República de Colombia

Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito
Sincelejo - Sucre

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

Sincelejo, veintidós (22) de julio de dos mil trece (2013)

Sentencia N° 033 DE 2013

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN: **70-001-33-33-009-2012-00023**
DEMANDANTE: **EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO**
DEMANDADO: **MUNICIPIO DE LOS PALMITOS**

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 EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO en contra del MUNICIPIO DE LOS PALMITOS, de conformidad con el artículo 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo – CPACA.

2. ANTECEDENTES.

2.1. BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA.

El actor depreca la nulidad del Decreto N° 052 del 02 de febrero de 2012, expedido por el alcalde del Municipio de los Palmitos Dr. Manuel Pérez Mendivil, por medio del cual se dio por terminado su nombramiento provisional en la planta de personal del referido municipio en el cargo de almacenista general, código 215, grado 01 ejerciendo funciones en la Secretaria de Planeación Municipal de los Palmitos; Que como consecuencia de lo anterior se restablezca el derecho del actor, quien deberá ser reintegrado al cargo que venía desempeñando o a uno de igual, similar o de superior categoría.

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

Que se declare que no existió solución de continuidad en los servicios para todos los efectos legales y prestacionales y se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en el art. 195 del CPACA.

Que se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

Normas Violadas y Concepto de la Violación: Señaló como normas violadas los artículos 1, 2, 13, 25, 29 y 209, de la Constitución Política.

Manifiesta que los preceptos constitucionales antes señalados, no fueron tenidos en cuenta por la entidad demandada, para expedir el acto acusado, pues dentro del mismo no se evidencia una motivación valedera para dar por terminado el nombramiento del demandante, violando así los fines esenciales del estado, el derecho a la igualdad, al trabajo y al debido proceso.

Dentro de las causales de nulidad que vician el acto administrativo cuestionado invoca:

a) Falsa motivación.- Para lo cual señala que hay falsa, e incluso podría decirse Falta de motivación del acto de retiro de la demandante, ya que 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 a la Administración le corresponde motivarlos actos, esto es expresar las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción, le compete definir si las mismas son justificadas constitucional y legalmente.

b) Desviación de poder.- Consistente en que el acto administrativo objeto de la acción contenciosa, fue expedido con claras demostraciones de desviación de poder por la intención clara del representante legal del municipio de Los Palmitos, de prescindir de los servicios del actor mediante acto completamente arbitrario que fue el resultado de una persecución de todos aquellos empleados

de la administración que no lo acompañaron en las elecciones donde resultó ganador. Expresa además que extrañamente la administración municipal en los días siguientes al retiro del demandante nombra a varios ciudadanos en los cargos que ostentaban los que fueron retirados de su nombramiento en provisional como a él, tal como es el caso de la señora AMPARO SILVA SALGADO como profesional especializado, código 222, grado 03, adscrito a la Secretaría de desarrollo social, que ostentaba EDIMER LUIS PÉREZ ARRIETA; LUIS EMILIO PARRA PÉREZ y como profesional universitario, código 219, grado 01 con funciones de contador, que ejercía ALEJANDRO ENRIQUE MERCADO HERAZO y ÁLVARO GABRIEL GÓMEZ DÍAZ, profesional universitario, código 219 grado 01 con funciones de jefe de presupuesto de la tesorería municipal, cargo que ocupaba CLEYSMAN YAIR MONTERROZA RIVERA y especialmente TULIO DÍAZ PÉREZ, como Almacenista General, código 215, grado 1, entre otros. Aunado a lo anterior y como un hecho que denota el interés desviado, la designación de los anteriores funcionarios expresa la parte actora que dichos nombramientos se hicieron por fuera del término de 45 días calendarios concedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil al Municipio de los Palmitos para el nombramiento de los provisionales en cargos de carrera administrativa, toda vez que tal autorización fue expedida el 1° de diciembre del año 2011 y venció el 15 de enero del año 2012, y solo varios días después del retiro del actor, es que surge la potestad reglada de la Administración para nombrar con posterioridad a otras personas en dichos cargos.

Finalmente manifiesta que con los anteriores despidos y nombramientos se observa una actitud decidida del municipio, para retirar a todas aquellas personas que fueron nombradas mediante Decreto 276 del 15 de diciembre de 2011, lo cual hicieron paulatinamente hasta no dejar ni uno de los funcionarios designados con el permiso de la Comisión Nacional del Servicio Civil, lo cual constituye una clara desviación de poder, que se vislumbra más al nombrar posteriormente a cinco personas en los mismos cargos, sin previa autorización de dicho ente.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Dentro del escrito de contestación[1], la entidad demandada por medio de apoderado judicial, y dentro del término legal concedido, expresó: que son ciertos el1º y 3°; que no le consta lo argumentado por el demandante en el hecho 2°; que no es un hecho, sino apreciaciones de tipo subjetivo del apoderado del actor; el 4°, 5°, 6° y 7°; son falsos, por cuanto los argumentos y la motivación del Decreto No. 052 de fecha 02 de febrero de 2012 están fundados en lo preceptuado en el artículo 10 del Decreto 1227 del 2005, por medio del cual se reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004, el hecho 8° y 9°; referente a los hechos 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16, manifiesta en sentido amplio que los argumentos del acto administrativo acusado guardan su esencia y tienen como fin mejorar el servicio, y que el acto acusado no llene las expectativas del demandante no puede entenderse como desviación de poder.

Respecto a las pretensiones expresó el acto administrativo acusado debe mantenerse en firme por cuanto su expedición se ajusta a derecho, pues el mismo es legal y no genera violación de alguna disposición normativa, igualmente aduce las excepciones de (I) Ineptitud de la demanda; (II) Insuficiencia de poder; (III) Indebida acumulación de pretensiones; (IV) Falta de agotamiento de la vía gubernativa; (V) Falta de integración del Litis consorcio necesario Comisión Nacional del Servicio Civil; (VI) Caducidad de la acción; (VII) Prescripción y (VIII) Inexistencia de ilegalidad o carencia de vicios en el acto administrativo.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda[2], notificadas las partes[3], se procedió a realizar audiencia inicial el 16 de mayo de 2013[4], previa convocatoria mediante auto.[5]

En dicha audiencia, se realizó el saneamiento del proceso, se decidieron las excepciones previas presentadas tales como: 1. Ineptitud de la demanda, 2. Insuficiencia de poder, 3. Indebida acumulación de pretensiones, 4. Falta de agotamiento de la vía gubernativa, 5. Falta de integración del Litis consorcio

[1] Folios 212 a 223 cuaderno 2
[2] Auto de 28 de noviembre de 2012. (Fol. 200 cuaderno 1)
[3] Folios 207 a 211 del cuaderno 1.
[4] Folios 422 a 428 del cuaderno 2
[5] Auto de 25 de abril de 2013. (Fol. 420 del cuaderno 2)

necesario a la Comisión Nacional del Servicio Civil, 6. Caducidad de la acción, y Prescripción las cuales no fueron de recibo para este despacho, asimismo, se fijó el litigio concluyéndose que el punto central de la Litis es el de determinar si el acto administrativo contenido en el Decreto 052 del 02 de febrero 2012, por medio de la cual se declara insubsistente a un funcionario de la entidad demandada nombrado en provisionalidad, requería de motivación o no, o si por el contrario este se ajustó a derecho.

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

Se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se fijó fecha para audiencia de pruebas para el día 05 de junio de 2013 a las 3:00 p.m.,

3.2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

Posteriormente se realizó audiencia de pruebas el día señalado, recaudándose en su totalidad las pruebas decretadas, por lo que se recepcionarón los testimonios de los señores ALEXANDER GARCÍA DÍAZ y ALEJANDRO ENRIQUE MERCADO HERAZO. Se procedió a declarar finalizada la misma y dando aplicación al inc.3º del art. 181 del CPACA se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerarla innecesaria, ordenando a las partes y al Ministerio Público presentar sus alegatos por escrito. (Fol.447-449, cuaderno 2)

3.3. ALEGATOS

Por último a folio 450 del 2º cuaderno, se observa nota secretarial en la que se indica que empieza a correr el término del traslado para alegatos de las partes, para que los presenten por escrito dentro del término de 10 días, se observa en los folios subsiguientes que en forma oportuna las partes presentaron sus alegatos por escrito. Dicho traslado venció el día 20 de junio de 2013.

El apoderado de la parte actora en sus alegatos de conclusión[6] expresa que en el asunto existe un problema jurídico que se debe determinar, y consiste en establecer si el actor podía ser retirado del cargo que ocupaba en el Municipio

[6] Folios 451-453, cuaderno 2

de los Palmitos teniendo en cuenta que había sido vinculado al mismo siguiendo los mecanismos previstos en la legislación vigente, iniciando con las facultades otorgadas por el H. Concejo Municipal de Los Palmitos para reestructurar la planta de personal contenidas en el Acuerdo 019 de 2010, seguido de la elaboración del estudio técnico requerido para la reestructuración y el ajuste de la escala salarial, luego la solicitud de concesión y posterior autorización de la CNSC para el nombramiento provisional, la designación mediante decreto y la posterior posesión del funcionario, todo ello en cumplimiento de la regulación contenida en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

Por su parte el apoderado de la parte demandada manifestó que el acto demandado debe mantenerse en firme, por cuanto un nombramiento en provisionalidad no genera fuero de estabilidad. Así mismo, manifestó que la búsqueda del mejoramiento del servicio y la satisfacción del bien común de la sociedad son propósitos que siempre debe propender el nominador cuando ejerce la facultad discrecional de declarar insubsistente un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, por tanto ese acto está revestido de legalidad y le corresponde al particular desvirtuarla, para eso deberá comprobar que con su retiro, el nominador tuvo en cuenta intereses particulares y caprichosos y, por ende, se desmejoró el buen servicio público. (Fol. 454-461)

El ministerio público no se pronunció en esta oportunidad.

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 052 del 02 de febrero 2012, por medio de la cual se declara insubsistente a un funcionario de la entidad demandada nombrado en provisionalidad, requería de motivación o no, o si por el contrario este se ajustó a derecho.

Ante la anterior discordancia, surge una serie de preguntas: ¿El acto de insubsistencia de un empleado nombrado provisionalmente, debe ser motivado, si es así como debe ser esa motivación? ¿Existió falsa motivación? ¿Cómo debe ser probada la desviación de poder por motivos políticos?

Para resolver el anterior planteamiento el despacho estudiará los siguientes aspectos: 1. Normatividad aplicable con relación a la decisión de declaratoria de insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, 2. Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, 3. Material probatorio y 4. El caso concreto.

4.2. TESIS QUE MANTENDRÁ EL DESPACHO

Para el Despacho resulta claro que el acto administrativo por medio del cual se desvinculó al demandante se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación, 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 reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el 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 9°. *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 Estado[7] 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 empleos[8] 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 predican 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 administrativa[12] 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 funcionario[15]. 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 ordinarias[16]. 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 administración[17], siendo completamente inadmisible 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.

4.4. EL CASO EN CONCRETO

4.4.1.LAS PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO

Al proceso se aportaron las siguientes pruebas:

- Copia autentica del Decreto No. 052 de fecha 02 de febrero de 2012, suscrito por el Alcalde Municipal de Los Palmitos, por medio del cual se da por terminado un nombramiento provisional en la planta de personal de la Alcaldía Municipal de los Palmitos – Sucre. (Fol. 15 a 16 Cuaderno No. 1)

- Comunicación del Decreto No. 052 de fecha 02 de febrero de 2012 dirigida al señor EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO, con fecha de recibido 3 de febrero de 2012, donde se le comunica la terminación del nombramiento en provisionalidad. (Fol. 17 Cuaderno No. 1)

- Certificación laboral expedida por el Secretario del interior y control disciplinario (E) del Municipio de los Palmitos – Sucre. (Fol. 18 Cuaderno No. 1.

---

[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."*

- Copia autentica del acta de posesión del señor EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO de fecha 15 de diciembre de 2011, en el cargo de Almacenista General código 215, grado 01. (Fol. 19 Cuaderno No. 1)

- Copia autenticada del Acuerdo No. 019 de 2010, "por medio del cual se conceden facultades temporales a la Alcaldesa municipal d Los Palmitos – Sucre, para reestructurar la planta de personal de la Alcaldía Municipal, elaborar el correspondiente estudio técnico y ajustar la escala salarial de los empleados adscritos a la misma." (Fol. 20 – 21 Cuaderno No. 1).

- Copia autenticada del Estudio Técnico para la reestructuración administrativa de la administración central del municipio de Los Palmitos – Sucre. (Fol. 23 – 49 Cuaderno No. 1).

- Certificación de fecha 1° de diciembre de 2011 expedida por la CNSC a la Alcaldesa municipal de Los Palmitos para nombrar en provisionalidad, por un término de 6 meses en los siguientes cargos: Un (1) Secretario código 440, grado 08; Dos (2) Profesionales Universitarios, código 219, grado 01; Un (1) Almacenista General, código 215, grado 01; Un (1) Profesional Especializad, código 222, grado 03; Un (1) Secretario de Despacho, código 438, grado 04; y Un (1) Secretario, código 440, grado 04.(Fol. 50- 51 Cuaderno N. 1)

- Copia autenticada del Decreto No. 276 de 2011, suscrito por la Alcaldesa municipal de Los Palmitos - Sucre, por medio del cual se hacen unos nombramientos provisionales, dentro de los cuales se encuentra el del señor EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO en el cargo de Almacenista General código 215, grado 01. (Fol.52 – 54 Cuaderno No. 1).

- Copia autentica del Decreto No. 126 de fecha 6 de mayo del 2011, por medio del cual se establece la escala de asignación salarial de los empleos del municipio de Los Palmitos. (Fol.55 a 57 Cuaderno No 1)

- Copia autentica del Decreto No. 127 de fecha 6 de mayo de 2011, por medio del cual se reestructura la planta de personal del municipio de Los Palmitos. (Fol.58 a 60 Cuaderno No. 1).

- Copia autentica del Decreto No. 128 de fecha 6 de mayo del 2011, por medio del cual se adopta una nueva planta de persona del municipio de Los Palmitos, se suprimen y se crean unos cargos. (Fol.61 a 67 Cuaderno No. 1).

- Copia autentica del manual de funciones y competencias laborales del municipio de Los Palmitos de fecha 6 de mayo del 2011. (Fol.68 a 149 Cuaderno No. 1).

- Copia simple de nóminas de pago del municipio de Los Palmitos, correspondiente a los meses de marzo, abril y mayo de 2012. (Fol.150 a 154 Cuaderno No. 1).

- Copia simple de los Decretos Nos. 053, 056, 072, 071 y 043 de 2012, respectivamente, por medio de los cuales el municipio de Los Palitos da por terminado unos nombramientos en provisionalidad (Fol.155 – 170 Cuaderno No. 1).

- Solicitud de autorización para nombramientos en provisionalidad de fecha 08 de noviembre de 2012 dirigida a la Comisión Nacional del Servicio Civil por el Alcalde municipal de Los Palmitos Manuel Pérez Mendivil, para proveer los siguientes cargos: Un (1) Secretario código 440, grado 08; Un (1) Profesional Universitario, código 219, grado 01; Un (1) Almacenista General, código 215, grado 01; Un (1) Profesional Especializad, código 222, grado 03; Un (1) Secretario de Despacho, código 438, grado 04; y Un (1) Secretario, código 440, grado 04. (Fol.282-290 Cuaderno N 2)

4.4.2.LO PROBADO EN EL PROCESO

El actor laboró en el Municipio de Los Palmitos en el cargo de Almacenista General código 215, grado 01, posesionado el día 15 de diciembre de 2011, hasta el 03 de febrero de 2012, lo cual se prueba con el acta de posesión del mismo y el oficio que comunica la terminación de su nombramiento en provisionalidad visibles a folios 17 y 19 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.

1.) Falsa motivación: Fundada en que hay falsa, e incluso podría decirse falta de motivación del acto de retiro de la 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 reiterado[18] 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.

En efecto, al observar el contenido del Decreto No. 052 de 2012 del acto acusado, se encuentra que el fundamento para ello se limita exclusivamente en el término de duración de la autorización suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el presunto mejoramiento del servicio de las funciones del cargo.

---

[18] 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).

De lo anterior, se logra concluir con meridiana claridad que el acto no hace mención a las razones que tuvo en cuenta la Administración para dar por terminado el nombramiento en provisionalidad del demandante antes de finalizar el periodo o autorización dada por la Comisión Nacional del Servicio Civil de seis (6) meses, pues si se detalla la fecha de su posesión en el cargo de Almacenista General código 215, grado 01, esto es 15 de diciembre de 2011, hasta la fecha en que fue retirado del mismo 03 de febrero de 2012, se tiene que demoró en ejercicio del referido cargo únicamente 51 días, término en el cual, si el Alcalde consideraba que no cumplía sus funciones de manera eficiente debió incorporarlo así de manera clara, detallada y precisa en el citado acto administrativo, tal como lo ha sostenido la H. Corte Constitucional en sentencia T- 204 de 2012, M P. Jorge Iván Palacio Palacio, "*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 s0ustento 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"[19].*

[19] Sentencia SU 917 de 2010.

(…)

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificatorio 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.

En ese orden, es claro que la motivación de insubsistencia que se invocó en el acto acusado no tiene 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, y que los servidores en provisionalidad cuentan con una estabilidad laboral relativa, en sentir solamente de la H. Corte Constitucional[20].

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, 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 Almacenista General Código 215, 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 Los Palmitos para desempeñar dicho cargo son: ESTUDIOS: 1. Título profesional en administración, contaduría o economía; EXPERIENCIA: Dos (2) años de experiencia profesional en el sector público. Luego, examinada la hoja de vida del demandante visible a folios 85 a 86, se constata el efectivo cumplimiento de los mismos por parte del señor Edgar Alexander Tovar Salgado, quien acreditó título de Tecnólogo en Gestión de Obras Civiles y Construcciones, y Titulo en Administración de Empresas otorgados en 2004 y 2005 y una experiencia certificada de 7 años y 5 meses.

[20] Sentencia T- 159 de 2012.

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

2) Desviación de poder: Fundada 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.

Expresa además que extrañamente la administración municipal en los días siguientes al retiro del demandante nombra a varios ciudadanos en los cargos que ostentaban los que fueron retirados de su nombramiento en provisional, tal como es el caso del demandante y de la señora AMPARO SILVA SALGADO como profesional especializado, código 222, grado 03, adscrito a la Secretaría de desarrollo social, que ostentaba EDIMER LUIS PÉREZ ARRIETA; LUIS EMILIO PARRA PÉREZ y como profesional universitario, código 219, grado 01 con funciones de contador, que ejercía ALEJANDRO ENRIQUE MERCADO HERAZO y ÁLVARO GABRIEL GÓMEZ DÍAZ, profesional universitario, código 219 grado 01 con funciones de jefe de presupuesto de la tesorería municipal, cargo que ocupaba CLEYSMAN YAIR MONTERROZA RIVERA y especialmente TULIO DÍAZ PÉREZ, como Almacenista General, código 215, grado 1, entre otros. Aunado a lo anterior y como un hecho que denota el interés desviado la designación de los anteriores funcionarios expresa la parte actora que dichos nombramientos se hicieron por fuera del término de 45 días calendarios concedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil al Municipio de los Palmitos para el nombramiento de los provisionales en cargos de carrera administrativa, toda vez que tal autorización fue expedida el 1° de diciembre del año 2011 y venció el 15 de enero del año 2012, y solo varios días después del retiro del actor, es que surge la potestad reglada de la Administración para nombrar con posterioridad a otras personas en dichos cargos.

Atendiendo los argumentos expuesto por la parte actora, el despacho una vez revisado el material probatorio arrimado al expediente encuentra que el funcionario nombrado con posterioridad al retiro del servicio del demandante

mediante Decreto No. 102 de fecha 20 de marzo de 2012[21], se hizo con previa autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual fue solicitada por el representante legal del municipio de Los Palmitos el día 20 de febrero de 2012[22] y concedida posteriormente mediante Oficio No. 8758 de fecha 28 febrero de 2012 por parte de la referida entidad. Circunstancia que desvirtúa lo dicho anteriormente, pues no se encuentra demostrada la desviación del poder alegada, pues la desviación desciende sobre el aspecto subjetivo del funcionario que produjo el acto demandado cuya prueba se centra en evidenciar que actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar[23].

Es así entonces, que de las pruebas recaudadas no se observa prueba documental o testimonial que lleve al grado de certeza con respecto al elemento subjetivo que debe existir en el funcionario que produjo el acto de insubsistencia, pues la parte actora no probó que el Alcalde de Los Palmitos haya obrado con fines personales y contrarios a la Constitución Política y la Ley.

4.5. COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, que manifiesta que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, siendo su liquidación y ejecución conforme al Código de Procedimiento Civil, este Despacho considera que al acceder a todas las pretensiones de las demanda es procedente la condena en costas de costas, con respecto a las agencias en derecho, atendiendo el asunto tratado, su cuantía y complejidad, se considera que serán tasadas en un 3% de la condena impuesta.[24]

---

[21] Nombramiento en provisionalidad realizado previo autorización hecha por la Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha 20 de marzo de 2012, tal como se denota a folios 389-390 cuaderno 2.
[22] Tal como se denota a folio 382 a 386 cuaderno 2
[23] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 10 de febrero de 2011. C.P. Dr. Eduardo Gómez Aranguren.
[24] El artículo tercero del Acuerdo 1887 de 2003, establece lo siguiente: *"Criterios. El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este Acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones. (…) PARÁGRAFO.- En la aplicación anterior, además, se tendrán en cuenta las normas legales que en particular regulan la materia"*

4.6. 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 Los Palmitos, 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, 3 de febrero 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 03 de febrero 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. 052 de fecha 02 de febrero de 2012 por medio del cual se dio por terminado el nombramiento provisional del señor EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO, identificado con la C.C. No. 18.777.879 de los Palmitos, como Almacenista General código 215, grado 01, adscrita a la Secretaría de Planeación municipal de Los Palmitos.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho ORDÉNESE al Municipio de Los Palmitos a REINTEGRAR al señor EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO, identificado con la C.C. No. 18.777.879 de los Palmitos al mismo cargo que desempeñaba el día 03 de febrero de 2012 (ALMACENISTA GENERAL) 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: Condénese en costas a la parte vencida, y ordénese por secretaria la liquidación de las mismas y las respectivas agencias en derecho, de conformidad con las normas del Código de Procedimiento Civil, tal como lo estipula el artículo 188 del CPACA. Tásense las agencias en derecho en un porcentaje del 3% de la condena impuesta.

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

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez