticada de la hoja de vida del señor Tomás Alberto Pineda Zabaleta. (Folios 211 al 232)
- m. Copia autenticada del Decreto No. 079 de 23 de julio de 2012, que revocó el Decreto No. 075 de 05 de julio de 2012, y se aceptó la renuncia de la señora Katy Tania Navarro Navarro. (Folio 233 al 234)
- n. Copia autenticada del Decreto No. 08 de 16 de enero de 2012, que resolvió aceptar la renuncia presentada por la señora Cecilia María Payares Payares, y se nombró a la Dra. Carmen Mary Martínez Gómez. (Folio 235)
- o. Copia autenticada del Decreto No. 055 de 25 de mayo de 2012, que resolvió nombrar a la señora Yara Karola Uparela Jarava en el cargo de Inspector de Policía del municipio de Galeras. (Folios 236 al 237)
- p. Copia autenticada del Decreto No. 058 de 25 de mayo de 2012, que resolvió nombrar a Jader Salomón Lozano Herrera para desempeñar el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 01. (Folios 238 al 239)
- q. Copia autenticada del Decreto No. 002 de 02 de enero de 2012, que resolvió aceptar la renuncia presentada por el señor Romano Díaz Gamarra, y se nombró al Dr. Luis Carlos Ferrigno Barrios. (Folio 240)
- r. Copia autenticada del Decreto No. 006 de 02 de enero de 2012, que resolvió nombrar al Dr. Rafael Hernández Meza en el cargo de Secretario de Salud. (Folio 241)
- s. Copia autenticada del Decreto No. 019 de 09 de marzo de 2012, que resolvió aceptar la renuncia presentada por la señora Dalys Martínez



- Acosta, y se nombró al Dr. Augusto Hernández Meza. (Folios 242 al 243)
- t. Copia autenticada del Decreto No. 083 de 09 de agosto de 2012, que resolvió nombrar en provisionalidad a Larid Lucio Lastre Galván para desempeñar el cargo de Comisario de Familia. (Folios 244 al 245)
- u. Copia autenticada del Decreto No. 061 de 30 de mayo de 2012, que resolvió nombrar en provisionalidad a Yorlin Isacc Uparela Royert, para desempeñar el cargo de Técnico Operativo, grado 01. (Folios 246 al 247)
- v. Copia autenticada del Decreto No. 003 de 02 de enero de 2012, que resolvió aceptar la renuncia presentada por la señora Dialenys Anaya Armesto, y se nombró al señor Ismael Mejía Coronado. (Folio 248)
- w. Copia autenticada del Decreto No. 090 de 29 de agosto de 2012, que resolvió nombrar en período de prueba a la señora Cecilia María Payares Payares, en el cargo de Jefe de Control Interno. (Folios 251 al 252)
- x. Copia autenticada del Decreto No. 001 de 02 de enero de 2012, que resolvió aceptar la renuncia presentada por la señora Ciria Cortínez Morris, y se nombró a la señora Viviana Rocío Pérez Madera. (Folio 253)
- y. Oficio de fecha 23 de agosto de 2013, proveniente de la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Folio 255)
- z. Declaraciones juramentadas de los señores Reinaldo Francisco Ramírez Mejía, Romano Alberto Díaz Gamarra. (Folios 198, 199 y 201)

D- CASO CONCRETO – En el sub.lite se pretende la nulidad del Decreto No. 084 de fecha 14 de agosto de 2012, que resolvió declarar



terminado el nombramiento de la señora María Josefa Herrera Luna, como Profesional Universitario; para luego obtener el restablecimiento del derecho consistente en el reintegro de la demandante al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior categoría. Para ello, el despacho previo a resolver el fondo del asunto, estudiará la naturaleza del cargo ocupado por la actora, a fin de determinar la clase de nombramiento realizado.

En ese orden, se tiene que el acto administrativo de nombramiento, Decreto No. 033 de fecha 02 de abril de 2009, en su parte resolutive se limitó a expresar que se nombraba a la señora María Josefa Herrera Luna en el cargo de Profesional Universitario, sin indicar la clase de empleo al que corresponde, verbigracia, de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa u otro. No obstante, el párrafo tercero de sus considerandos señaló textualmente:

“Que en la nueva planta Global del municipio adoptada según decreto No. 060 de 14 de julio de 2008, existe el cargo de profesional universitario código 219, grado 01.” (Negritas y subrayas del despacho)

En virtud del artículo 53 de la Ley 909/04, el gobierno nacional dispuso a través del Decreto 785 de 2005, el sistema de nomenclatura, clasificación de empleos, de funciones y de requisitos generales de los cargos de las entidades territoriales, estatuyendo los niveles jerárquicos de los empleos, clasificándolos en Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial; y en el nivel jerárquico profesional, al efecto se indica:

“ARTÍCULO 18. NIVEL PROFESIONAL. El Nivel Profesional está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos:

Cód. Denominación del empleo



(...)
219 Profesional Universitario
(...)"

Del anterior precepto legal, y atendiendo desde luego a la naturaleza territorial de la entidad aquí demandada, Municipio de Galeras, es evidente que el cargo de Profesional Universitario que desempeñaba la demandante, pertenece al sistema de carrera administrativa, toda vez que como quedó demostrado, es la misma ley quien ha determinado la clasificación del referido empleo público, y siendo ello así, intentar una discusión sobre ese aspecto rayaría en la nimiedad.

Adicionalmente, es claro el artículo 5° de la Ley 909 de 2004, cuando refiere que los empleos de los organismos y entidades reguladas por dicha ley son de carrera administrativa, y a renglón seguido presenta de manera taxativa las excepciones, las cuales una vez vistas y leídas en su integridad se concluye de manera certera que el cargo de profesional universitario es de carrera puesto que no pertenece a ninguna de las categorías y funciones que allí se establecen como criterios exceptivos, lo cual corrobora la conclusión de este despacho.

Habiéndose precisado la clasificación del cargo, y como quiera que mediante prueba testimonial rendida por el señor Reynaldo Francisco Ramírez Mejía, quien se desempeñó como alcalde del ente demandado para el período 2008-2011, se encontró que el municipio de Galeras al momento de nombrar a la señora María Josefa Herrera Luna no había adelantado proceso de mérito para la ocupación del mismo, de lo cual se deduce que amén de que en el acto de nombramiento no se dijo nada sobre la forma como se estaba proviendo el empleo, la demandante se encontraba desempeñando su cargo en la modalidad de provisional. Tesis, que se soporta también con los *considerando* 2, 3, y 4 del Decreto No. 084 de fecha 14 de agosto de 2012, los cuales se transcriben a continuación:



“.....

Que en el acto administrativo mencionado no se clarifica el carácter de dicho nombramiento, si es ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción o si es provisionalidad para empleo de carrera administrativa.

Que no apareciendo esa concreción en la clase o categoría del cargo, fácil es, acudiendo a las normas generales sobre administración de personal, concluir, que el mismo pertenece a la carrera administrativa, dado que no está calificado como de libre nombramiento y remoción, ni como período fijo. Ley 909 del 2004 y Decreto 785 del 2005.

Que en el entendido, de que se trata de empleo de carrera administrativa, dicho nombramiento debió ser determinado en provisionalidad, afectado con la precariedad que reviste a este modelo de nombramientos.

....”

Así entonces, se tiene que el acto administrativo que nombró a la señora María Josefa Herrera Luna, en el cargo de Profesional Universitario, lo hizo bajo la modalidad de provisionalidad.

Partiendo de la anterior base, el despacho se orienta a resolver el quit del asunto centrando su atención en el tópico referido al retiro de empleados que ejercen cargos de carrera administrativa en provisionalidad, para lo cual se dará estricta aplicación al contenido de los preceptos legales citados en la parte normativa de esta providencia, al igual que la jurisprudencia sobre la materia.

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- Expedición irregular e ilegal del acto acusado por falta o insuficiente motivación. Fundamentada en que el acto administrativo



cuestionado fue expedido por el alcalde del municipio de Galeras en forma irregular, por cuanto en su parte considerativa no existe referencia de los hechos y circunstancias de manera clara, detallada y precisa de las razones por las cuales se prescindió de la actor nombrado en provisionalidad. Requisito esencial para motivar los actos administrativos que desempeñan un cargo de carrera en provisionalidad, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

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.

En ese orden, respecto a la falsa motivación el Tribunal de cierre de esta jurisdicción ha reiterado¹⁷ que la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P.; Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia 15 de marzo de 2012, Radicación número: 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660).



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

Pues bien, la parte demandante mostró inconformidad con el acto de retiro por considerar que adolece de falta de motivación o insuficiente motivación. 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 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 el presente cargo de nulidad endilgado, se transcriben los párrafos quinto, sexto y séptimo del acto acusado, así:

“Que según informe rendido por la misma Profesional Universitario, quien se ocupa de los asuntos de Recursos Humanos del municipio de Galeras, ella no hizo las evaluaciones semestrales ni la definitiva de desempeño laboral correspondiente al año 2011, a la cual esta obligada, por ser superior jerárquico de funcionaria de carrera administrativa, señora Elcy Judith Celins Payares, de quien figura en su expediente laboral certificación de registro de carrera administrativa.

Que la omisión señalada trastorna grandemente la relación de trabajo habida entre el municipio y la servidora mencionada, pues deja un vacío inmenso en el historial



de desempeño de la misma, que afecta a la interesada y por otro lado, priva al municipio del documento meritorio para la continuidad de dicha relación de trabajo o no. Además, de presuntamente, constituir esa omisión falta disciplinaria, y ocasiona pérdida de confianza en la servidora omisiva.

Que el artículo 10 del Decreto 1227 del 2005 faculta al nominador para dar por terminados en provisionalidad, antes de cumplirse el término de duración, el cual no puede ser superior a seis meses, lo cual, contrario sensu, indica, que también podrá hacerlo cuando se ha desbordado dicho término de duración, en virtud de que la provisionalidad, no confiere fuero alguno de estabilidad al así vinculado a la administración pública.

.....

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.”

Visto el anterior contenido del Decreto No. 084 de fecha 14 de agosto de 2012, por medio del cual se declaró la terminación del nombramiento de la señora María Josefa Herrera Luna, en el cargo de Profesional Universitario, se estima que no hay que hacer esfuerzo alguno para conocer que el motivo que conllevó al retiro de la demandante del cargo que venía desempeñando fue el no cumplimiento de una función laboral cual es la de efectuar la evaluación semestral y definitiva del año 2011 a un funcionario de carrera administrativa, en el caso la señora Elcy Judith Celins Payares, de quien se adujo que figura en su expediente registro de carrera administrativa. Llama la atención del despacho, que siendo tan claro el argumento del municipio de Galeras, la parte demandante en su escrito de demanda y demás intervenciones procesales nunca hizo alusión a la situación de incumplimiento de funciones sino que se encauzó en solicitar la nulidad del acto bajo la supuesta falta o insuficiente motivación, siendo lo correcto encaminarse a desvirtuar la legalidad del acto trayendo las pruebas que demostraran la inexistencia o falsedad del motivo utilizado por la administración para el retiro de su empleado, o intentar



explicar la justificación de la conducta, pero guardó silencio absoluto al respecto.

Ante esta circunstancia, el despacho 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, aunado a que ni siquiera las declaraciones juramentadas rendidas por los testigos dieron cuenta de ello, sino que en términos generales se limitaron a manifestar que conocían a la señora María Josefa Herrera Luna, y que ciertamente era una buena empleada. Sin embargo esto poco o nada contribuye al asunto ya que el primero de los declarantes, estuvo vinculado con la administración hasta el 31 de diciembre de 2011, y el segundo hasta enero de 2012, mientras que los hechos tuvieron ocurrencia en fecha posterior, pues si bien la evaluación a la que se alude correspondió al año 2011, la misma se realiza una vez se cause el periodo de tiempo a evaluar por lo que concernía realizarla en la anualidad de 2012.

Adicionalmente, es de señalar que a ambos testigos se les interrogó si conocían el contenido del acto impugnado a la cual respondieron que no, tal como consta en la respectiva grabación de audio y video. Así, dado que los declarantes manifestaron desconocer el contenido del acto, y que aunado a ello nunca se refirieron al incumplimiento de la función de evaluación que debía realizar la demandante, señora María Josefa Herrera Luna, se estima que tales declaraciones no soportan la causal de nulidad alegada.

De esta manera, no puede desconocer este despacho que el acto administrativo demandado se encuentra debidamente motivado, toda vez que se recalca que en él se indicó de manera clara, precisa y detallada la razón del retiro. En consecuencia el cargo de falta o insuficiente motivación invocada por la parte demandante no da lugar a la declaratoria de su nulidad. En consecuencia, determinado ya que el acto se motivó en debida forma,



atendiendo a la lógica jurídica se desestima también la causal referida a la violación de normas al debido proceso y al derecho de defensa por insuficiente motivación e inexistente motivación del acto administrativo acusado.

2. Violación del Decreto Ley 2400 de 1968. El dispositivo legal que se invoca como violado dispone:

“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.”

Considera la parte demandante que hay lugar a la nulidad del acto porque la entidad demanda contravino la anterior disposición legal, ya que no sedó constancia de las causas del retiro en la hoja de vida de la señora María Josefa Herrera Luna. Al respecto, se precisa que la obligatoriedad que trae en el artículo en mención aplica sólo para aquellos empleados que han sido vinculados a la administración bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción, en razón a que el acto que los retira del servicio no se exige que sea motivado, mientras que tal regla no opera para los empleados que han sido nombrados en provisionalidad, donde es clara y extensa la jurisprudencia cuando afirma que en éstos últimos eventos es imperioso la motivación del acto so pena de su nulidad. No obstante, no esta demás puntuar que aún tratándose de empleados de libre de nombramiento y remoción, la omisión de la constancia en la hoja de vida no da lugar a declarar la nulidad del acto, ya que no constituye un hecho previo a la expedición del acto acusado, el cual contiene la decisión de declarar la insubsistencia del nombramiento, sino que por el contrario tal constancia es una obligación de tipo procedimental que



surge con posterioridad al acto mismo. Así las cosas, dado que principalmente se demostró que el cargo ocupado por la demandante señora María Herrera Luna fue desempeñado en provisionalidad, y como quiera que la falta de constancia en la hoja de vida no da lugar a la nulidad del acto, el presente cargo no esta llamado a prosperar.

3. Del escrito de demanda se avizora que se propuso como causal de de nulidad la Desviación de poder, y en sendas páginas se desplegó su concepto de violación, de los cuales se tomará lo relevante habida cuenta que muchos de los argumentos desplegados se tornan repetitivos.

Se propuso esta causal por considerar que el acto se profirió persiguiendo objetivos distintos a lograr el mejoramiento del servicio público, ya que el acto de retiro de la demandante es un castigo por no apoyar políticamente al actual alcalde en su campaña política; y por alegar que la desvinculación obedeció a una persecución política y despidos masivos por parte del alcalde lo cual es violatorio de la ley 78 de 1986 en sus artículos 11 y 12, y numeral 3° de la Ley 136 de 1994.

Sea lo primero indicar que la Ley 78 de 1986 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 tanto el estudio se hará respecto de ésta última.

La Ley 136 de 1994, en su artículo 97 señala 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”*.



Este despacho en pronunciamientos anteriores, concernientes a este tema, ha indicado que no basta con expresar que en el municipio demandado se presentó una situación de despidos masivos sino que es indispensable probar lo dicho, y que por supuesto se desvirtúe la presunción de legalidad de tales actos de despidos, en aplicación del art. 177 del C.P.C. aplicable por remisión del art. 211 del CPACA.

En sub.judice, revisado el acervo probatorio no se encontró prueba fehaciente del hecho alegado. Pues, al respecto es de señalar que el segundo testigo, señor Romano Díaz Gamarra, manifestó en su declaración que él deducía que los motivos que conllevaron al retiro laboral de señora María Herrera Luna fueron políticos, ya que el actual alcalde pertenece al movimiento PIN, mientras que la demandante milita en el partido conservador, y que de igual manera el resto de personas desvinculadas no eran tampoco adeptos a la campaña del Dr. Manuel Gamarra, actual alcalde del municipio Galeras, y que esa deducción esta basada precisamente en el hecho de que fueron retirados del servicio todos aquellos empleados que no apoyaron políticamente al alcalde.

Ciertamente lo expresado por este testigo ilustra una presunta situación de despidos masivos o persecución política, sin embargo su declaración se queda en el ámbito de la esfera subjetiva, ya que son sus apreciaciones personales frente al tema, las cuales son insuficiente para probar certeramente el partido o movimiento político al que pertenecían los empleados desvinculados, por ejemplo. Así mismo, como bien se anotó en párrafos anteriores, el testigo expresó que desconocía el contenido del acto de retiro de la demandante, de lo que infiere sin duda el despacho que el declarante posiblemente era conocedor de una presunta situación que se presentaba en el municipio, pero que en el caso concreto de la señora María Herrera Luna desconocía las causas de su retiro por ello llegó a la conclusión o deducción que era por razones políticas, pero fíjese que nunca se refirió a los argumentos



plasmados por la administración en el acto atacado, por cuanto para la fecha de desvinculación, éste ya no se encontraba laborando, lo que lo imposibilitaba para conocer realmente los argumentos del retiro.

Ahora, atendiendo la presunción de legalidad que caracteriza a los actos administrativos, atinente a que los mismo 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, 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, y 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 el presente caso no se observa que la parte actora a quien corresponde la carga probatoria sobre este aspecto haya desvirtuado dicha presunción.

Ahora, alegó también que existe desviación de poder en la conducta del alcalde del municipio de Galeras, porque desvinculó a la señora María Herrera Luna a pesar de tener conocimiento de que su hijo menor de nombre José Miguel García Herrera padecía una enfermedad denominada Leucemia Lipoide Aguda en la médula ósea, y que además de ello era madre cabeza de familia debido a que su esposo se encontraba sin empleo, por lo que quedó desprotegida y sin seguridad social.

Revisado el expediente, se halló copia de la historia clínica del menor José Miguel García Herrera, la cual da cuenta de su enfermedad de tipo cancerígena. Ahora, se pregunta el despacho si ¿la existencia de la patología ya descrita y padecida por el hijo menor de la demandante da lugar a la nulidad del acto administrativo que la desvinculó del cargo de Profesional Universitario?



Sabido es que un acto administrativo se presume legal y ajustado a derecho hasta que logre demostrar que fue expedido violando preceptos legales y constitucionales. En el asunto, la parte demandante alude que el alcalde actuó con desviación de poder porque conociendo la situación personal y económica de la señora María Herrera Luna, procedió a declararla insubsistente. Empero, de las pruebas aportadas no existe un oficio, documento, memorial, o equivalente que demuestre que el alcalde de la entidad demandada tenía conocimiento de la situación que relata la demandante. El primer testigo, señor Reynaldo Ramírez, alcalde en la administración 2008-2011, manifestó que es médico de Profesión, y que le consta la enfermedad del niño porque incluso él le ordenó sus primeros exámenes, y que el pueblo de Galeras es pequeño de aproximadamente 20.000 habitantes, donde todo se sabe. Nótese que el declarante señaló tener conocimiento de la enfermedad por hechos directos y relacionados con el tema pero nunca manifestó que lo hubiera obtenido porque la empleada dentro del marco de la relación laboral se lo hubiera comunicado. Para el año 2012, se produce el cambio de alcaldes, siendo el nuevo representante legal el señor Manuel Gamarra quien a través de apoderado ha ejercido la defensa del municipio, y manifestó desconocer la situación de calamidad, por así denominarle, que padecía una de sus empleadas.

Ante tal afirmación, se reitera que no hay prueba documental ni testimonial que demuestre lo contrario. Además, la enfermedad del menor no puede considerarse tampoco como un hecho físicamente notorio en la persona de la demandante, es decir, su tratamiento no es igual al de una mujer embarazada que aunque no habiendo comunicado su nuevo estado a su empleador es indiscutible, por sus cambios físicos, no percatarse de ello. Lo anterior, para indicar que no era inevitable que el alcalde de la localidad tuviese conocimiento de lo que acontecía en el interior del hogar de su empleada a menos de que ella se lo comunicara, o se lo hiciera saber a través de permisos



solicitados a la entidad para trasladarse a una ciudad a fin de atender a su hijo en visitas médicas, pero nada de ello obra en el expediente, solo el decir de la demandante quien enfatiza que su nominador tenía conocimiento, sin embargo tal hecho no fue probado si quiera de manera sumaria.

Si bien esta instancia judicial tiene por cierta la existencia de la enfermedad del menor, dado que así se demostró con la historia y evolución clínica aportada, más lo relatado en la declaración del primer testigo, pero ello no es prueba de que el representante legal del municipio de Galeras tuviese conocimiento, habida cuenta que son hechos distintos. Amén, de señalar el despacho que esa situación perse no le da a la demandante una condición de sujeto de especial protección, con la cual tenga una condición laboral reforzada que no amerite que pudiese ser desvinculada del cargo que desempeñaba. Entre otras circunstancias porque no demostró que era madre cabeza de hogar por estar desempleado su esposo y que el alcalde estuviese enterado de dicha situación.

En ese orden de ideas, mal puede declararse la nulidad del acto acusado atendiendo a la causal de violación que aquí propone el demandante como desviación de poder, por no tener en cuenta el principio Constitucional de especial protección de la mujer cabeza de familia, toda vez que no se demostró que ella tuviese esa condición y probado está que el representante del ente demandado al momento de proferir la decisión concretada en la declaratoria de insubsistencia de la señora María Herrera Luna, desconocía la situación familiar de la demandante.

Bajo los argumentos antes expuesto, encuentra el despacho que el Decreto No. 084 de fecha 14 de agosto de 2012, continúa gozando de presunción de legalidad, dado que luego del análisis efectuado se constató que el mismo se ajusta a derecho, toda vez que no se probó que su expedición fuera irregular, su contenido y motivación falsa, insuficiente inexistente, o



desviada sino que por el contrario su conducta estuvo dentro del marco y desarrollo de sus competencias y facultades legales.

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, 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