



República de Colombia
Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito
Sincelejo - Sucre

Carrera 18 N° 20 – 34, tercer piso, Edif. Guerra. Teléfono 2825355

Sincelejo, doce (12) de agosto de dos mil trece (2013)

SENTENCIA N° 0037 DE 2013

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: **70-001-33-33-009-2012-00106**
DEMANDANTE: **LUIS FERNANDO DÍAZ VILLACOB**
DEMANDADO: **MUNICIPIO DE GALERAS**

Tema: Insubsistencia-falsa motivación del acto

1. ASUNTO A TRATAR

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a dictar sentencia del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Y DEL DERECHO, interpuesto por LUIS FERNANDO DÍAZ VILLACOB en contra del MUNICIPIO DE GALERAS, de conformidad con el artículo 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

2. ANTECEDENTES.

2.1 BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA.

El actor deprecia la nulidad del Decreto N° 067 del 07 de junio de 2012 “Por medio de la cual se declara terminado un nombramiento en provisionalidad, expedido por el Alcalde del Municipio de Galeras-Sucre; Que como consecuencia de lo anterior se restablezca el derecho del actor, quien deberá ser reintegrada al cargo que venía desempeñando o a uno de igual, similar o de superior categoría y remuneración.

Que se ordene a título de indemnización, el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir.

Que se declare que no existió solución de continuidad de la relación de empleo público en todo el tiempo que estuvo separado del servicio, y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el art. 192 del CPACA.

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

Fundamenta lo pretendido en los siguientes hechos:

1. El señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILLACOB, estuvo vinculado al Municipio de Galeras (Sucre) a través de Ordenes de Prestación de Servicios desde el día 3 de Enero de 2005 hasta el 18 de Febrero de 2011, para desempeñar las funciones de Fortalecimiento del Desarrollo Institucional del Municipio de Galeras, consistente en el servicio de asistencia Técnica Agropecuaria.

2. Posteriormente el actor fue nombrado en Provisionalidad para desempeñar el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 219 Grado 01, Mediante el Decreto N° 031 del 18 de febrero de 2011, del que tomo posesión el día 21 de febrero del mismo año.

3. El día 8 de Junio de 2012, el demandante fue notificado que mediante el Decreto 067 del 07 de Junio de 2012, queda por terminado su nombramiento en provisionalidad, del cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 219 Grado 01, que venía desempeñando.

4. El acto administrativo (Decreto N° 067 del 07 de Junio de 2012) mediante el cual retiran del servicio al demandante no fue motivado (fue insuficientemente motivado), toda vez que solo se plasma en los considerandos una serie de jurisprudencias y cita de normas, pero en ninguna parte de este acto administrativo establece que las razones del retiro fueron por mejorar el servicio público, pues no explica de manera clara, detallada y



precisa en él, las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario nombrado en provisionalidad, que tenía aproximadamente Siete años de venir desempeñando las mismas funciones del cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 219 Grado 01, adscrito a la Secretaria de Planeación y Obras Publica del Municipio de Galeras, lo cual va en contravía de lo que dispone la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010.

5. El señor Alcalde falta a la verdad cuando dice en el acto administrativo de retiro, que el señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILLACOB debía estar informado del reporte de la crisis sanitaria que hace el INVIMA, y que en razón de sus funciones debía estar enterado que el matadero estaba al borde del cierre. Desconoce el señor Alcalde que estas funciones no corresponden al cargo del actor sino al mismo Alcalde y a la Secretaria de Salud Municipal.

6. El demandante al momento de su retiro percibía una remuneración mensual de (\$1.312.500.00), más las prestaciones sociales y otros emolumentos.

7. Al igual el demandante, el señor Alcalde del Municipio de Galeras (Sucre) retiro del servicio a través de la terminación del nombramiento en provisionalidad, de varios funcionarios que se venían desempeñando en cargos con nombramientos provisionales, lo cual constituye un despido masivo (Ley 78/86).

8. La administración del MUNICIPIO DE GALERAS (Sucre) no dejo constancia en la hoja de vida del señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILLACOB, sobre los hechos que le sirvieron de causa para poder declarar la insubsistencia tal como lo ordena el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada dejó vencer en silencio el término de traslado concedido para la contestación de la demanda.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1 AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda¹, notificadas las partes², se procedió a realizar audiencia inicial el 28 de mayo de 2013³, previa convocatoria mediante auto.⁴

En dicha audiencia, se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio concluyéndose que el punto central de la Litis es el de determinar si el acto administrativo contenido en el decreto No. 067 del 07 de junio 2012, por medio del cual se declara terminado el nombramiento en provisionalidad del actor, requería de motivación o no, o si por el contrario este se ajustó a derecho.

Se realizó la etapa de conciliación la cual fue declarada fallida por no existir ánimo conciliatorio entre las partes.

Se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se fijó fecha para audiencia de pruebas para el día 27 de junio de 2013 a las 9:00 a.m.

3.2 AUDIENCIA DE PRUEBAS

Posteriormente se realizó audiencia de pruebas el día señalado, sin que se pudieran recaudar en su totalidad las pruebas decretadas, por lo que se recibieron los testimonios de los señores ROMANO ALBERTO DÍAZ GAMARRA (Minuto 13:18), MARÍA JOSEFA HERRERA LUNA (Minuto 35:27) y ERLINDA LEONOR GAMARRA SUAREZ (Minuto 53:18).⁵

Se suspendió la diligencia para ser reanudada a las 11:10 a.m., de la mañana, en la cual se recaudaron las pruebas faltantes.⁶

Por último, se ordenó mediante auto dentro de la audiencia de pruebas, la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

3.3 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por último a folio 170 del expediente, se observa nota secretarial en la que se indica que empieza a correr el término del traslado para alegatos de las partes,

¹ Auto de 06 de diciembre de 2012. (Fol. 86)

² Folios 91 a 95

³ Folios 103 a 104, medio magnético a folio 110

⁴ Auto de 25 de abril de 2013. (Fol. 98)

⁵ Folio 114 a 115, medio magnético a folio 169

⁶ Folio 147, medio magnético a folio 169



para que los presenten por escrito dentro del término de 10 días, Dicho traslado venció el día 15 de julio de 2013.

Expresó que la presente demanda es inepta sustantivamente, pues los argumentos del actor son incongruentes al manifestar que el acto administrativo acusado no está motivado o esta insuficientemente motivado y después culmina con que esta falsamente motivado, al respecto manifiesta la demandada que si el acto no está motivado no puede estar a la vez insuficientemente motivado pues la motivación no se mide por cantidades sino por expresiones es decir lo que se diga en los considerando y si el acto no está motivado mal puede estar falsamente motivado, en ese mismo sentido alega que para que haya falsa motivación debe existir una motivación por lo tanto la demanda es inepta sustantivamente, más aun cuando invoca como violado el art. 26 del Decreto 2400 de 1968 el cual no es aplicable a las insubsistencia de nombramientos en provisionalidad.

Por otro lado, referente a los testimonios aduce que la persecución política de que habla el demandante en el libelo introductor y que pretende hacer valer a través de unos testimonios, son confesiones que conllevan a la tacha implícita de los testigos, toda vez que todos los declarantes afirmaron ser adversarios y contradictores políticos del alcalde, así mismo manifiesta que existe un fraude procesal por parte de los testigos pues todos mienten pues al manifestar que el actor no tuvo vínculo con el matadero Municipal, por lo tanto estos buscan a error al juez dentro del proceso.

La parte demandante presento de manera extemporánea sus alegatos de conclusión, por lo que no se tendrá en cuenta lo manifestado dentro de los mismos.

El Ministerio Público no emitió concepto alguno.

4. CONSIDERACIONES

4.1 PROBLEMA JURÍDICO

Dentro del presente caso, como se observó, al momento de la fijación del litigio se estimó punto central de la Litis el de determinar si el acto administrativo

contenido en el decreto No. 067 del 07 de junio 2012, por medio del cual se declara terminado el nombramiento en provisionalidad del actor, requería de motivación o no, o si por el contrario este se ajustó a derecho. Aunado también es pertinente entrar a verificar si en caso de haber sido motivado, esta motivación estuvo basada en hechos reales.

4.2 TESIS QUE MANTENDRÁ EL DESPACHO

Para el Despacho resulta claro que el acto administrativo por medio del cual se desvinculó al demandante fue motivado, atendiendo a que su cargo era de carrera, estando en provisionalidad, pero las motivaciones dadas en el mismo no concuerdan con la realidad laboral del actor, por lo que dadas las condiciones están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, por los argumentos que a continuación se exponen:

4.3 FUNDAMENTOS NORMATIVOS

4.3.1 LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LA PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS PÚBLICOS.

La Constitución Política en su artículo 125, estatuye la carrera administrativa de los servidores públicos, determinando, las clases de empleos públicos, siendo la regla, los empleos de carrera, exceptuándose los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Expresa que la forma de nombramiento será por concurso público, y el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Por último el retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

La ley 909 de 2004, que regula la carrera administrativa, en su artículo 1 establece:



De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

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

El artículo 5 de la precitada ley, en desarrollo del artículo constitucional también citada, clasificó los empleos públicos de la siguiente forma:

ARTÍCULO 5o. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

- 1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de 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 unos de los siguientes criterios:*
 - a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:*

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

- 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 siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:*

(...)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

- 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.*

El título cuarto de la ley 909 de 2004, establece la forma de ingreso y ascenso al empleo público, es así como el artículo 23 determina las clases de nombramientos en ordinarios, en periodo de prueba y en ascenso.

Los cargos de libre nombramiento y remoción se consideran su nombramiento como ordinario, y se hará de acuerdo a los requisitos del cargo y el procedimiento establecido en la ley.

Por su parte el nombramiento en carrera podrá ser en periodo de prueba y en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de la ley en cita.

4.3.2 EL NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD Y EL DEBER DE MOTIVAR EL ACTO DE RETIRO.

El artículo 24 de la ley 909 de 2004, establece la posibilidad del encargo de los cargos vacantes mientras se surte el proceso de selección, de los empleados que se encuentren en carrera administrativa y cumplen con los requisitos para encargarlo.

Por su parte el artículo 25 establece la posibilidad que en caso de no existir empleado de carrera con los perfiles del cargo a proveer temporalmente, serán provistos en forma provisional por el tiempo que dure aquellas situaciones.

Por último el artículo 41 nos habla de las causales de retiro del servicio de los empleados públicos:

Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

(...)

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.



Es claro que para efectos del retiro de un empleado que se encuentre en un cargo de carrera deber ser motivado, independiente de que el mismo se encuentre como consecuencia de un concurso de mérito o se encuentre en provisionalidad mientras se surte el nombramiento de la persona que haya ganado el concurso.

La ley 909 de 2004, en lo atinente a la presente situación fue reglamentada por el decreto 1227 de 2005, quien en sus artículos 7, 8, 9 y 10, consagran lo siguiente:

Artículo 7°. Modificado por el Decreto 1894 de 2012. *La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:*

7.1 Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2 Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3 Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.4 Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

Parágrafo 1°. *Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.*

Parágrafo 2°. *Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.*

Artículo 8°. *Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.

Parágrafo Transitorio. Modificado por el Decreto 3820 de 2005 y el Decreto 4968 de 2007. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.



En lo atinente a la motivación de los actos de insubsistencia, en vigencia de la Ley 909 de 2004, el Consejo de Estado⁷ ha manifestado:

*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, (...)***

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

Por su parte la Corte Constitucional, en sentencia SU-917 de 2010, estableció el parámetro para determinar la forma en que deben ser motivados dichos actos:

b.- Contenido de la motivación

Un aspecto de particular importancia en esta materia es el referente a cuáles son las razones que puede invocar el nominador para desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad, tema del que también se ha ocupado la jurisprudencia constitucional.

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado"⁹. En otras palabras, de acuerdo

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

⁸ Cita de la sentencia transcrita: "La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas."

⁹ "Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: 'Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al

con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión"¹⁰.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"¹¹.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa¹² o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, "la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados"¹³.

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente- facultad discrecional, o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular"¹⁴, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario¹⁵. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias¹⁶. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen "explícitas" en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para

debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa".

¹⁰ Citado: "Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras."

¹¹ Cita de la Sentencia: "Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007."

¹² Citado: "CP., Artículo 209.- 'La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley'".

¹³ Cita exacta: "Tomás Ramón Fernández, 'De la arbitrariedad de la administración' Madrid, Civitas, p.1994, p.162"

¹⁴ "Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009."

¹⁵ Citado: "Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras."

¹⁶ "Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras."



ejercer el control a la actividad de la administración¹⁷, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos.

Con lo anterior queda claro que el nombramiento de un empleado de carácter provisional tiene un procedimiento especial, supeditado en primera medida, al encargo del personal que se encuentre en carrera y cumpla con los requisitos del cargo vacante y segundo, en caso de no existir el empleado de carrera a encargar, realizar el procedimiento establecido para el nombramiento previo autorización de la Comisión Nacional de Servicio Civil. Por su parte el retiro debe ser motivado, sin que esto implique equiparar los empleados provisionales a los que se encuentren en carrera, por encontrarse en una situación administrativa diferente, solo se debe tener en cuenta razones claras, detalladas y precisas, ajustadas a la realidad, teniendo como fundamento la normatividad vigente.

4.3.3 LA DESVIACIÓN DE PODER POR MOTIVOS POLÍTICOS. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS APORTADAS.

Con respecto a la desviación de poder en las declaratorias de insubsistencia de empleados provisionales, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente en sentencia reciente¹⁸:

3). De la desviación de poder y mejoramiento del servicio público.

La desviación de poder consiste en que determinada atribución de que está investida una autoridad, se ejerce no para obtener el fin que la Ley persigue y quiere, sino otro distinto. El acto por el cual el nominador retira del servicio a un funcionario reviste de presunción de legalidad, siendo deber del particular desvirtuarla, en el sentido de comprobar que con su retiro el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, que por tal razón se desmejoró el buen servicio; ya que quien afirme que en su expedición concurrieron razones distintas, está obligado a incorporar la prueba que así lo demuestre.

En este sentido, se advierte que la aseveración del actor en torno a la supuesta desviación de poder, impone trascender la órbita de lo objetivo y formal del acto acusado, para trasladarse a la estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del vicio de nulidad, que debe aparecer acreditado fehacientemente; ello es, que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado

¹⁷ Pie de página del texto transcrito: "En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el 'contexto de descubrimiento' y el 'contexto de justificación', al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, 'Las razones del Derecho'. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellan y Alfonso García Figueroa, 'La Argumentación en el Derecho'. Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Portela, 'Argumentación y sentencia'. En: Revista DOXA 21, 1998."

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 26 de abril de 2012. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación: 68001-23-31-000-2001-02484-02(2587-11)

por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.

En otras palabras, demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión.

En efecto, al respecto esta Corporación ha expresado¹⁹:

"...

La reiterada jurisprudencia de esta Corporación sostiene que el acto administrativo por medio del cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado público se presume expedido en aras del buen servicio público. Cuando se impugna un acto de esta naturaleza, alegando que en su expedición no mediaron tales postulados, es indispensable para desvirtuar la aludida presunción aducir y allegar la prueba que la infirme. Es decir, se deben concretar y probar los motivos distintos a la buena marcha de la administración que determinaron la expedición del acto de insubsistencia; de lo contrario se llegaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible toda vez que, por disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso.

..."

(Se subraya).

Como la parte demandante en el recurso de apelación aduce que la entidad demandada actuó con desviación de poder ya que la desvinculación del actor obedeció a móviles políticos por presión que ejerció el Gobernador del Departamento de la época - año 2001 -, cuya causal de nulidad se probó con los testimonios rendidos dentro del proceso.

Señalado lo anterior, la Sala entrará a realizar un estudio de la prueba testimonial, para luego, de conformidad con las mismas, establecer si en el presente caso se configuró o no el vicio en mención.

Con el fin de probar este hecho se recibieron los testimonios de Gloria Amparo Rodríguez (fls. 219 a 2219) e Hilda María Camacho (fls. 223 y 224) y (fls. 77 a 84), quienes se enteraron de los hechos por boca de la demandante o de otras personas, por lo que su testimonio deviene en lo que la Jurisprudencia ha denominado "de oídas", sin que pueda tener valor probatorio porque no indican la ciencia de su dicho, y mucho menos las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron conocimiento de los hechos. En estas condiciones el cargo no puede prosperar, con este medio probatorio.

El libelista con el fin de probar este aspecto de la litis, pidió los siguientes testimonios de Gloria Amparo Rodríguez, quien con relación a la declaratoria de insubsistencia del actor, sostuvo que la Gerente del ente demandado en reiteradas oportunidades le manifestó que " ... el Gobernador ejercía mucha presión según lo que ella me decía ..." (fls. 219 a 221) (Se subraya).

Hilda María Camacho, sostuvo sobre los motivos de la declaratoria de insubsistencia del actor obedecieron a "Los cambios políticos del momento considero porque al poco tiempo de la ida del doctor JORGE LEON anterior Gerente se sucede la solicitud de la renuncia al doctor Chacón" (fls. 223 y 224) (Se subraya).

¹⁹ Citado en la sentencia: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, sentencia de 15 de mayo de 2008, Radicación No.:25000-23-25-000-2003-04220-01(4858-05), Actora: Alba Stella Gamboa Bolívar."



Esta situación impide encontrar desvirtuada la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, toda vez que la prueba testimonial no puede valorarse en forma acelerada o irreflexiva, sino que deben tenerse en cuenta presupuestos esenciales como la imparcialidad, el conocimiento pleno del tema de la cual dan fe, la razón de su dicho, la coherencia de sus afirmaciones, entre otros aspectos, que permitan analizar el caso concreto con objetividad y criterio de razonabilidad.

Advierte la Sala que en el caso en cuestión, no se configuró el vicio de desviación de poder alegado por el accionante, habida cuenta que los señalamientos del mismo, relativos a que el acto censurado obedeció a móviles políticos, no pasaron de ser meras afirmaciones que carecen de soporte probatorio, y por lo tanto no cuentan con la entidad suficiente para estructurar el señalado vicio, que invalide la actuación reprochada; toda vez, que de la apreciación del recaudo probatorio, lo único que se evidencia es la manifestación subjetiva de las declarantes basada en presunciones, una, y consideraciones personales, la otra; pero en modo alguno se acreditó que tal circunstancia fuera el hecho determinante que conllevó a que el nominador tomara la determinación de declarar la insubsistencia del nombramiento del accionante.

Con lo anterior, se tiene entonces que al actor, no obstante asistirle la carga de la prueba, no demostró fehacientemente que el acto objeto de acusación se inspiró en razones ajenas o distintas al fin señalado por el Legislador que permitieran establecer la presencia de desviación de poder en su expedición.

Con la cita extensa, se concluye que los actos administrativos tiene presunción de legalidad, la cual debe ser desvirtuada por quien alega una motivación diferente a la consignada en los mismos, es así como en el caso de la desviación de poder, le corresponde al demandante probar que existieron razones ajenas a las expuestas en el acto acusado y que las pruebas aportadas lleven a la convicción plena y fehaciente que los verdaderos motivos se alejan de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.

4.3.4 INFRACCIÓN DE LA LEY POR DESPIDOS MASIVOS.

La ley 136 de 1994, en su artículo 97, numeral 3, establece la prohibición de los alcaldes de decretar por motivos políticos, actos de proscripción o persecución contra personas o corporaciones, o decretar insubsistencias masivas, limitando los retiros masivos de personal solamente 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.

Por su parte con respecto a los despidos masivos el Consejo de Estado ha expresado:

De otra parte la libelista alega desviación de poder, pues en su sentir, la declaratoria de insubsistencia de once empleados en una misma fecha (fls.11 y 26 a 35), incluida la suya, se traduce en un despido masivo de cara a la planta de personal de la Fiscalía con sede en Montería. Sin embargo, es de advertir que en el expediente no obra la prueba que acredite la estructura de la planta de personal que invoca la accionante. Sólo aparece la Resolución No 003 de 1995 (fls.96 y 97), de

la Fiscalía General de la Nación, "Por medio de la cual se hace redistribución interna del personal que labora en esta seccional."

Ahora bien, de acuerdo con lo predicado por esta Sala en casos análogos, la expresión "despidos masivos" no puede definirse ni aplicarse mecánicamente. A este respecto conviene acudir a lo afirmado por la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia del 14 de junio de 1994, Exp. 6782, M.P. Dr. Diego Younes Moreno. Se dijo así en la providencia:

"Para la Sala, el proceder del Tribunal no le merece reparo alguno, toda vez que la locución "insubsistencias masivas" es un concepto jurídico indeterminado, susceptible de fijación o delimitación, en cada caso concreto, mediante una adecuada interpretación con la ayuda no solo de la experiencia sino también de los métodos de hermenéutica."

También se deduce de esta sentencia que para llegar a la conclusión de que se ha configurado un retiro masivo es preciso establecer no solamente la proporción que se da entre el número de cargos dependientes del nominador y el de las insubsistencias censuradas, sino además, que el retiro del respectivo demandante obedeció a móviles extraños a las necesidades del servicio. Al efecto se dijo en la comentada sentencia:

"Si bien el Decreto 292 de 27 de junio de 1990 comprende 17 insubsistencias, no se pidió el número de empleados sobre los cuales ejerce el alcalde de Pereira su facultad nominadora para examinar su impacto en términos proporcionales.

"Las anteriores probanzas, aunadas a la circunstancias (sic) de que no se acreditó cual (sic) era la cantidad de cargos cuyo nombramiento y remoción dependían del Alcalde Municipal de Pereira, permite deducir que no solo no se demostró que las insubsistencias, entre las cuales se encontraba la de la actora, fueron masivas, sino que, y esto es lo más importante, tampoco se probó que la de ésta hubiese tenido como causa una actitud de "innoble e ilícita persecución política", como textualmente se afirmó en la demanda y se reitera en el escrito de apelación."

*De acuerdo con esta postura jurisprudencial, para catalogar de masivo un retiro de funcionarios o empleados ha de atenderse simultáneamente tanto a lo cuantitativo como a lo cualitativo del hecho, es decir, se debe **establecer** la proporción resultante de la comparación entre el universo de cargos dependientes del nominador y la cantidad de insubsistencias, al propio tiempo que los motivos o fines que animaron a éste a retirar del servicio a los respectivos funcionarios o empleados.*

Como bien se puede apreciar, aunque en el presente asunto se desconoce el número total de empleos dependientes del Fiscal General de la Nación, dada la magnitud del ente demandado fácil es concluir que la proporción resultante entre el número probable de tales empleos y las once insubsistencias es irrelevante en términos cuantitativos. Asimismo, en el plano cualitativo se observa que la demandante no acreditó los móviles extraños a las necesidades del servicio, que según ella, provocaron el acto de insubsistencia que hoy combate. En fin, el extremo accionante no logró en modo alguno fracturar la presunción de legalidad que protege al acto acusado, debiendo asumir sin más el carácter ejecutorio del mismo.²⁰

La infracción de la ley por Despidos masivos al igual que en la desviación de poder por motivos políticos, la carga probatoria corre a cuenta del demandante, asumiéndose la presunción de legalidad del acto acusado. Ahora bien, la determinación del posible despido masivo, debe darse más allá de la

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 21 de agosto de 1997. Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora. Radicación: 15933.



simple afirmación hecha por el demandante, debiéndose probar dos elementos: el cuantitativo y el cualitativo.

En el primer elemento, se debe demostrar que se haya realizado un desvinculación considerable atendiendo el número de trabajadores de la entidad y; el segundo, que los despidos tengan como fundamento las mismas razones, desvirtuando que los mismos tuvieron como fundamento el mejoramiento del servicio y a la situación particular del empleado. Quiero esto decir que si se encuentran plenamente probado que las razones del retiro del empleado fueron de interés general, no se puede entrar a analizar una posible infracción de la ley por un despido masivo, pues dicho retiro no tendría una motivación común con los otros retiros ocurridos en igual fecha.

4.4 EL CASO EN CONCRETO

El demandante pretende se declare la nulidad del Decreto No. 067 del 07 de junio de 2012, por medio del cual se declara terminado un nombramiento en provisionalidad, expedido por el alcalde de del Municipio de Galeras-Sucré, por considerar que el acto atacado fue expedido sin motivación alguna ya que en ninguna parte se explica de manera clara y precisa cuales fueron las razones por las cuales se prescindió de sus servicios, ni se establece que el motivo del retiro fue por mejorar el servicio público.

Alega también que existió una infracción de la ley por considerar que se violó la ley 78 de 1986, en sus artículos 11 y 12, pues el alcalde retiro del servicio a un número significativo de empleados sin razón valedera.

Alega una falsa motivación en el acto pues el secretario de salud informa que el matadero Municipal tiene reporte de crisis sanitaria por parte del INVIMA, y que el actor por razón de sus funciones guardo silencio frente a tal situación, por lo que el señor alcalde en forma irresponsable, quiere trasladar la responsabilidad que es de su competencia y del Secretario de Salud (Matadero Municipal) al demandante.

Por último alega una desviación de poder por considerar que el motivo del retiro del demandante, no fue el mejoramiento del servicio, pues con la

experiencia que tenía el actor en el cargo, el buen servicio se encontraba garantizado con las funciones desempeñadas por él.

Atendiendo los cargos planteados, pasamos a verificar los mismos a la luz de la normatividad y jurisprudencia ya expuesta.

4.4.1 EL STATUS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Una vez analizado el acto administrativo cuya nulidad se pretende dentro del presente asunto, se evidencia que el ente territorial demandado afirma de manera expresa que el cargo que desempeñó el demandante es de carrera administrativa, por lo que el despacho no entrará a determinar la categoría del referido cargo.

Determinado como está que el cargo en que se encontraba el actor es de carrera administrativa, estando en provisionalidad en el mismo, pasamos a verificar si la decisión fue debidamente motivada.

El actor laboró en el Municipio de Galeras en el cargo de Profesional Universitario código 219, grado 01, posesionado el día 21 de febrero de 2011, hasta el 08 de junio de 2012, percibiendo como última asignación mensual la suma de \$1.378.125, lo cual se prueba con el acta de posesión del mismo, el oficio que comunica la terminación de su nombramiento en provisionalidad y la certificación obrante en el plenario visibles a folios 38, 42 y 43 del expediente.

Por otro lado en el libelo introductor, la parte actora invoca varias causales de nulidad contra el acto cuya nulidad hoy se pretende, atendiendo lo anterior, el despacho procederá a estudiar las mismas, y con base al análisis realizado se resolverá el litigio.

4.4.2 EXPEDICIÓN IRREGULAR E ILEGAL DEL ACTO ACUSADO POR FALTA DE MOTIVACIÓN O INSUFICIENTE MOTIVACIÓN

Aduce que el acto acusado fue expedido por el Alcalde del Municipio de Galeras en forma irregular, pues en su parte considerativa no hay referencia a los hechos y circunstancias acticas que motivaron el acto que declara la terminación de la provisionalidad, citando y transcribiendo apartes jurisprudenciales del H. Consejo de Estado.



Al respecto, se evidencia que acto administrativo cuya nulidad se pretende dentro del presente asunto, reza:

(...) El señor Secretario de Salud, que el matadero municipal, tiene reporte de crisis sanitaria de parte del Invima, y que el señor Luis Fernando Díaz Villacob, quien viene de la administración saliente y enteramente informado, por razones de sus funciones de la situación del matadero, ha guardado silencio frente a la misma y de allí que se está ad portas de sanción de cierre del establecimiento mencionado.

Que la actitud del referido servidor público, hace que se pierda la confianza en él y que además se quebrante la integridad del servicio Público que se presta en el matadero

De lo anterior se colige, una vez hecho un estudio minucioso del referido acto administrativo, en armonía con los presupuestos normativos anteriormente citados, que dentro del contenido del acto acusado, se explican de manera precisa, clara y detallada las razones por las cuales se prescindirá del servicio del señor Luis Fernando Díaz Villacob, en la alcaldía del Municipio de Galeras-Sucre, como es la prestación eficiente del servicio entre otras, motivo por el cual el cargo alegado por el demandante no tiene vocación a prosperar, como tampoco lo tendría por sustracción de materia el de Violación a las normas, debido proceso y derecho de defensa por insuficiente motivación del acto acusado, igualmente presentado por el demandante.

4.4.3 DESVIACIÓN DE PODER:

Fundada básicamente en que el acto administrativo objeto de la acción contenciosa fue el resultado de una persecución de todos aquellos empleados de la administración que no acompañaron al nuevo representante legal del Municipio de Los Palmitos en las elecciones donde resultó ganador.

Con respecto al cargo alegado anteriormente por el demandante, al manifestar que el motivo del retiro no fue un mejoramiento del servicio sino una retaliación política del alcalde, advierte el despacho que las pruebas allegadas al plenario no dan cuenta de desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado, los fundamentos tenidos por la administración para decidir la terminación del nombramiento provisional son claros y precisos como ya se habló y los testimonios recaudados no logran desestimar dichos fundamentos siendo simplemente apreciaciones subjetivas de los testigos, sin que nos

indiquen elementos fehacientes sobre una motivación diferente a la expuesta en el auto.

Por todo lo anterior, este cargo no tiene vocación a prosperar.

4.4.4 INFRACCIÓN DE LA LEY POR DESPIDOS MASIVOS:

Se alega en la demanda que existió una infracción de la ley por considerar que se violó la ley 78 de 1986, en sus artículos 11 y 12, pues el alcalde retiro del servicio a un número significativo de empleados sin razón valedera.

Con respecto a este cargo hay que advertir que la mencionado Ley 78 de 1986 fue derogada tácitamente por la Ley 136 de 1994, en su artículo 97, numeral 3, que establece la prohibición de los alcaldes de decretar por motivos políticos, actos de proscripción o persecución contra personas o corporaciones, o decretar insubsistencias masivas. Limitando los retiros masivos de personal solamente 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.

Con respecto a este cargo y de acuerdo a la normatividad y jurisprudencia citada, este Despacho manifiesta, que no existen los elementos necesarios para determinar la presunta realización de despidos masivos, al no existir los dos elementos necesarios para determinarlos.

Con respecto al elemento cuantitativo, el demandante manifiesta que el Alcalde procedió a retirar del servicio "*por uno u otro motivo alejado del servicio, a un número significativo de empleados*", dicha afirmación de por sí no nos estima la cantidad exacta de personas que fueron despedidas, para determinar si dicho despido fue significativo, tampoco nos identifica la fecha en que fue realizado despidos masivos. El hecho que dentro de un periodo se realicen retiros de manera individual no signifique *per se* que se generó un despido masivo.

Con respecto a elemento cuantitativo, son evidentes dos cosas, primero no se logra demostrar la causa común entre los retiros realizados, incluidos el de la demandante, situación indispensable para determinar un despido masivo, segundo no se logró desvirtuar, por lo menos en el retiro del demandante, que



el despido fue para el mejoramiento del servicio y por situaciones particulares, como si se determinó probatoriamente en el presente proceso.

4.4.5 FALSA MOTIVACIÓN

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

Al respecto, el Tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha reiterado²¹ 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 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.

El contenido del Decreto No. 067 de 2012 del acto acusado, se encuentra que el fundamento para ello en el término de duración de la autorización suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el presunto incumplimiento de sus

²¹ 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).

funciones por haber guardado silencio de la situación del matadero el cual tiene reporte de crisis sanitaria de parte del INVIMA, haciendo que se pierda la confianza en el funcionario y se quebrante la integridad del servicio público que se presta en el matadero.

Con respecto a la motivación del retiro de un empleado en un cargo en provisionalidad, la H. Corte Constitucional en sentencia T- 204 de 2012, M P. Jorge Iván Palacio Palacio, ha manifestado:

La necesidad de motivación del acto administrativo no se reduce a un simple requisito formal de introducir cualquier argumentación en el texto de la providencia. Por el contrario, esta Corporación ha acudido al concepto de "razón suficiente" para señalar que la motivación del acto deberá exponer los argumentos puntuales que describan de manera clara, detallada y precisa las razones a las que acude el ente público para retirar del servicio al funcionario. Un proceder distinto violaría el s0stento constitucional que da origen a la necesidad de motivar las actuaciones de la administración y convertiría este requerimiento en un simple requisito inane y formal.

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

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

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

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

*(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"*²².

(...)

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

²² Sentencia SU 917 de 2010.



Con respecto a la situación del nombramiento y el hecho que no debe sobrepasar el nombramiento más de seis meses, es indispensable asumir que era necesario la provisión del cargo previo de los requisitos contemplados en las normas que regulan la carrera administrativa, quiere decir, que para su nombramiento se debió proceder previamente al a autorización por parte de la comisión Nacional del Servicio civil y la posterior solicitud de prórroga.

En el presente caso se observa que para la creación del cargo y nombramiento del actor, no se realizaron las solicitudes de autorización ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, asimismo, tampoco se observa que el término del nombramiento fuera por un término de seis (6) meses.

Que hasta el momento la administración no ha hecho las gestiones para efectos de verificar la posibilidad de proveer el cargo con una persona de carrera, tal como se observa en el oficio de la Comisión Nacional del Servicio Civil. (Fol. 113)

Por lo anterior la administración no se puede valer de un término que no está determinado en el acto de nombramiento, y en normas que durante la creación y transcurso del cargo no han cumplido para declarar la insubsistencia del funcionario, es pertinente advertir que el nominador en este caso es el Alcalde y es deber del mismo cumplir con las normas de carrera administrativa, sin que sea necesaria la autorización de la CNSC, por lo que no se puede escudar en este tipo afirmaciones para justificar las declaratorias de insubsistencia las cuales se convierten en argumentos falaces, pues no puede justificar la insubsistencia en normas que no se aplicaron al momento de su nombramiento.

Con respecto a lo motivado en el otro aparte del acto acusado con respecto a las funciones del actor en el matadero municipal, es necesario afirmar que no se logró demostrar tal situación dentro del proceso, ya que de las pruebas debidamente aportadas al proceso, se denota que el demandante si cumplía funciones en el sector agropecuario, mas no que su vinculación fuera para desempeñar labores en el matadero del Municipio.

Se evidencia que el acto de creación del cargo²³ donde se encontraba el actor, se establecía que la funciones a realizar eran las de brindar asistencia técnica directa rural, consagradas en la ley 607 de 2000²⁴, lo cual no tiene ningún tipo de relación con el funcionamiento del matadero municipal. (Fol. 36-37)

Por otro lado los testimonios allegados al plenario, son reiterativos en manifestar que el demandante cumplió cabalmente y se desempeñó de manera eficiente e idónea en su labor, sin que durante toda su vinculación con el Municipio de Galeras, se le hiciera algún llamado de atención, memorando o alguna amonestación por mal desempeño, y que en su momento las funciones que tuvo el actor, era simplemente la verificación del ganado antes de sacrificarlos, para determinar si era apto para el consumo humano, sin que en las mismas estuvieran las de vigilancia y dirección del matadero municipal, siendo responsabilidad éstas del Alcalde y la Secretaría de Salud municipal.²⁵

Así las cosas, el despacho considera que los argumentos esbozados por la entidad demandada en el acto administrativo demandado no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa, ni posterior a ella, o apporto prueba alguna que permita inferir al Despacho lo alegado en el acto acusado, por lo que puede llegarse a la conclusión que en el presente asunto existió una falsa motivación por parte de la Administración para dar por terminado el nombramiento provisional del actor.

De otra parte, considera el despacho importante hacer un análisis del cumplimiento de los requisitos del cargo de Profesional Universitario código

²³ Decreto 067 de 031 de 18 de febrero de 2011, en el cual también fue nombrado el señor Díaz Villacob.

²⁴ Por medio de la cual se modifica la creación, funcionamiento y operación de las Unidades Municipales de Asistencia Técnica Agropecuaria, UMATA, y se reglamenta la asistencia técnica directa rural en consonancia con el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología. En su artículo 1, se establece su objeto de la siguiente forma: *"La presente ley tiene por objeto, garantizar la asistencia Técnica Directa Rural Agropecuaria, Medio ambiental, asuntos de aguas y pesquera, al ordenar la prestación de los servicios de asistencia técnica directa rural por parte de los entes municipales, racionalizar y coordinar las actividades correspondientes con miras a asegurar la ampliación progresiva de la cobertura, calidad y pertinencia del servicio de asistencia técnica, así como el seguimiento, orientación y acompañamiento en la prestación del servicio por parte de las entidades del orden departamental y nacional, en condiciones que permitan la libre escogencia por los beneficiarios de dichos servicios. Con la prestación de la asistencia técnica directa rural se crean las condiciones necesarias para aumentar la competitividad y la rentabilidad de la producción, en un contexto de desarrollo regional y en el marco de la internacionalización de la economía, a la par que se garantiza el acceso equitativo a los servicios estatales y a los beneficios de la ciencia y la tecnología a todos los productores rurales."*

²⁵ Del minuto 12:52 al minuto 33:56, rindió testimonio el señor ROMANO DÍAZ GAMARRA, Tesorero para la época de los hechos, posteriormente rindió testimonio la señora MARÍA JOSEFA HERRERA LUNA, del minuto 35:08 a 52:16. Y la señora ERLINDA GAMARRA SUAREZ, del minuto 53:01: a 01:05:47 (Fol. 169, CD de pruebas)



219, grado 01, por el demandante, según lo dispuesto en el Manual de Funciones y Competencias Laborales arrimado al expediente. Revisado este se tiene que los requisitos de estudios y experiencias exigidos por la Administración de galeras para desempeñar dicho cargo son: ESTUDIOS: 1. Título profesional en áreas sociales; EXPERIENCIA: Un (1) año de experiencia profesional. Luego, examinada la hoja de vida del demandante visible a folios 49 a 52, se constata el efectivo cumplimiento de los mismos por parte del señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILLACOB, quien acreditó título de Zootecnista y Tecnólogo en Administración Agropecuaria otorgados en 1996 y 1990 y una experiencia certificada de 13 años.

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

5. COSTAS

El artículo 188 del CPACA, manifiesta que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, siendo su liquidación y ejecución conforme al Código de Procedimiento Civil,

Es preciso aclarar que el C de P. C. en su artículo 392, numeral 6, expresa que en caso de condenas parciales el Despacho podrá abstenerse de condenar en costas, por lo que se considera que al existir una condena parcial en el presente y proceso y ante la no existencia de actitudes desleales o dilatorias, el despacho no condenará en costas a la parte demandada.

6. DECISIÓN

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

En ese orden de ideas y a título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la entidad Municipio de Galeras-Sucré, a reintegrar al demandante a un cargo igual, similar o de superior jerarquía, y a reconocerle la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde

la fecha de su retiro del servicio, 08 de junio de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro, en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es en "provisionalidad" y siempre que dicho cargo no se encuentre provisto mediante concurso y que el mismo no sea desempeñado por quien adquirió el mencionado status. Sumas que se reconocerán indexadas, aplicándose los ajustes al valor, según lo contemplado en el artículo 192 del CPACA.

Para todos los efectos legales, se entenderá que no ha habido solución de continuidad en la relación de servicio entre el demandante y la entidad demandada, desde la fecha de su retiro del servicio 08 de junio de 2012 y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro.

En mérito de lo expuesto, EL JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

F A L L A

PRIMERO: Declarar la nulidad del Decreto No. 067 de fecha 07 de junio de 2012, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento provisional del señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILLACOB, identificado con la C.C. No. 92.028.877 de Sincé, como Profesional Universitario código 219 Grado 01, adscrito a la Secretaría de Planeación y Obras Públicas del Municipio de Galeras-Sucre.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho ORDÉNESE al Municipio de Galeras a REINTEGRAR al señor LUIS FERNANDO DÍAZ VILLACOB, identificado con la C.C. No. 92.028.877 de Sincé al mismo cargo que desempeñaba el día 08 de junio de 2012 (Profesional Universitario código 219 Grado 01) o a otro equivalente para el cual acredite los requisitos de ley; y, a pagarle los sueldos, prestaciones sociales y demás emolumentos que haya dejado de percibir desde el día en que fue desvinculado del servicio, hasta cuando se haga efectivo el reintegro. Así mismo, la entidad deberá hacer los aportes correspondientes a los respectivos fondos de pensiones y salud en el que se encuentre el actor, previo los descuentos correspondientes.



TERCERO: La suma de dinero que resulte de la condena anterior, se ajustará de acuerdo al índice de precios al consumidor tal como lo manifiesta el artículo 192 del CPACA.

CUARTO: Declárese que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

QUINTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

SEXTO: Niéguese las demás suplicas de la demanda.

SÉPTIMO: No hay lugar a condena en costas.

OCTAVO: Por Secretaría, hágase entrega al demandante, del saldo de gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

NOVENO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez