



## **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

Sincelejo, cinco (05) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Ref.** Simple Nulidad.  
**Radicado N°:** 70-001-33-33-003-2016-00073-00  
**Accionante:** María Bernarda Acosta Jiménez y otros.  
**Demandado:** Decreto 614 del 28 de diciembre de 2015, decreto 148 del 30 de diciembre de 2015 y resolución 614 del 29 de diciembre de 2015, expedida por el Alcalde del municipio de San Marcos- Sucre.

**ASUNTO:** Medida cautelar.

Procede este despacho con la resolución de la Medida cautelar de Suspensión de los efectos de los actos administrativos demandados solicitada por la parte demandante, teniendo en cuenta las siguientes observaciones:

### **1. LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS GENERADOS CON LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

#### **1.1. Antecedentes.**

La Señora María Bernarda Acosta Jiménez y otros, en causa propia y a través del medio de control público de la simple nulidad, pretenden la anulación de los siguientes actos administrativos, expedidos por el entonces alcalde del municipio de San Marcos, Sr. Arnulfo Miguel Ortega López (2012-2015) en razón a la reestructuración de cargos en la Alcaldía de esa municipalidad:

- Decreto 146 del 28 de diciembre de 2015, por medio del cual se adopta la planta de personal de la administración municipal de San Marcos en Sucre.
- Decreto 148 del 30 de diciembre de 2015, por medio de cual se incorporan los servidores públicos de la planta de personal de la administración municipal de San Marcos en Sucre.
- Resolución 614 del 29 de diciembre de 2015, por medio de la cual se distribuyen los cargos de la planta global de la administración central del municipio de San Marcos en Sucre.

- Decreto No. 008 del 04 de enero de 2016, expedido por el Alcalde actual Sr. Bladimir Eduardo Sierra Ochoa, que aclara y hace la corrección al decreto 146 de 2015.

Argumentan que, los actos fueron expedidos irregularmente en razón a que el estudio técnico necesario para la reestructuración de la planta de personal que ellos avalan, presenta vicios contrarios a las normas superiores, más exactamente al artículo 209 constitucional, la ley 1551 de 2012, ley 909 de 2004, ley 617 de 2000, decreto 1227 de 2005, decreto 2539 de 2005, entre otros.

En escrito aparte, los actores solicitaron el decreto de la medida cautelar de “suspensión provisional de los actos administrativos” manifestando que, los actos administrativos fueron expedidos con base en falsa motivación por error de hecho y derecho en sus motivos. Alegan que, en el estudio de viabilidad realizado por la fundación FUNDES, entidad contratada por la Alcaldía de San Marcos para esos fines, aparecen relacionados funcionarios de la entidad que manifestaron no haber participado en la elaboración del documento, por ello, aseguran que el documento no tiene un autor determinado, careciendo de motivos legales para su expedición.

Expresan además que, el acto fue expedido por los funcionarios incompetentes para ello y que el estudio no cuenta con un análisis financiero que justifique la viabilidad de la reestructuración administrativa, que permita determinar si éste proceso excede en el límite de gastos de funcionamiento de la entidad.

## **1.2.El traslado de la medida cautelar.**

El municipio de San Marcos (Sucre) a través de su representante legal, el Sr. Alcalde Bladimir Eduardo Sierra Ochoa, por conducto de apoderado judicial se opuso a la solicitud de la cautela, atendiendo a las siguientes razones:

Sostiene en primera medida que, no se cumplen con los requisitos necesarios para el decreto del instrumento, pues para la misma, es necesario que se haya configurado la violación de las normas invocadas en la demanda; del análisis del acto demandado y la confrontación del mismo con las normas superiores; se tiene que, este requisito no se cumple en el caso bajo estudio pues los actos demandados, fueron expedidos en cumplimiento de la constitución y las leyes. Así mismo, manifiestan que no se evidencia en las pruebas aportadas a la solicitud que exista verdadera contravención a los principios superiores o legales.

Agregan que, de conformidad al artículo 229 del CPACA la solicitud debe estar debidamente sustentada teniendo un apoyo jurídico legal que permita sostener las tesis planteada por el peticionario respecto del porqué de la suspensión del acto y que este requisito no se encuentra satisfecho pues probatoriamente no se ha precisado cuales son los perjuicios colectivos que están produciendo los actos demandados.

Finaliza solicitando la negación de la medida cautelar, pues considera que por las razones anunciadas es improcedente; aunado a lo anterior, los solicitantes no han acreditado la necesidad de la misma.

## 2. LAS CONSIDERACIONES.

### 2.1. Las Medidas cautelares en el ordenamiento jurídico contencioso<sup>1</sup>.

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento jurídico protege, de manera provisional y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso<sup>2</sup>.

Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, se instituyó un amplio y novedoso sistema de medidas cautelares, aplicables en aquellos casos en que se consideren “necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia” (artículo 229).

Los artículos 229 y siguientes del nuevo Estatuto presentan el régimen cautelar del procedimiento contencioso administrativo como un instrumento concreto de la garantía efectiva y material de acceso a la Administración de Justicia que busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción en procura de solucionar una determinada controversia.<sup>3</sup>

Vale la pena resaltar la clasificación de las medidas cautelares contenida en el C.P.A.C.A., la cual se orienta a considerarlas *preventivas*, cuando impiden que se consolide una afectación a un derecho; *conservativas*, si buscan mantener o salvaguardar un *statu quo*; *anticipativas*, de un perjuicio irremediable, por lo que vienen a satisfacer por adelantado la pretensión del demandante; y de *suspensión*, que corresponden a la medida tradicional en el proceso

---

<sup>1</sup> Consideraciones tomadas de: Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección primera. Consejero ponente: María Elizabeth García González. Sentencia del 20 de enero de 2017. Personería municipal de Ibagué Vs Ministerio de vivienda, ciudad y territorio.

<sup>2</sup> Ver ampliación de esta definición en la sentencia C- 379 de 2004, de la Corte Constitucional.

<sup>3</sup> Sobre la finalidad de las medidas cautelares, consultar providencia de 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), en la que se aseveró: “...se busca evitar que la duración del proceso afecte a quien acude a la Jurisdicción, a tal punto que para el momento de obtener una decisión favorable se torne en ilusorio el ejercicio del derecho reconocido, pues al decir de Chiovenda ‘la necesidad de servirse del proceso para conseguir la razón no debe convertirse en daño para quien tiene la razón.’”

contencioso administrativo de privación temporal de los efectos de una decisión administrativa.<sup>4</sup>

En cuanto a los criterios de aplicación que debe seguir el Juez para la adopción de la medida, merece destacarse que aquel cuenta con un amplio margen de discrecionalidad, si se atiende a la redacción de la norma *«podrá decretar las que considere necesarias»*<sup>5</sup>. No obstante, a voces del artículo 229 del C.P.A.C.A., su decisión estará sujeta a lo *«regulado»* en dicho Estatuto, previsión que apunta a un criterio de proporcionalidad, si se armoniza con lo dispuesto en el artículo 231 ídem, según el cual para que la medida sea procedente debe el demandante presentar *«documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla»*. (Resaltado fuera del texto)

Sobre este asunto en particular, la Sala Plena del Consejo de Estado, en providencia de 17 de marzo de 2015 (Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez), señaló:

*«...La doctrina también se ha ocupado de estudiar, en general, los criterios que deben tenerse en cuenta para el decreto de medidas cautelares, los cuales se sintetizan en el **fumus boni iuris** y **periculum in mora**. El primero, o apariencia de buen derecho, se configura cuando el Juez encuentra, luego de una apreciación provisional con base en un conocimiento sumario y juicios de verosimilitud o probabilidad, la **posible existencia de un derecho**. El segundo, o perjuicio de la mora, exige la comprobación de un **daño ante el transcurso del tiempo y la no satisfacción de un derecho**»*<sup>6</sup> (Negrillas fuera del texto).

En esa línea el 13 de mayo de 2015 (Expediente núm. 2015-00022, Consejero ponente: doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa), sostuvo:

*«Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleje la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que **en el escenario de las medidas cautelares**, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, **además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el fumus boni iuris y el periculum in mora, debe proceder a un estudio de ponderación y sus sub principios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad** *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad»*<sup>7</sup> (Negrillas no son del texto).

<sup>4</sup> Artículo 230 del C.P.A.C.A.

<sup>5</sup> Artículo 229 del C.P.A.C.A.

<sup>6</sup> Providencia de 17 de marzo de 2015, Expediente núm. 2014-03799, Consejera ponente: doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

<sup>7</sup> Sobre la aplicación de la proporcionalidad, la misma providencia indicó: “(...) Se ha sostenido en anteriores ocasiones:

Así pues, conforme a la Jurisprudencia del alto tribunal, en el examen de procedibilidad de la medida solicitada, deberá verificarse la concurrencia de los elementos tradicionales que ameritan la imposición de la cautela, a saber: (i) *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, (ii) *periculum in mora*, o perjuicio de la mora, y, (iii) la ponderación de intereses.

## 2.2. La suspensión de los efectos generados por los actos administrativos<sup>8</sup>:

Conforme con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

Ahora bien, el Código estableció que la medida de *suspensión* de actuaciones administrativas solo se deberá acoger cuando se considere que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

El CPACA<sup>9</sup> define un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en acciones de nulidad simple como de nulidad y restablecimiento del

---

(...)

Allí donde el Juez Administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad'

En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva a sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos ... El propio artículo 231 del C.P.A.C.A. da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4, literales a) y b), cuando prescribe como exigencia: 'Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios."

<sup>8</sup> Consideraciones tomadas de: Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección primera. Sentencia del 6 de febrero de 2017, Consejero ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio. Terminal especializado de contenedores de Buenaventura S.A.S. Tecsá S.A.S. Vs. Superintendencia de puertos y transporte

<sup>9</sup> Inciso primero del Artículo 231 del CPACA.

derecho- y define de forma general los requerimientos que debe hacer el Juez en los demás eventos. En efecto el inciso primero del Artículo 231 del CPACA, ordena:

*“Artículo 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.*

En este sentido se observa que, para que se decrete la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo resulta necesario que del análisis realizado por el Juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

Esta regulación especial de la suspensión provisional no puede significar que en los juicios de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho únicamente resulte procedente esta medida cautelar. Dado el principio general sentado por el Código<sup>10</sup> respecto de la posibilidad de decretar las medidas que mejor se ajusten a las particularidades del caso cuando quiera que se cumplan los requisitos previstos para ello se impone entender que la suspensión provisional de un acto administrativo puede verse acompañada de otras medidas previas: sería el caso, por ejemplo, de una de tipo suspensivo de actuación si se está, por hipótesis, frente a la solicitud de suspensión de la licencia ambiental para la construcción de una obra, cuya paralización podrá también requerirse; o de tipo anticipativo si se está, por ejemplo, frente a una reclamación contra un acto que deniega el reconocimiento de un derecho, cuya suspensión se solicita, y se acompaña del pedido de anticipación de reconocimiento provisional del derecho.

### 3. CASO CONCRETO.

En mérito del caso objeto de estudio se procederá por un lado, con el estudio particular de los requisitos específicos que frente a lo solicitado contempla el CPACA, en su artículo 231<sup>11</sup> y por otro lado, de la pertinencia, idoneidad y necesidad de la medida como componentes genéricos de su decreto, en el evento de que proceda su suspensión.

---

<sup>10</sup> Artículo 229 del CPACA.

<sup>11</sup> **Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares.** Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

Establece el artículo 231 de la ley 1437 de 2011 que, en los eventos en donde se pretenda la anulación de actos administrativos, podrá decretarse la suspensión provisional de sus efectos, siempre que se configuren los siguientes requisitos:

1. La violación debe surgir del cotejo de los actos demandados y la norma superior invocada por el solicitante como vulnerada con la expedición del mismo.
2. O puede surgir, por el estudio de las pruebas allegadas al expediente.

Importante resulta destacar en primera medida, que en uno u otro caso, la vulneración debe ser flagrante y manifiesta; es decir, notoria a simple vista sin necesidad de otra prueba semejante o diferente que las ya allegadas; y que en segundo lugar, el decreto de la misma no implica en ningún caso prejuzgamiento.

La actora, pretende la anulación de los actos administrativos expedidos por los alcaldes del municipio de San Marcos, con ocasión a la reestructuración de la planta de personal de esa entidad, pues estima que este proceso fue realizado en vulneración de las normas generales que regulan la materia, y que en consecuencia los actos adolecen de vicios que acarrearán su nulidad ante esta instancia.

Las Reformas de plantas de personal en el ordenamiento jurídico administrativo colombiano, encuentran su fundamentación en el artículo 46 de la ley 909 de 2004, modificado por el artículo 228 del decreto nacional 019 de 2012 y en los artículos 95 al 97 del decreto reglamentario 1227 de 2005; establece la ley 909:

*“Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP.*

*El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.*

*Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.”*

De la ley en mención se extrae los requisitos o elementos que integran la reestructuración de las plantas de personal en los entes territoriales, los cuales son i) La motivación del acto, ii) El origen de la reestructuración debe ser, la necesidad en la prestación eficiente del

servicio o en la modernización administrativa del ente, iii) Existencia del estudio técnico que justifique la reestructuración, iv) el estudio debe ser elaborado por entidades especializadas en la materia, pero siempre bajo las directrices de la ESAP.

De conformidad con el parágrafo primero del artículo 71 de la ley 136 de 1994, le corresponde al Alcalde municipal la presentación de las iniciativas tendientes a darle cumplimiento al numeral 6 del artículo 313 de la Constitución política, que establece la competencia de los consejos municipales para la determinación o modificación de la estructura de la administración municipal y sus respectivas dependencias; siendo un requisito indispensable la expedición del acuerdo municipal que le conceda facultades al representante legal del municipio para modificarla.

Relacionado lo anterior, no se encuentra que los actos administrativos demandados hayan sido expedidos por autoridad incompetente como lo alega el demandante, pues la competencia residía exclusivamente en el jefe de esa municipalidad. A folio 103 del expediente, se tiene que a través del acuerdo 011 del 27 de diciembre de 2015, fue el mismo consejo del municipio de San Marcos, quien le concedió al alcalde las prerrogativas para darle inicio al proceso de reestructuración de la entidad.

Ahora bien, una vez otorgadas las facultades para darle inicio al proceso que modificaría la planta de cargos en la entidad, lo siguiente correspondía en determinar si existía efectivamente la necesidad en la prestación eficiente del servicio o en la modernización del ente, para lo cual era necesario el respectivo estudio técnico que justificara la reestructuración.

Obsérvese que el artículo 46 de la ley 909 modificado, es claro al establecer que si bien el estudio puede ser realizado por la Escuela superior de administración pública, también puede ser realizado por cualquier otra entidad especializada en el tema, teniendo como base los lineamientos dados por la primera. Este requisito queda constatado a folio 32 en donde se deja constancia del contrato suscrito con la Fundación para el desarrollo, equidad y sostenibilidad- FUNDES, para esos fines; así mismo, a folio 37-38 la entidad expresa el porqué de la contratación con la fundación, siendo concisa en manifestar que si se tuvo la intención de agotar el requisito ante la ESAP, pero ante la baja capacidad institucional de ese ente para atender a los municipios en este tipo de acompañamientos técnicos, no se pudo.

Estima la actora que frente a este mismo punto, los actos demandados vulneran el artículo 5 de la Ley 1551 de 2012, que establece que *“(...) los municipios contarán con el apoyo de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP - en la identificación de necesidades y en la determinación de buenas prácticas administrativas”* y que en *“Los municipios de 5 y 6*



*categoría contarán con el acompañamiento gratuito de la ESAP en la elaboración de los estudios y análisis a los que se refiere el artículo 46 de la Ley 909, cuando los municipios así lo requieran”.*

La presunta vulneración a la norma, queda superada con lo expuesto anteriormente. La ley 1551 de 2012, al igual que la ley 909, es clara en instituir que los municipios de 5 y 6 categoría *contarán con el apoyo de la ESAP en la elaboración de los análisis*; la norma expresa libre elección del municipio en la elección de la ESAP como entidad que de forma propia elabore el análisis o en la elección de otro ente especializado, pero en todo caso, siempre contando con el apoyo metodológico de la primera. Más allá de establecer una obligación para los municipios, la norma prescribe el respaldo de la ESAP, como una forma de colaboración entre entidades del Estado en la búsqueda de la coordinación y el alcance de los principios de la administración.

Por otro lado, en el caso en concreto, el estudio técnico se realizó, teniendo en cuenta las recomendaciones realizadas por las autoridades competentes en la materia. Ese estudio debe cumplir con los siguientes aspectos<sup>12</sup>, así:

- Elaboración de un análisis financiero: cuyo indicativo deberá recaudar información sobre gastos, ingresos y atención a la deuda con base a los indicadores de gastos de funcionamiento, teniendo en cuenta lo establecido en la ley 617 de 2000 y los indicadores de solvencia y sostenibilidad para la adquisición de la deuda, establecidos en la ley 358 de 1997 y en 809 de 2003.<sup>13</sup>
- Elaboración del análisis externo: basado en los aspectos políticos- administrativos, económicos, sociales, ambientales y tecnológicos<sup>14</sup>.
- Elaboración del análisis de capacidad institucional: para determinar el objeto de mejora de la gestión en la entidad.<sup>15</sup>
- Elaboración de análisis de procesos administrativos<sup>16</sup>.
- La definición de la estructura interna<sup>17</sup>.

Elementos que se encuentran acreditados en el estudio técnico que se adjunta al Sublite.

---

<sup>12</sup> Guía de rediseño institucional para entidades públicas en el orden territorial. Versión 01 de noviembre de 2015. Elaborada por el departamento administrativo de la función pública. Disponible en internet: <http://www.funcionpublica.gov.co/documents/418537/506911/GuaRedise%C3%B1oInstitucionalEntidadesPublicasOrdenTerritorial/9ec50872-cd62-4893-aead-dd858417567d>

<sup>13</sup> Folio 222-237.

<sup>14</sup> F. 190-221

<sup>15</sup> F. 238-262

<sup>16</sup> F. 263-281

<sup>17</sup> F. 282-298

En otra arista, aduce la solicitante que también se ven conculcados los artículos 95, 96, y 97 del decreto reglamentario 1227 de 2005. Establece el artículo 95 de la norma en mención que:

***Artículo 95.*** *Las reformas de las plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren.*

*Parágrafo. Toda modificación a las plantas de empleos, de las estructuras y de los estatutos de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional deberán contar con el concepto técnico favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.*

Tal como se ha dicho reiterativamente, el municipio de San Marcos basó la restructuración de su planta administrativa en el estudio técnico elaborado por la entidad especializada siguiendo con las directrices metodológicas de la ESAP, que arrojó como resultado la necesidad del proceso atendiendo el mejoramiento en la prestación del servicio; así mismo se expidió un acto administrativo motivado en razón a los fundamentos fácticos y jurídicos pertinentes.

Sin embargo, como lo menciona la norma, la modificación debe contar con el concepto técnico del departamento administrativo de la función pública, el mismo que en este estadio del proceso es de difícil demostración, pues aún no se ha aportado el concepto técnico del DAFP.

Es de recordarle a la parte solicitante del instrumento, las cargas procesales que acarrea acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con el artículo 103 del CPACA y 167 del CGP, este último que reza el deber de demostrar los supuestos de hecho de las normas aplicables; así mismo, que uno de los requisitos para decretar la medida cautelar, es que aparezca de manifiesto en el acto o de las pruebas recaudadas la infracción a la norma superior, sin necesidad de prueba adicional.

El artículo 96, instituye que:

***Artículo 96.*** *Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:*

*96.1. Fusión, supresión o escisión de entidades.*

*96.2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*

*96.3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*

*96.4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*

*96.5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*

*96.6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*

*96.7. Introducción de cambios tecnológicos.*

*96.8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*

*96.9. Racionalización del gasto público.*

*96.10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

*Parágrafo 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.*

*Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.*

La norma citada lejos de encontrarse vulnerada, haya su cumplimiento en el procedimiento adelantado por la entidad para los fines ya descritos. Precisamente fue con ocasión al mejoramiento en la prestación del servicio y en la modernización de la entidad, que el municipio procede con la contratación de la fundación FUNDES, para la elaboración del estudio técnico. Este último documento, sugiere la creación de nuevos empleos y la supresión de otros, modificando la planta de 65 cargos a 80 cargos; nótese que la causa principal, es la creación de dependencias nuevas en el nivel directivo de la entidad, atendiendo a que las condiciones externas asociadas al factor social, tecnológico, etc., del municipio habían cambiado y era ahora de la creación de las dependencias. Así mismo, se redistribuyen las cargas de trabajo, se realizan cambios para el mejoramiento en la ejecución de los procesos, etc.

Ahora bien, en lo que respecta a la presunta vulneración de la ley 617 de 2000, en lo que tiene que ver con los gastos de funcionamiento, la norma expresa:

**ARTICULO 6o.** Valor máximo de los gastos de funcionamiento de los distritos y municipios. Durante cada vigencia fiscal los gastos de funcionamiento de los distritos y municipios no podrán superar como proporción de sus ingresos corrientes de libre destinación, los siguientes límites:

| <i>Categoría</i>              | <i>Límite</i> |
|-------------------------------|---------------|
| <i>Especial</i>               | <i>50%</i>    |
| <i>Primera</i>                | <i>65%</i>    |
| <i>Segunda y tercera</i>      | <i>70%</i>    |
| <i>Cuarta, quinta y sexta</i> | <i>80%</i>    |

Para determinar el indicador de acuerdo con la ley 617 (GF/ICLD) y en consecuencia el límite del gasto teniendo en cuenta el mismo indicador, este despacho tendría que contar por un lado, con el valor de la ejecución de los conceptos que integran ICLD del municipio de San Marcos, con el fin de calcular su valor neto; y por otro lado, con las descripciones y valores de las cuentas que integran los gastos de funcionamiento de esa misma entidad. Sólo con el conocimiento de esos valores, es posible determinar si existe un resultado negativo o positivo en el límite del gasto; esos datos no se encuentran allegados al expediente, por lo tanto no es posible su verificación.

El estudio técnico elaborado, avala la reestructuración de la entidad teniendo en cuenta los factores financieros y en todo caso realiza recomendaciones pertinentes y prudentes en el marco de la vigencia fiscal en el que fue elaborado.

**4. CONCLUSIÓN:**

En este momento del proceso no se advierte una contradicción entre las normas confrontadas, ni tampoco se acredita la urgencia de adoptar la medida cautelar solicitada, razones más que suficientes para denegarla con la advertencia que esto no es óbice para que continúe el trámite del proceso y mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se examine el contenido de los actos acusados.

En mérito de lo expuesto, **SE DECIDE:**

**PRIMERO:** Niéguese la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, según lo considerado.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, sígase con el trámite de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS**  
**JUEZ**