



**Rama Judicial del Poder Publico
Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo del
Atlántico**

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

Barranquilla, seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicado	08-001-3333-006-2016-00225-00
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	HÉCTOR EMILIO MORALES MENDOZA
Demandado	MUNICIPIO DE CAMPO DE LA CRUZ y EMPRESA DE ACUEDUCTO ASEO Y ALCANTARILLADO DE CAMPO DE LA CRUZ UNISCAMP S.A. E.S.P.
Juez (a)	MAURICIO JAVIER RORDRÍGUEZ AVENDAÑO

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede este Despacho a dictar sentencia dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por el ciudadano HÉCTOR EMILIO MORALES MENDOZA, mediante apoderado especial, contra el MUNICIPIO DE CAMPO DE LA CRUZ – EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE ACUEDUCTOR, ASEO Y ALCANTARILLADO DE CAMPO DE LA CRUZ “UNISCAMP ESP”, de conformidad con los artículos 181 y 187 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

II.- ANTECEDENTES

II.1.- DEMANDA

Se sintetiza de la siguiente manera:

-. Pretende el demandante que se declare la Nulidad del Decreto Resolución o Acto Administrativo No. 033 del 19 de febrero de 2016, proferido por el representante legal de la Empresa de Acueducto, Aseo y Alcantarillado “UNISCAMP ESP”, del Municipio de Campo de la Cruz, por medio del cual se declaró insubsistente o lo que es igual, le fue revocado el nombramiento del señor Héctor Emilio Morales Mendoza, identificado con CC 3.791.959 de Campo de la Cruz, en el cargo de auxiliar administrativo de la Empresa de Servicios Públicos, y la nulidad del Decreto o Resolución Administrativa No 37 del 09 de marzo de 2016, por medio del cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la decisión administrativa Resolución No. 33 del 19 de febrero de 2016, mediante la cual se declaró la revocatoria de nombramiento en el cargo de Operario Código 487 grado 01, en la Unidad de Servicios Públicos Domiciliarios de Agua Potable, Aseo y Alcantarillado Sanitario del Municipio de Campo de La Cruz – E.S.P. – “UNISCAMP”.

-. Que se declare que para todos los efectos legales y especialmente para los relacionados con el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, no ha existido solución de continuidad, en los servicios prestados por el actor, a favor de la empresa de servicios públicos, desde la fecha que fue retirado del servicio, hasta la fecha en que efectivamente sea reintegrado.

- Que se declare nulo y revoque *ipso jure* el acto administrativo o resolución No. 37 del 09 de marzo de 2016, por el cual se declaró sin beneficio de inventario, la nulidad de la aludida Resolución administrativa, la insubsistencia o revocatoria de su nombramiento y se designa su reemplazo.

- Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de 09 de marzo de 2016, mediante el cual le negó a través de un acto ficto o presunto, el reconocimiento de la sanción moratoria.

- Que se ordene el reintegro de manera inmediata e impostergable al actor, al cargo que desempeñaba en el momento de su retiro como operario del acueducto Municipal de Campo de la Cruz Atlántico, código No 487, grado No 01, y efectúe de consiguiente el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta el momento de su efectivo reintegro, dado que se desempeñaba en un cargo en provisionalidad y no se ha implementado aun un concurso de méritos para su reemplazo, ni se le ha comunicado esa situación a la Comisión del Servicio Civil, en aras de implementar el respectivo concurso de méritos. Se advierte que el reintegro solo procederá si el cargo que desempeñaba el actor no ha sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos. Si ello ocurrió, solo será procedente el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación del actor hasta la fecha en que tuvo lugar la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso de méritos.

- Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene de manera perentoria e impostergable la reincorporación del actor, con efectividad a la fecha de insubsistencia o revocatoria de su nombramiento en un cargo en provisionalidad o lo que es lo mismo de carrera administrativa, al cargo que ocupaba antes de ser revocado su nombramiento por un supuesto manual de funciones que nunca le fue comunicado al personal de planta de la empresa de servicios públicos, y que desconocía sus alcances, o a otro cargo de igual o superior categoría, con reconocimiento por parte del nominador municipal, de todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejadas de disfrutar y cesantías que se causen, aumentos de salario y demás emolumentos dejados de percibir junto con los que hayan podido causarse desde la fecha en que fue desvinculado formalmente del servicio, hasta aquella en que sea efectivamente reincorporado a este cargo en provisionalidad, teniendo de presente que no ha sido implementado concurso de méritos con el auspicio de la Comisión del Servicio Civil.

- Que se declare nula la Resolución No 37 de 09 de marzo de 2016, mediante la cual se declaró la revocatoria del nombramiento del actor, así como el acto administrativo del día aludido, a través del cual se desató desfavorablemente el recurso interpuesto por el suscrito apoderado del actor, y que agotó la vía gubernativa.

- Que como consecuencia de los anterior, se ordene a la accionada, reintegrar al señor Morales Mendoza, en el mismo cargo que venía desempeñando en idénticas condiciones a las que tenía al momento de su desvinculación, u otro de igual o superior categoría.

- Que se condene a la entidad accionada al pago de los salarios, prima de servicios, cesantías, indemnización por retiro injustificado, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir hasta la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca el reintegro, ya que de otra parte la entidad accionada ha guardado un ominoso silencio sobre el particular.

-. Para los efectos de prestaciones sociales en general, se solicita que se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte del actor, de igual forma al ordenarse el reintegro del actor.

II.2.- HECHOS

1.- El señor Héctor Emilio Morales Mendoza fue nombrado en un cargo en provisionalidad, como operario de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE AGUA, ASEO Y ALCANTARILLADO "UNISCAMP", mediante Decreto o Resolución No 005 del 1 de julio de 2013, ESP", sin solución de continuidad, respecto del cargo en el cual fue nombrado.

2.- El actor tomó posesión del cargo, mediante acta de posesión, Decreto o Resolución No 005 de 1 de julio de 2013, que se acompaña con la demanda, y que desde ese momento ha desarrollado su trabajo de manera cumplida, responsable y transparente.

3.- El Alcalde del Municipio de Campo de la Cruz, y en particular el representante legal de "Uniscamp ESP" mediante Decreto o Resolución No 037 de 09 de marzo de 2016, declaró insubsistente o lo que es igual, revocó el nombramiento del actor, ratificado mediante Decreto o Resolución No 037 de 09 de marzo de 2016, el cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por el actor a través de apoderado judicial.

4.- El actor, al momento de proferirse la decisión administrativa de insubsistencia o revocatoria de su nombramiento, había superado la prueba básica del concurso de méritos, que se encuentra vigente para dichos funcionarios, con un puntaje meritorio, dadas sus aptitudes, el cual es superior al puntaje mínimo exigido por la CNSC. Tampoco se designó la persona que supuestamente resultó ganadora en el concurso de méritos, por lo cual considera que el actor ha sido objeto de un trato desigual y discriminatorio.

5.- En su momento, el actor, insistió ante la administración contratante par que se le cancelaran sus derechos inherentes al pago de sus salarios y prestaciones legales adeudadas, así como a la indemnización por despido; y ésta, en contravía decidió dar por revocado unilateralmente el nombramiento en provisionalidad, cuando no se daban los presupuestos diseñados por el legislador para ello, desconociendo los ajustes, intereses moratorios etc., sobre el monto o base de los salarios y demás prestaciones legales y extralegales adeudados, sobre los cuales ha guardado un ominoso silencio, desconociendo las expectativas laborales del ex empleado público.

6.- Mediante decisión de fecha 09 de marzo de 2016, la entidad estatal al contestar el recurso interpuesto, manifestó sin motivación alguna que ya había cancelado la totalidad de los sueldos y prestaciones legales, dilatando injustificadamente el deber de pagar los emolumentos reclamados por el actor, el cual hasta el momento de su retiro, no tuvo ningún llamado de atención, queja, investigación disciplinaria o sanción alguna, la cual se le haya notificado en debida forma

7.- En resumen, i) el señor Morales Mendoza, laboró en el cargo de operario código 487, grado 01, en planta de personal de la empresa UNISPCAMP ESP, con nombramiento en provisionalidad, mediante el acto administrativo Decreto No 005 de 01 de julio de 2013, durante el lapso comprendido entre el 01 de julio de 2013 al 09 de marzo de 2016, ii) que

el demandante fue declarado insubsistente mediante la decisión Resolución No.033 del 19 de febrero 19 de 2016. iii) Que la mencionada decisión fue objeto del recurso de apelación, al considerar el reclamante que adolecía de falsa motivación, violar la buena fe y confianza legítima y el acceso a cargos públicos, pues el trabajador cumplía con los requisitos del cargo que ocupaba en provisionalidad, que no incurrió en ninguna causal legal para que fuera declarada la insubsistencia, como faltas al deber o quejas disciplinarias, etc., y sin que el cargo que detentaba el actor fuera proveído en propiedad por otra persona luego de un concurso de méritos. iv) Que el recurso interpuesto fue resuelto por la encausada mediante la Resolución No. 037 del 09 de marzo de 2016, confirmando la decisión inicial. v) Comenta que además de lo anterior, para el caso hubo de parte del ente accionado desviación de poder, por ser la finalidad de la decisión proveer el cargo para otra persona afín al nuevo administrador, misma que no detenta las calidades mínimas para acceder al cargo a proveer.

II.3.- NORMAS VIOLADAS y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Fueron invocados como fundamentos de derecho los siguientes:

Constitucionales: artículos 1, 2, 4, 25, 29, 53, 58, 83, 122, 123, 125 y 209

Legales

Ley 909 de 2004 artículo 25

Decreto 1227 de 2005 artículos 9 y 86

Decreto Ley 1567 de 1998

La parte actora arguye en síntesis que, existe falsa motivación y falta de la misma, en la expedición del acto acusado, ya que el Estado Social de Derecho, ha establecido unas garantías para los trabajadores que establecen un control a los actos de la Rama Ejecutiva del poder público y a las entidades territoriales, por lo tanto es deber de la administración motivar cada uno de los actos en el caso de los empleados pertenecientes a la carrera administrativa y fundamentalmente si se trata de la desvinculación de los empleados de los mismos, así es necesario motivar el acto de retiro en el caso de los empleos pertenecientes a una carrera, lo cual se fundamenta constitucionalmente en el principio de publicidad de la función administrativa, el concepto de Estado social de derecho, en el deber de la administración de proteger los derechos ciudadanos, en especial la protección al trabajo y el debido proceso.

Ahora bien, comenta el actor que, por una parte, cuando en un Estatuto de carrera administrativa se establecen causales de remoción del cargo, ésta no puede hacerse libremente, al arbitrio de la administración, sino con sujeción a las normas de dicho ordenamiento jurídico; por otra parte, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece las causales por las cuales se puede retirar a un servidor público de carrera administrativa, entre las cuales no se contempla la discrecionalidad del nominador.

Advierte que los actos administrativos que se pretenden nulos, además de infringir las normas jurídicas que reglamentan la carrera administrativa, fueron expedidos con desviación de poder en cuanto a la finalidad buscada por la autoridad nominadora, la cual no fue el buen servicio, ni la necesidad de contribuir al cumplimiento eficiente y eficaz, de la gestión a cargo del Municipio de Campo de la Cruz, sino una muy diferente como es el de reemplazar a un funcionario, con experiencia comprobada e idoneidad por otra sin experiencia para ocupar el cargo encomendado, conducta totalmente prohibida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en Sentencia SU-250, de mayo del 98.

II.4.- CONTESTACIÓN

Unidad de Servicios Públicos Domiciliarios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario de Campo de la Cruz “Uniscamp ESP”

El apoderado judicial de la parte, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que según expone, la demanda fue presentada en forma extemporánea y se encuentra prescripta (sic), afirma que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho debió incoarse dentro del término legal de cuatro meses a la fecha de la presentación de la demanda, lo que para el caso se encontraba vencido.

Respecto a los hechos objeto de la demanda, aduce la parte actora que algunos no le constan y que deben ser probados dentro del ejercicio del proceso judicial, que otros son ciertos parcialmente y los restantes que no son ciertos.

Propuso las siguientes excepciones i. de la caducidad del medio de control y ii. Excepción genérica o innominada, las cuales solicita sean declaradas probadas, y que, en consecuencia, se diera por terminado el proceso y que se condene en costas judiciales y en perjuicios a la parte accionante.

Municipio de Campo de la Cruz

Respecto a los hechos, el apoderado judicial de la accionada, en su escrito de contestación expuso, que algunos eran ciertos parcialmente, otros que no le constaban y los remanentes que no eran ciertos, que los hechos enunciados debían ser probados dentro del trámite procesal. A su vez, explica que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Fundamenta la defensa en que el ente territorial, a través de su representante, emitió el acto administrativo por medio del cual se revocó el nombramiento en provisionalidad del actor, basado en los preceptos legales que esbozan para el caso los artículos 122 y 155 de la CN, y legales en especial las conferidas por el artículo 5 de la Ley 90 de 1995 y el artículo 4 de la Ley 909 de 2004.

Propuso las excepciones de, i. caducidad de la acción del medio de control, y ii. Excepción genérica, las cuales solicita a este Despacho, se declaren probadas, y que en consecuencia a esta declaratoria se diese por terminado el proceso y que de igual forma sea condenada la parte accionante en costas judiciales y en perjuicios.

II.5.- ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 11 de octubre de 2016¹, fue inadmitida a través de auto de 04 de noviembre del mismo año², por no encontrarse en el libelo introductorio de la demanda la copia del acto acusado, tampoco había copia de la petición de fecha 09 de marzo de 2016, como quiera que el numeral sexto del acápite de pretensiones solicita que se declare la nulidad del mismo, ante la negativa de la entidad demandada de reconocer la sanción moratoria. Además, se advirtió en el escrito de inadmisión que la parte actora no indicó la dirección electrónica o buzón para notificaciones judiciales de la accionada; en

¹ Folio 65

² Léanse folios 67 - 68

fecha 22 de noviembre de 2016, el apoderado de la parte actora presentó escrito de subsanación³; así entonces, en auto de fecha 05 de diciembre de 2016, esta Agencia Judicial, dispuso admitir la demanda por la subsanación de las falencias anotadas, y resolvió entonces, notificar personalmente del auto a las accionadas y a la Procuradora Delegada ante este Despacho. En ese auto también se rechazaron las pretensiones atinentes a que se declare la nulidad del acto administrativo acto ficto o presunto que denegó el reconocimiento de la sanción moratoria, por no haber agotado la parte actora la reclamación administrativa, con relación a la sanción moratoria pretendida⁴.

En fecha 11 de mayo de 2017, el apoderado judicial de la accionada, UNISPCAMP ESP, presentó escrito contentivo de contestación de demanda⁵, y de igual forma en escrito fechado 18 de mayo de 2017, el apoderado judicial del Municipio de Campo de la Cruz, presentó contestación de la demanda⁶.

En escrito de 14 de julio de 2017⁷, la parte actora, presentó memorial con el que pretendía adicionar o reformar la demanda, el cual en auto de fecha 02 de agosto de 2017, fue rechazado por este Despacho, por considerarlo extemporáneo⁸.

Mediante fijación en lista de fecha 16 de agosto de 2017⁹, el Juzgado corrió traslado de las excepciones propuestas por los entes demandados. La parte actora, presentó escrito de contestación a las excepciones previas y los medios impugnativos invocados por los accionados, en memoriales del 25/07/2017 y 18 de agosto de 2017¹⁰.

Vencido el término de traslado de la demanda de que trata el artículo 199 CPACA y 612 del CGP, mediante auto de 26 de septiembre de 2017¹¹, fue fijada fecha inicial de que trata el artículo 1810 del CPACA, para el día 24 de octubre de 2017, a las 10:00 A.M.

Llegadas las fecha y hora para la celebración de dicha diligencia, el Juzgado declaró probada la excepción de caducidad que propusieron las partes accionadas, aduciendo que quedó demostrado en el proceso que el demandante no ejercitó el medio de control dentro de la oportunidad legal para hacerlo, el cual venció el 10 de octubre de 2016, y por esta razón se dio por terminado el proceso. Acto seguido, el apoderado de la parte actora interpuso en la audiencia el recurso de apelación contra la decisión de declarar probada dicha excepción, el cual fue concedido por encontrársele procedente y por tanto fue enviado al Honorable Tribunal Administrativo del Atlántico¹².

La Sala Mixta del Tribunal Administrativo del Atlántico, en auto de fecha 21 de marzo de 2018¹³, decidió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 24 de octubre de 2017, proferido en audiencia inicial por el Juzgado Sexto Administrativo, mediante el cual declaró probada la excepción previa de caducidad, el Honorable Tribunal, después de estudiar el tema de la caducidad, resolvió revocar el auto que la declaraba, argumentado que, en situaciones como la presente la forma de garantizar el derecho sustancial de las personas que entran en controversia con

³ Léanse folios 71-158.

⁴ Léanse folios. 159-164.

⁵ Léanse folios.179-212.

⁶ Léanse folios.213-229.

⁷ Léanse folios 230-239.

⁸ Léanse folios. 240-245.

⁹ Léase folio 246.

¹⁰ Léanse folios 247-259 y 260-272.

¹¹ Léase folios 274.

¹² Léanse folios 280-283.

¹³ Léanse folios 289-300.

la administración, y que aun cuando la providencia que se impugna es correcta desde el punto de vista formal, esto es, que los tiempos de la caducidad se han contabilizado en debida forma, por lo que en principio, estaría llamada a ser confirmada, no es menos cierto que del examen realizado en a la diligencia de notificación se concluye que la misma no se realizó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley, razón por la cual deviene inválida y no produce efectos legales, no obstante ello, y de conformidad con lo establecido en el artículo 72 del CPACA, debe entenderse por notificado por conducta concluyente desde el momento de la presentación de la demanda, y por tanto no ha operado el fenómeno de la caducidad.

En fecha 30 de abril de 2018¹⁴, esta Agencia Judicial, dispuso obedecer lo resuelto por el H Tribunal Administrativo del Atlántico, y por ende dar continuidad al proceso de la referencia.

Así entonces, mediante auto fecha 30 de abril de 2018¹⁵ fue fijado el día 16 de mayo de 2018, a las 10:00 AM, como fecha y hora para dar continuidad a la Audiencia Inicial, en la cual, fue fijado el litigio, y se decretaron las pruebas solicitadas por la parte actora; en esta misma audiencia, la parte demandada Uniscamp propone incidente de nulidad, manifestando que el actor es trabajador oficial y no empleado público, por lo tanto este Juzgado no tendría jurisdicción para conocer del asunto, siendo la competente para conocerlo la jurisdicción ordinaria en la especialidad laboral ¹⁶. En estrado el Juzgado resolvió suspender la audiencia inicial y convocarla para el 01 de junio de 2018, para determinar si hay lugar o no a la falta de jurisdicción. Llegada esta fecha, se celebró la audiencia programada, en la cual fue denegada la solicitud de nulidad propuesta por la parte accionada UNISCAMP, ya que al observar el material probatorio obrante en el expediente, se evidenció a folios 28 y subsiguientes la resolución 37 de UNISCAMP ESP, en la cual con claridad se observa que dicha decisión hace alusión a la calidad legal y reglamentaria del cargo que ostentaba el actor, y denota que el trabajador estaba nombrado en un cargo público de carrera administrativa, regido por la Ley 909 de 2004, norma que regula, entre otras cosas, el empleo público, creado en virtud a una decisión administrativa que no ha sido declarada nula, por la cual goza de presunción de legalidad y produce efectos jurídicos.

En fecha 19 de junio de 2018 el Juzgado libra auto en el cual se fijó fecha y hora el día 8 de agosto de 2018 para celebrar audiencia de pruebas, a llevarse a cabo a las 10:00 AM, llegada dicha fecha, se volvió a postergar la fecha y hora para el 9 de agosto de 2018, a las 10:30AM¹⁷.

II.6.- ALEGACIONES

En dicha audiencia se anunció el recaudo de las pruebas y se dispuso corre traslado a las partes para que presenten sus alegaciones de conclusión¹⁸. Las litigantes hicieron lo propio mediante memoriales del 23 de agosto de 2018¹⁹ [UNISCAMP], 13 de septiembre de 2018²⁰ [municipio de Campo de la Cruz el cual aportó poder pero no sustentó sus alegaciones] y 30 de agosto de 2018²¹ [parte accionante].

¹⁴ Léase folio 302

¹⁵ Folios 304-305

¹⁶ Léanse folios 356-362.

¹⁷ Léanse folios 364-384 del plenario.

¹⁸ Léanse folios 390-392 del plenario.

¹⁹ Léanse folios 393-423

²⁰ Léase folio 424.

²¹ Léanse folios 425-461

- **UNISCAMP**

Comentó UNISCAMP ESP en sus alegaciones, que las apreciaciones del demandante no constituyen fundamentos legales que impliquen que prosperen sus pretensiones, pues el señor MORALES MENDOZA fue desvinculado mediante una actuación administrativa legal y legítima, al no reunir los requisitos mínimos para ocupar el cargo de Operario Código 487 grado 01, para el cual fue nombrado mediante resolución 005 del 1º de julio de 2013, en la unidad de servicios públicos UNISCAMP.

Advierte que desde el 13 del mes de marzo de 2018 la entidad UNISCAMP se encuentra en proceso de liquidación, la cual fue ordenada mediante el Decreto 2018-01-03-001 del 3 de enero del cursante año, emitido por la Alcaldía Municipal de Campo De La Cruz, mediante el cual se autorizó la liquidación y disolución de UNISCAMP; que además, desde el 13 de marzo del cursante año la entidad Aguas del Sur del Departamento, en los seis municipios donde prestará los servicios de acueducto y alcantarillado que prestaba la encausada UNISCAMP. Añade que para esos efectos se nombró al respectivo gerente liquidador, razón por la cual solicita al Juzgado de manera excepcional que se declare respecto de UNISCAMP la falta de legitimación en causa procesal por pasiva.

Advierte que al momento de plantear los alegatos de conclusión es también una oportunidad procesal para que el Juzgado aclare vicios o irregularidades que puedan acarrear nulidades en el proceso y así sanearlo.

Insiste que para el momento en que se profirió la decisión, el demandante era un operario, razón por la cual debe declararse la nulidad de lo actuado y remitir el proceso a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, la cual es competente para conocer del proceso.

- **Demandante.**

El demandante se ratificó en sus pretensiones, comentó que si el alcalde municipal de Campo de La Cruz pretendía dejar sin efectos la decisión administrativa mediante la cual se vinculó al trabajador en provisionalidad, debió demandar su propia decisión mediante una acción de lesividad y no revocar ilegalmente el acto de nombramiento en provisionalidad; que la parte accionada debió aplicar lo establecido en el Manual de Funciones de la propia entidad, establecido en el Decreto 059 de 2007 y no exigir al servidor el cumplimiento de requisitos adicionales a los que acreditó al momento de posesionarse en el cargo, como constituyó para el caso la exigencia de título de bachiller; que la misma entidad al expedir el Decreto 026 de 2008, soslayó lo establecido previamente en el Decreto 060 del 1º de diciembre de 2007, lo que se constituye en quebranto de los principios de buena fe del acto propio y confianza legítima y debido proceso administrativo, por exigirle intempestivamente requisitos que no le fueron exigidos al momento de posesionarse.

Asegura que la conducta de las encausadas contradice lo señalado en la Constitución Política en su artículo 125 y al Ley 909 de 2004, en cuanto a los requisitos para el acceso a cargos públicos,

- **Municipio de Campo de la Cruz.**

El municipio de Campo de La Cruz, no recorrió el traslado para alegar.

II.7.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta oportunidad, el Ministerio Público no rindió concepto dentro del presente trámite, pese a ser notificado en debida forma.

III.- CONTROL DE LEGALIDAD

No advirtiéndose ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar la sentencia correspondiente.

IV.- CONSIDERACIONES

IV.1.- EXCEPCIONES O CUESTIONES PREVIAS

Se advierte que, el Municipio de Campo de La Cruz no propuso como medio exceptivo previo el de la falta de legitimación en causa procesal por pasiva. Tampoco este Juzgado lo avizó durante el trámite de la audiencia inicial.

Sin embargo, llegado este momento procesal y teniendo en cuenta que el artículo 282 del Código General del Proceso, reza en su tenor literal que:

Artículo 282. Resolución sobre excepciones. *En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.*

Sobre la legitimación en causa procesal, el Consejo de Estado ha señalado que²²:

“Para el efecto, es necesario recordar que esta Corporación ha señalado lo siguiente:

“La legitimación en la causa hace referencia a la posibilidad de que la persona formule o contradiga las pretensiones de la demanda, por ser el sujeto activo o pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso. Como se observa, las personas con legitimación en la causa, se encuentran en relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa, como demandante, o desde la parte pasiva, como demandado

(...)

“Ahora bien, según se hable de la legitimación del demandante o del demandado, estamos en presencia de la falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva, respectivamente. La legitimación en la causa por pasiva, en el proceso contencioso administrativo, necesariamente debe entenderse a la luz del concepto de capacidad para ser parte. En otros términos, la falta de legitimación por pasiva sólo puede predicarse de las personas que tienen capacidad para ser parte en el proceso”⁶²³.

²² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, auto 28 de febrero de 2017 Radicación número: 88001-23-33-000-2013-00094-01(52844).

²³ 6 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de unificación de jurisprudencia, 25 de septiembre de 2013, exp. 20.420

Conforme a lo anterior, resulta entonces necesario dilucidar el concepto de “capacidad para ser parte”, el cual se ha definido de la siguiente manera:

“la (sic) capacidad para ser parte hace referencia a la posibilidad de ser sujeto de la relación jurídico-procesal, esto es, constituir uno de los dos extremos de la litis, a saber, demandante o demandado. Esta condición proviene de la capacidad jurídica que se le atribuye a la personalidad, en otras palabras, la que tienen las personas, naturales, jurídicas o las ficciones habilitadas por la ley (v.gr. art. 2º ley 80 de 1993), para ser parte de cualquier relación jurídica”²⁴”

Para el asunto en estudio, si bien las entidades demandadas son, de una parte la Unidad Municipal de Servicios Públicos Domiciliarios de Agua Potable, Alcantarillado Sanitario de Campo de La Cruz – UNISCAMP, y por el otro lado el Municipio de Campo de La Cruz, está claro que la entidad UNISCAMP, es la que expidió las decisiones sometidas al presente medio de control.

Ahora bien, con respecto a UNISCAMP – ESP es una *empresa industrial y comercial del Estado*, la naturaleza jurídica de la Unidad Municipal de Servicios Públicos Domiciliarios de Agua Potable, Alcantarillado Sanitario de Campo de La Cruz – UNISCAMP, según lo expresado en los Decretos 045 de 2013, y 046 de ese mismo año, *de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, se constituye como una empresa industrial y comercial del estado [sic] del orden municipal, de carácter oficial, prestadora de servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, con personería jurídica, dotada de autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio y vigilada por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

Al ser UNISCAMP E.S.P. una entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, la que expidió las decisiones administrativas cuya nulidad el actor deprecia, es exclusivamente contra UNISCAMP ESP en contra de la cual se debe dirigir la acción impetrada, pues la encausada MUNICIPIO DE CAMPO DE LA CRUZ, no es sujeto pasivo con interés en la relación jurídica sustancial debatida en el proceso, al no haber expedido los actos administrativos que la parte activa pretende nulitar y por no tener incidencia alguna en las decisiones asumidas por UNISCAMP E.S.P., por ende, no sería llamado a responder ante una eventual condena.

Así las cosas, ante esta situación procesal, encuentra este Despacho probada de oficio la excepción previa de falta de legitimación en causa procesal por pasiva del Municipio de Campo de la Cruz, como en efecto se resolverá.

IV.2.- PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se contrae en determinar si, debe declararse la nulidad de la Resolución No. 033 del 19 de febrero de 2016, por medio del cual se revocó el nombramiento del señor HECTOR EMILIO MORALES MENDOZA en el cargo de Operario No. 487 Grado 01, y la nulidad de la Resolución 037 del 9 de marzo de 2016. En consecuencia, determinar si se debe ordenar el reintegro del empleado sin solución de continuidad y condenar el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta cuando se efectúe el reintegro al cargo.

²⁴ 7 Ibidem.

IV.3.- TESIS

El Juzgado sostendrá la tesis de que en el presente asunto no se accederá a despachar favorablemente a las pretensiones de la demanda, toda vez que, el cargo de Operario No. 487 Grado 01, que ostentaba el demandante en provisionalidad, al servicio de UNISCAMP EPS, i) no fue proveído mediante un concurso de méritos, ii) el actor no desvirtuó las alegadas falta de motivación / falsa motivación de los actos administrativos que expidió la encausada iii) La revocatoria del acto de nombramiento de un empleado en dicho cargo mediante el trámite impartido por UNISCAMP se fundó en razones fácticas y de derecho, de acuerdo con lo establecido en los artículos 41 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con el artículo 5º de la Ley 195 de 1995, por ser un nombramiento en provisionalidad en una vacante de un cargo en carrera que al momento de ser requerido para acreditar los requisitos mínimos para permanecer en el cargo, el actor no lo hizo.

IV.4.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

IV.4.1.- NATURALEZA JURÍDICA DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO Y RÉGIMEN LABORAL DE SUS EMPLEADOS

Sea lo primero indicar que, conforme a lo señalado en el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado tienen la siguiente naturaleza:

“Artículo 85º.- Las empresas industriales y comerciales del Estado son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica;

b. Autonomía administrativa y financiera;

c. Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciban por las funciones o servicios, y contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

El capital de las empresas industriales y comerciales del Estado podrá estar representado en cuotas o acciones de igual valor nominal.

A las empresas industriales y comerciales del Estado y a las sociedades de economía mixta, se les aplicará en lo pertinente los artículos 19, numerales 2, 4, 5, 6, 12, 13, 17, 27, numerales 2, 3, 4, 5, y 7, y 183 de la Ley 142 de 1994”

Por su parte, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, contempla en su artículo tercero, el campo de aplicación:

Artículo 3º. Campo de aplicación de la presente ley.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;

(Subrayas del Despacho).

De los artículos en cita se colige que las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios, ESP ostentan la naturaleza jurídica de ser entidades descentralizadas, con autonomía administrativa y patrimonio propio, creadas bien por Ley o por autorización de ésta.

La Constitución Nacional señala en su artículo 121 inciso 1º lo siguiente:

"No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente".

Por su parte, el artículo 125 Ibídem, sostiene

"Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley."

En ese sentido se tiene que, el régimen laboral al que se encuentran sometidos los empleados públicos de las empresas industriales y comerciales de nivel territorial, en este caso, los empleados de UNISCAMP E.S.P., es el consagrado en la Ley 909 de 2004, la cual consagra en su artículo 5º lo siguiente:

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 uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así (...).(Subrayas del Despacho).

Con base en lo anterior es dable afirmar que, las empresas de servicios públicos domiciliarios E.S.P., como UNISCAMP, que son del nivel territorial, tienen dentro de su planta de personal empleados públicos cuya relación laboral es de naturaleza legal y reglamentaria.

Por su parte, el Decreto 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, señala en su artículo 5º

"Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y

Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales”

“Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

IV.4.2.- Carrera administrativa

El artículo 125 de la Constitución Política reza en su tenor literal:

ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

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.

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.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

La Ley 909 de 2004, mediante la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, señala que una persona puede ingresar y cursar la carrera administrativa, mediante concurso de méritos exclusivamente, en los cuales, se elegirá al empleado mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.²⁵

El artículo 41 de la mencionada disposición sostiene:

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;

c) [INEXEQUIBLE. Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004 Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005]

d) Por renuncia regularmente aceptada;

²⁵ Artículo 27 de la ley 909 de 2004

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; [Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente].

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio].

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

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

(Resalta el Juzgado)

Por su parte la Ley 195 de 1995, señala en su artículo 5°:

Artículo 5°.- En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción. **Ver: Artículo 37 Ley 443 de 1998 Revocatoria de nombramiento por no acreditar los requisitos para el empleo.**

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años

IV.4.3.- Nombramiento en provisionalidad y declaratoria de insubsistencia de empleados públicos – jurisprudencia.

Se denomina nombramiento en provisionalidad, junto con los nombramientos por encargo, a aquella facultad legal que detentan las entidades públicas para proveer de manera transitoria los empleos de carrera que se encuentran en vacancia definitiva o temporal, para lo cual se debe observar el derecho preferencial que ostenta la carrera administrativa a sus titulares, al tenor de lo señalado en los artículo 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 o en las reglas especiales de cada régimen específico, con el fin de proveer esas vacantes.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, estaba en vigor la Ley 443 de 1998, [norma que regulaba la carrera administrativa hasta que el artículo 58 de la mencionada Ley 909 de 2004], para desvincular a un empleado que ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, éste podía ser declarado insubsistente por acto administrativo sin necesidad de motivación alguna; es decir, idéntico tratamiento respecto de los empleados de libre nombramiento y remoción.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, y varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, cambió el paradigma, dando un giro hacia la declaratoria de insubsistencia de un empleado público, estableciendo que para desvincular a un empleado que ostenta un cargo en provisionalidad en carrera administrativa, se debe hacer mediante decisión administrativa debidamente motivada; así lo señaló la Corte Constitucional, al dirimir una acción de tutela, en la Sentencia T – 289 de 2011²⁶, en la cual sacó a colación la posición del Consejo de Estado frente al tema y la postura de la Máxima Instancia Constitucional:

“3.2.4.1. Posición jurisprudencial del Consejo de Estado.

La posición jurisprudencial del Consejo de Estado respecto al deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad, no ha sido uniforme. La Subsección “A” de la Sección Segunda consideró el año (2003), que dichos servidores gozaban de estabilidad restringida y que para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso[27]. Mientras que para la Subsección “B” no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna[28].

El Consejo de Estado a partir del año 2003, unificó su jurisprudencia acogiendo la tesis de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna[29]. Estimó igualmente, que cuando se remueve a esta clase de personal (vinculado en provisionalidad), sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables. Esta posición, la ha mantenido hasta la fecha el Consejo de Estado y con base en ella se abstiene de anular actos administrativos de desvinculación, cuando se acude a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho[30]. Específicamente, las razones en que se apoya el Consejo de Estado[31], son las siguientes:

El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una “posición diferente” frente a los empleados nombrados en carrera y a los de libre nombramiento y remoción, porque ni ha accedido por concurso de méritos, ni se trata de un cargo asimilable a los de libre nombramiento.

- Quien está vinculado en provisionalidad tiene una doble inestabilidad: de un lado, como no pertenece a la carrera puede ser desvinculado por quien concursó y tiene derecho a ocupar el cargo; de otro, puede ser vinculado de manera discrecional por el nominador.

- El acto de nombramiento en provisionalidad no requiere procedimiento ni motivación alguna, lo mismo es predicable del acto de desvinculación, porque de lo contrario se harían extensivas las garantías que sólo se predicán para quien ha ingresado por concurso.

²⁶ Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

- Como los nombramientos en provisionalidad no ingresaron por mérito sino en ejercicio de una facultad discrecional, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el inciso 2º del artículo 125 de la Constitución.

- No se desconoce el derecho al debido proceso por cuanto la tesis del retiro discrecional de cargos en provisionalidad no impide demandar el acto por las causales previstas en el ordenamiento jurídico. Además, debe presumirse que la insubsistencia se inspira en razones de buen servicio, la cual en todo caso puede ser enervada en sede judicial.**[32]**

3.2.4.2. Posición de la Corte Constitucional.

La posición de la Corte Constitucional frente al tema de la motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad, difiere ampliamente de la tesis acogida por el Consejo de Estado. Para la Corte, existe un deber de motivación de los actos de retiro, cuya ausencia configura un vicio de nulidad por violación de principios y derechos de rango constitucional, como el debido proceso y acceso a la administración de justicia, toda vez que la facultad discrecional tiene límites.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-251 de 2009**[33]**, analizó las razones por las cuales la tesis del Consejo de Estado sobre la motivación de los actos de insubsistencia en provisionalidad no es válida en perspectiva constitucional, en ella se sostuvo:

.. esa diferencia sobre la motivación del acto, desconoce no sólo el principio de confianza legítima sino el artículo 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a brindar una protección judicial rápida a las personas que están en la jurisdicción de un Estado.

.. es necesario hacer prevalecer la doctrina constitucional que desde hace más de 11 años viene defendiendo la jurisdicción constitucional, según la cual la discrecionalidad de la administración no es arbitrariedad, razón por la que la motivación de los actos administrativos de desvinculación de personas vinculadas a cargos de carrera en provisionalidad es obligatoria en defensa derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros.

.. La motivación de esa clase de actos surge de una interpretación sistemática de la Constitución que parte de la definición misma del Estado como un Estado Social de Derecho, y que impone a la administración la necesidad de erradicar la arbitrariedad en sus decisiones, en ese orden, ha entendido la Corte que la discrecionalidad no se limita por razón de la motivación, por cuanto el nominador puede desvincular a un provisional, pero explicando las razones de su decisión.

... Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado.

La falta de motivación le resta al administrado la posibilidad de contradicción (sentencia T-308 de 2008). En consecuencia, no es leal para con el administrado que sólo conozca las razones de su desvinculación cuando demanda el acto ante la jurisdicción correspondiente. La motivación, en ese orden, permite erradicar, en principio, cualquier rasgo de arbitrariedad en la decisión, al tiempo que delimitará la controversia que se suscite entre la administración y el administrado.

En consecuencia, si bien le asiste la razón al Consejo de Estado cuando señala que el nombramiento en provisionalidad no convierte al funcionario en uno de carrera y que su nombramiento no tiene un sustento técnico; no la tiene cuando considera que la falta de motivación del acto de desvinculación no desconoce los principios y derechos que integran la Constitución, pues esa Corporación para llegar a tal conclusión deja de lado el análisis sistemático e integral que exige el texto constitucional.

.. El que se pueda demandar el acto de desvinculación no impide exigir la motivación del acto, por cuanto lo que está en juego en estos casos, son principios caros al Estado de Derecho, con una alta repercusión e incidencia directa en los derechos fundamentales de los administrados.

... Por tanto, la tesis del Consejo de Estado no puede ser acogida y como tal, corresponde a los jueces, sin importar la jurisdicción que estén ejerciendo, acatar la doctrina de la Corte Constitucional en el sentido de que los actos administrativos de desvinculación de un provisional que ejerce un cargo de carrera debe ser motivado.

En consecuencia, como la Corte Constitucional por disposición de la misma Constitución es la intérprete autorizada de sus normas (sentencias C-086 de 1995 y SU 640 de 1998, entre otras), y en ejercicio de esta función ha señalado en los últimos 11 años que la administración está obligada a motivar los actos de desvinculación de las personas que han accedido a la administración en forma provisional para ocupar un cargo de carrera, conclusión a la que arribó a partir de un análisis sistemático de la Constitución, hace que su interpretación sea la que deba prevalecer, tanto para la administración como para los jueces.

El efecto del desconocimiento de la doctrina de la Corte no puede ser otro que la revocatoria de las decisiones que la contraríen, por cuanto como se señaló en la sentencia SU-640 de 1998, el dejar sin efecto esas providencias se convierte en "el instrumento eficaz y necesario para preservar la unidad interpretativa de la Constitución".

*Desde esta perspectiva, la línea argumentativa trazada por la jurisprudencia constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad, guarda relación directa con importantes preceptos de orden constitucional, entre los cuales en la sentencia de unificación SU-917 de 2010, se destacan los siguientes: **En primer lugar**, la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP)[34]. **En segundo lugar**, la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso (art. 29 CP)[35]. **En tercer lugar**, la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático (arts 1º, 123, 209 CP), en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas[36]. **En cuarto lugar**, la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa, expresamente reconocido en el artículo 209 Superior, como corolario del principio democrático y de la prevalencia del interés general[37].*

De manera que, la falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, por violación de normas superiores. En esta medida, para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso efectivo a la administración de justicia, cuando una autoridad judicial, en abierto desconocimiento de

la ratio decidendi de la jurisprudencia fijada por la Corte Constitucional, considera que el acto de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad no requiere motivación alguna y con ese argumento se abstiene de declarar la nulidad de dicho acto así como el restablecimiento del derecho, corresponde al juez de tutela conceder el amparo invocado.

En conclusión, para esta Sala de Revisión es necesario hacer prevalecer la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha mantenido invariable desde el año 1998, según la cual el acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona que viene ocupando provisionalmente un cargo de carrera debe ser motivado, en defensa de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros.

La sentencia estableció los supuestos de hecho para la procedencia de la declaratoria de insubsistencia de los empleados públicos cuyo nombramiento en provisionalidad ha sido respecto de cargos de carrera administrativa, así:

**EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA
ADMINISTRATIVA-Protección constitucional**

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera (...) se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado.

(Resalta este Juzgado).

En concordancia con la tesis planteada, el Consejo de Estado terminó acogiendo la línea argumentativa de la Corte Constitucional, así lo sostuvo el Colegiado, por ejemplo, en proveído del 12 de octubre de 2012²⁷:

“EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD _ No goza de fuero de estabilidad / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – No motivación en vigencia de la Ley 443 de 1998 / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Requiere motivación así haya sido nombrados con anterioridad a la Ley 909 de 2005.

Ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público.

²⁷ Radicado No. 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11), Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda Subsección "A" Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año). Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, lo cual no ocurre en el caso de autos, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad."

La postura del Consejo de Estado acerca la debida motivación de las decisiones administrativas para declarar la insubsistencia de empleados en cargos en provisionalidad de carrera administrativa permanece incólume en la actualidad, como bien lo expresa la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - Subsección A, del 12 de octubre de 2017, en la cual se hace un sucinto recuento acerca de la carrera administrativa, los nombramientos en provisionalidad y la motivación de los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia de empleados públicos nombrados en provisionalidad²⁸, hasta llegar a la actual postura en la cual toda declaratoria de insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad deberá debidamente motivada.

"ACTO DE INSUBSISTENCIA – Motivación / EL RETIRO DEL SERVICIO DE LOS EMPLEADOS PROVISIONALES - En vigencia de la Ley 443 de 1998 podía disponerse mediante acto de insubsistencia, sin necesidad de motivación / EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – En vigencia de la Ley 909 de 2004 al declararse un acto de insubsistencia se debe motivar

[E]l retiro del servicio de los empleados provisionales, en vigencia de la Ley 443 de 1998 podía disponerse mediante acto de insubsistencia, sin necesidad de motivación. Cosa distinta sucede con la expedición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos solamente pueden ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado; la falta de tal exigencia constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa."

En este orden de ideas, los empleados públicos que fueron nombrados en cargos de carrera administrativa sin que hubiera mediado un concurso de méritos, se encuentran en condición de provisionalidad, situación que deberá mantenerse hasta que se efectuó el nombramiento, hasta cuando los cargos hayan sido convocados a concurso, en el caso de vacancia definitiva, y en caso de vacancia temporal, hasta cuando se finalice la situación administrativa que le dio origen.

IV.4.4 Categorías de los empleos públicos – funciones de los empleados públicos del nivel asistencial – calidades requeridas por la ley.

El Decreto 785 de 2005, norma mediante la cual se por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, señala en su artículo 4º:

²⁸ Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00919-01(1844-13), Consejero Ponente Rafael Francisco Suárez Vargas.

“Artículo 4°. Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:

4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

4.2. Nivel Asesor. Agrupa los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección territorial.

4.3. Nivel Profesional. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

4.4. Nivel Técnico. Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología. **4.5. Nivel Asistencial. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.**

(...)” (Resalta el Juzgado)

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, norma que reglamenta el sector de la función pública a nivel nacional y territorial, señala las funciones de los empleados públicos del nivel asistencial así:

“ARTÍCULO 2.2.2.2.5. NIVEL ASISTENCIAL. Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.

De acuerdo con su naturaleza, los empleos de este nivel tendrán, entre otras, las siguientes funciones:

1. Recibir, revisar, clasificar, radicar, distribuir y controlar documentos, datos, elementos y correspondencia, relacionados con los asuntos de competencia de la entidad.
2. Llevar y mantener actualizados los registros de carácter técnico, administrativo y financiero y responder por la exactitud de los mismos.
3. Orientar a los usuarios y suministrar la información que les sea solicitada, de conformidad con los procedimientos establecidos.
4. Desempeñar funciones de oficina y de asistencia administrativa encaminadas a facilitar el desarrollo y ejecución de las actividades del área de desempeño.
5. Realizar labores propias de los servicios generales que demande la institución.
6. Efectuar diligencias externas cuando las necesidades del servicio lo requieran.

7. Las demás que les sean asignadas por autoridad competente, de acuerdo con el área de desempeño y la naturaleza del empleo. (Decreto 1785 de 2014, artículo 6)

ARTÍCULO 2.2.2.2.6. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES. Para la descripción de funciones esenciales de los empleos en el respectivo manual específico de funciones y de competencias laborales, se deberán tener en cuenta las funciones generales enunciadas en el presente Título”.

IV.4.5 Falsa motivación de las decisiones administrativas – presunción de legalidad y certeza de los actos administrativos su ausencia deberá ser demostrada.

Para su validez, el acto administrativo cuenta con los requisitos de presunción de legalidad y presunción de veracidad o certeza. Sobre este tema el Consejo de Estado, en sentencia del 27 de noviembre de 2013²⁹ señaló:

“LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

(...) el control de legalidad de un acto administrativo con base en el examen de sus motivos –o de sus hechos determinantes o de los presupuestos fácticos que le sirven de sustento, expresiones éstas a las cuales se atribuye aquí un alcance similar– parte de la evidencia de que la aplicación de toda potestad administrativa exige como presupuesto insoslayable la existencia de una realidad de hecho que dé lugar a la actividad y a la decisión de que se trate. Ahora bien, como se desprende del principio lógico de identidad o de no contradicción, esa realidad es una y sólo una, no puede ser y no ser a la vez o simultáneamente ser de una manera y de otra. La verificación de la ocurrencia de unos hechos, al igual que la forma o las circunstancias en las cuales se han producido escapan, por tanto, a todo tipo de apreciación subjetiva, aun cuando no pueda necesariamente afirmarse lo mismo en relación con la valoración de dicha realidad, según más adelante se referirá.

Por consiguiente, la actividad probatoria que se despliegue tanto en sede administrativa como, eventualmente, con posterioridad ya ante la instancia judicial, tiene por objeto controlar plenamente la existencia y la exactitud de los motivos o presupuestos fácticos determinantes de la decisión, de suerte que, por esa vía, se fiscaliza naturalmente el ejercicio de las facultades con que cuenta la Administración, la cual sólo podrá ponerlas en marcha una vez acreditada la concurrencia de las circunstancias que integran el supuesto de hecho de la norma que las consagra.

(...)

con el fin de proferir válidamente un acto administrativo, resulta necesario que existan unos presupuestos fácticos –motivos– reales, que sirvan de soporte a la actuación administrativa y, adicionalmente, también se hace menester relacionar tales hechos, debidamente establecidos y acreditados, con el ordenamiento jurídico, de modo que resulte posible constatar si los realmente demostrados y apreciados, son aquellos elementos fácticos que contemple o exige la norma para que se puedan desencadenar los efectos jurídicos previstos en ella misma.

(...)

²⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Expediente No. 25000-23-26-000-1999-00662-01(25742), Acción de controversias contractuales. CONSEJERO PONENTE: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

En el caso del sistema jurídico colombiano, el control de legalidad de una decisión administrativa por sus hechos determinantes, por sus presupuestos fácticos o por sus motivos, encuentra fundamento legal –según lo ha entendido la jurisprudencia del Consejo de Estado– en la codificación de lo Contencioso Administrativo de 1984, a través de la inclusión de la causal de invalidación de los actos administrativos consistente en la “falsa motivación”⁽¹⁾ 30 en la cual se han entendido comprendidos tanto los vicios afectantes de la motivación como los verros o deficiencias en los motivos de la decisión. Así lo ha expresado el Consejo de Estado al sostener que “la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable”

(...)

En igual sentido lo expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación al referirse al control de legalidad de los actos administrativos por razón de sus motivos o hechos determinantes, así: “el supuesto de hecho, en cuanto proviene directamente de la norma atributiva de la potestad, es siempre un elemento reglado y la realidad misma del supuesto no puede ser eventualmente objeto de apreciación discrecional, si no lo autoriza la ley misma”⁽²⁾³¹.

En realidad, con fundamento en la causal de anulación del acto administrativo denominada “falsa motivación” resulta posible la formulación de cargos en contra de la decisión cuya legalidad se censura tanto por adolecer de deficiencias en la motivación en cuanto formalidad que debe acompañar, por regla general”⁽³⁾³².

(...)

Así las cosas, al invocar como vicio atribuible a un acto administrativo la falsa motivación, resulta posible atacarlo por (i) inexistencia o inexactitud de motivos o presupuestos fácticos; (ii) por la errada o desacertada valoración o calificación jurídica

³⁰ 1. El artículo 84 CCA, en el cual se prevén las causales de nulidad de los actos administrativos, dispone que tal medida procede “no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, o con falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.

De igual manera se encuentra recogida esta causal de invalidación de los actos administrativos en el artículo 137 de la recientemente expedida Ley 1437 de 2011 –la cual se trae de nuevo a colación en este pronunciamiento con propósitos puramente ilustrativos–, en los siguientes términos: “Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió” (subrayas añadidas).

³¹ 2. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de marzo de 1987; Consejero ponente: Jaime Paredes Tamayo. Radicación: 098.

³² 3. De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 35 del C.C.A., “[H]abiéndose dado la oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite”.

La exigencia de motivación como elemento de validez de todos los actos administrativos –salvo que exista norma legal especial que expresamente exima a la Administración de que determinado acto venga acompañado del mencionado requisito– se torna más perentoria aún de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, disposición que prevé: “Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada”.

de tales motivos o hechos determinantes; (iii) por inexistencia de motivación "considerandos" en los casos regla general, según se indicó en los cuales su incorporación y exposición formal resultan legalmente obligatorias o (iv) por falsa motivación "stricto sensu", esto es yerros, inexactitudes o imprecisiones en la parte motiva del pronunciamiento administrativo.

EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

(...) la propia ley prevé que la ocurrencia de una determinada situación de hecho constituye condición necesaria de la expedición de un acto administrativo, de modo que la Administración sólo estará habilitada para adoptar la correspondiente decisión cuando ese presupuesto fáctico efectivamente se dé; en tales casos /continúan/, se tornará imposible controlar la legalidad del acto sin constatar que los mencionados elementos de hecho que debieron conducir a su expedición, en primer término, tuvieron cabal existencia y, en segundo lugar, realmente se adecúan al enunciado normativo en cuyo contenido se sustenta la determinación administrativa sometida a examen⁽⁴⁾³³.

(...)

Y es que no puede olvidarse que a la Administración se le compele legalmente a instruir un procedimiento, a recaudar pruebas, a escuchar, valorar y ponderar las alegaciones de los interesados, antes de adoptar su decisión y como condición de mantenimiento de la presunción de validez que ampara a la misma. Todos estos trámites y garantías tienen por objeto que el órgano decisor se ubique en la mejor posición posible para expedir un acto administrativo que cumpla con el propósito de servir al interés público. De ahí que cuando el particular inconforme con la decisión la demanda ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, la ley establezca como una de las primeras determinaciones que éste forzosamente debe adoptar –según se ha indicado ya, que se ordene a la Administración la remisión o entrega, con destino al respectivo proceso judicial, del expediente o de los antecedentes administrativos de la resolución impugnada⁽⁵⁾³⁴.

2.6.2 La carga de la prueba de los hechos determinantes o motivos o presupuestos fácticos del acto administrativo demandado.

Como resulta normal en una relación trabada al amparo del Derecho Administrativo, cuando los operadores jurídicos ¾Administración y administrado¾ difieren respecto de la existencia, de la apreciación o de la calificación de los hechos que dan lugar a determinada decisión administrativa dentro de un asunto concreto, será el Juez de lo Contencioso Administrativo el llamado a intentar el establecimiento de la verdad en torno de tales presupuestos fácticos, para cuyo propósito debe valerse de todos los mecanismos y reglas que en materia probatoria contempla y autoriza el ordenamiento jurídico vigente.

³³ 4. Cfr. RIVERO, Jean, WALINE, Jean, Droit administratif, 18ª edición, Dalloz, París, 2.000, pp. 250-251.

³⁴ 5. Así lo disponen las normativas reguladoras del proceso contencioso administrativo en ordenamientos jurídicos como el español –referencia que se efectúa a modo puramente ilustrativo– y, como se indicó en precedencia dentro del presente pronunciamiento, también en la legislación colombiana. En España, el artículo 48.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que cuando el órgano jurisdiccional resuelva ordenar el anuncio de la interposición del recurso contencioso-administrativo y su publicación cuando hubiere lugar a ella, igualmente "requerirá a la Administración que le remita el expediente administrativo (...). El expediente se reclamará al órgano autor de la disposición o acto impugnado o a aquél al que se impute la inactividad o vía de hecho. Se hará siempre una copia autenticada de los expedientes tramitados en grados o fases anteriores, antes de devolverlos a su oficina de procedencia". El numeral 3º del mismo artículo 48 agrega que "el expediente deberá ser remitido en el plazo improrrogable de veinte días, a contar desde que la comunicación judicial tenga entrada en el registro general del órgano requerido".

Esta labor del Juez de lo Contencioso Administrativo cobra singular significado en atención a que la determinación que le corresponde efectuar respecto de los hechos no es idéntica a la tarea que en sus respectivos campos deben cumplir los Jueces Civiles, Laborales o Penales, por ejemplo, ello en atención a las características y atributos que acompañan las decisiones de la Administración Pública por razón de las responsabilidades que le competen como gestora de los intereses generales, lo cual explica, entre otras circunstancias, que las decisiones de naturaleza administrativa estarán amparadas por una presunción de legalidad –que a su turno transmite la presunción de veracidad a los supuestos o motivos fácticos que le sirven de fundamento- la cual deberá ser desvirtuada por quien se considere agraviado por esa decisión y pretenda su declaratoria judicial de nulidad.

(...)

La presunción de legalidad responde, por tanto, a la necesidad de garantizar la ejecutoriedad, la eficacia inmediata de los actos administrativos, pero deja intactas las reglas de la carga de la prueba, que operan con toda normalidad en el procedimiento contencioso-administrativo, del mismo modo que lo hacen en el proceso judicial civil o laboral

(...)

Cabe sostener a este respecto, por tanto, que la distribución de la carga de la prueba en el proceso judicial no se basa en la posición formal de demandante o demandado, sino en el objeto y en el contenido de las pretensiones; cada parte deberá probar aquellos hechos en los cuales se funda su pretensión o su oposición a la misma, lo que equivale a decir que cada parte tendrá que acreditar la concurrencia de las circunstancias configuradoras del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca en su favor(6)³⁵; tal es el contenido, por lo demás, del principio de carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil colombiano, de conformidad con el cual "[I]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"(7)³⁶, precepto legal que debe ser aplicado en los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por virtud de lo normado en el artículo 168 del C.C.A(8)³⁷.

Así las cosas, si lo que el administrado pretende al incoar el proceso contencioso administrativo es el reconocimiento de un derecho, correrá con la carga de acreditar los hechos que dan lugar a la existencia de ese derecho(9)³⁸, mientras que si le ha sido impuesta una sanción y considera que la misma carece de

³⁵ 6. GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 326-327; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, Derecho Procesal Civil, I, Bosch, Barcelona, 1992, p. 548.

³⁶ 7. En el mismo sentido, el inciso primero del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, establece que "[I]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

³⁷ 8. El artículo 168 del C.C.A., dispone lo siguiente: "En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración".

³⁸ Por su parte, a este mismo respecto, los artículos 211 y 306 de la Ley 1437 de 2011 preceptúan lo siguiente:

"Artículo 211. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil".

"Artículo 306. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo".

motivos o que los hechos en los cuales se fundamentó la Administración para imponerla han sido incorrectamente calificados por la autoridad que expidió el acto respectivo, podrá y/o deberá arrimar al proceso judicial las pruebas que así lo acrediten o, en cuanto resulte pertinente según las características particulares del respectivo caso concreto, podrá formular naturalmente desprovisto de temeridad la correspondiente negación indefinida encaminada a sostener, cuando a ello hay lugar, que el hecho o los hechos aludido(s) por la Administración en su decisión “nunca” ocurrieron, negación que por encontrarse legalmente exenta de prueba(10)³⁹ traslada a la Administración demandada la carga de acreditar la configuración de los hechos positivos que a su turno desvirtúen y dejen sin piso la aserción del demandante.

(...)

(Subraya y resalta este Juzgado)

V.- CASO CONCRETO

V.1.- HECHOS PROBADOS

Se encuentran plenamente probados los siguientes hechos:

1. Que el señor Héctor Emilio Morales Mendoza fue nombrado en el cargo de Operario Código 487 Grado 01 de la planta de personal de la UNIDAD MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO - UNISCAMP ESP, mediante el Resolución No. 005 del 1o de julio de 2013, así lo demuestran las copias de las actas de posesión No. 017 del 1º de julio de 2013. (Folios 97-99 y 103-105), además de ser mencionado su nombramiento en la Resolución 033 del 19 de febrero de 2016, cuya nulidad se demanda en el presente medio de control (folios 41-42).
2. Que para dar curso al nombramiento y posesión al cargo que ocupó el demandante ante UNISCAMP E.S.P., éste aportó los siguientes documentos:
 - Hoja de vida en formato único y anexos (Folios 341-348).
 - Certificado que acredita que estuvo como voluntario ante la defensa Civil Colombiana. (folio 349).
 - Certificado que el señor Morales Mendoza realizó una capacitación en *Educación Ambiental de las Comunidades de los Municipios de influencia de la Cuenca del Magdalena*. (folio 350).
3. Que el señor Héctor Emilio Morales Mendoza tomó posesión del cargo de Operario Código 487 Grado 01 de la planta de personal de la UNIDAD MUNICIPAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO - UNISCAMP ESP mediante diligencia fechada 1º de julio de 2013. (Folios 97-99 y 103-105).
4. Que el señor Héctor Emilio Morales Mendoza se posesionó en el cargo mediante acta de posesión No. 035, de fecha de fecha 10 de febrero de 2012, luego de haber sido nombrado en provisionalidad, mediante el Decreto 057 de 2 de febrero de 2012, lo cual está acreditado en la mencionada acta y el Decreto de nombramiento legibles respectivamente en el plenario a folios 331-334 del expediente.

³⁹ 9. DESDENTADO DAROCA, Eva, Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 252-253

5. Que el Gerente de UNISCAMP ESP, señor Édgar Escorcía Martínez, revocó el nombramiento del señor Héctor Emilio Morales Mendoza mediante la Resolución No. 033 del 19 de febrero de 2016, cuya parte motiva sostiene: i) que para desempeñar el cargo de Operario se requieren estudios de educación básica y experiencia laboral de 3 años; ii) que el demandante no acreditó los requisitos para ejercer el cargo, pese haber sido requerido por la empresa y éste sólo respondió que los documentos de tales requisitos reposan en los archivos de la entidad; iii) que de acuerdo a lo establecido en la Ley 190 de 1995, artículo 5º, cualquier nombramiento en un cargo público o contrato de prestación de servicios que no cumpla con los requisitos para ejercer el cargo o celebrar el contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso; y que la Ley 909 de 2004 señala en su artículo 41 las causales de retiro de empleados públicos por revocatoria de nombramiento al no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo (folios 41-42).
6. Que en contra de la Resolución No. 033 del 19 de febrero de 2016, el demandante interpuso recurso de reposición, en fecha 4 de marzo de 2016, en el cual argumentó: i) que la decisión administrativa no obedecen a las razones del buen servicio, que el cargo no había sido sometido a concurso de méritos ni se mencionó que la persona que lo reemplazó había obtenido el cargo participando en convocatoria alguna para proveer la vacante; ii) que no se le había dado traslado al empleado público de la decisión que requirió los documentos que debía aportar para demostrar las calidades del cargo que ocupaba, por lo cual se le truncó cualquier oportunidad de presentarlos, requisitos que el actor aportó en su oportunidad para posesionarse en el cargo al que considera injustamente desvinculado; iii) que no se tuvo en cuenta su edad avanzada ni su calidad de padre cabeza de hogar para su desvinculación que en contra del señor Morales Mendoza no cursó proceso disciplinario alguno (folios 124-135).
7. Que mediante la Resolución No. 037 del 9 de marzo de 2016, la entidad UNISCAMP ESP dispuso confirmar la decisión contenida en la Resolución 033 del 19 de febrero de 2016, basándose en lo señalado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, que el demandante fue requerido para que acreditara las calidades exigidas por el cargo para el que fue nombrado en provisionalidad, mediante oficio del 12 de febrero de 2016 y éste se abstuvo de aportarlos, y sólo afirmó que tales documentos reposan en los archivos de la misma empresa y que revisados tales archivos, tales documentos no se encontraron, que además en el escrito del recurso de reposición no aportó dicha documentación, por lo que al no demostrar el cumplimiento de tales requisitos, se procedió a revocar su nombramiento. (Folios 28-32 y 351-355).
8. Que el señor Héctor Emilio Morales Mendoza renunció voluntariamente al nombramiento al mencionado cargo, lo cual manifestó mediante escrito de fecha 28/06/2013. El cual se observa a folio 334 del plenario, renuncia que fue aceptada, y por la cual le cancelaron al demandante mediante Resolución No. 2014-03-27-09 y Resolución No. 2014-03-27-30 del 27 de marzo de 2014 (folios 335-338).
9. Que el demandante es una persona que cuenta con más de 66 años de edad, y que según la declaración de los testigos, ratificada en audiencia de pruebas del 16 de agosto del cursante año, varios menores de edad dependen económicamente del actor, lo cual se acreditó en el plenario a folios 100 (fotocopia de la cédula de

ciudadanía del invocante (folios 100, 106), copias de las actas de declaración extrajuicio de los testigos César de Jesús Martínez Ruiz y Ricardo José Contreras Navarro (folios 101102, 107 y 108 entre otras) .

V.2.- ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURÍDICO

La parte demandante en sus pretensiones solicita que se declaren nulas las decisiones administrativas No. 033 del 19 de febrero de 2016 y No. 37 del 09 de marzo de 2016, expedidas por UNISCAMP por medio del cual, fue revocado el nombramiento del señor Héctor Emilio Morales Mendoza en el cargo de Operario Código 487 Grado 01 de la Unidad Municipal de Servicios Públicos Domiciliarios de Agua Potable, Aseo y Alcantarillado de Campo de La Cruz – UNISCAMP ESP.

Conforme a lo aducido en el marco normativo y jurisprudencial del presente proveído, se tiene que en tratándose de empleados públicos nombrados en cargos en provisionalidad, cuyas vacantes fueran temporales o definitivas, pueden ser retirados del servicio por los nominadores por las causales señaladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, entre otras, porque el empleado por no acredite los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995.

En ese sentido, como bien lo ha expuesto la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, ese tipo de decisiones administrativas deben estar debidamente motivadas conforme a los supuestos fácticos que generaron la causa de la desvinculación del servicio bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y por otro, deben estar apartados de toda arbitrariedad por parte de la autoridad nominadora.

Para el caso en estudio, se tiene que, el señor HÉCTOR EMILIO MORALES MENDOZA, fue nombrado en el cargo de Operario Código 487 grado 01, en la Unidad de Servicios Públicos Domiciliarios de Agua Potable, Aseo y Alcantarillado Sanitario del Municipio de Campo de La Cruz – E.S.P. – “UNISCAMP”, mediante el Resolución No. 005 del 1o de julio de 2013, así lo demostraron las copias de las actas de posesión No. 017 del 1° de julio de 2013. (Folios 97-99 y 103-105).

Posteriormente, el actor fue requerido por la nominadora, a fin que allegara constancias documentales que acreditaran los requisitos de: i) experiencia relacionada con el cargo y ii) estudios académicos y el actor adujo que tales documentos están en posesión de la empresa nominadora, por tal razón, bastaba sacarlos de los archivos de la entidad. Este hecho deriva de lo señalado en las resoluciones demandadas, que afirmaron en su parte considerativa que el aquí demandante, que según oficio de fecha doce de febrero de 2016 el Gerente General de UNISCAMP ESP, solicitó al demandante para que aportara los mencionados documentos; sin embargo, que el actor dio respuesta que los documentos exigidos *reposan en recursos humanos* (folios 41-42, 207-208 del expediente). Por ello, al no contar con los documentos requeridos, el ente accionado decidió revocar el mencionado nombramiento, basados en las leyes 909 de 2004 y 190 de 1995

Luego de ello, el demandante interpuso recurso de reposición en fecha 4 de marzo de 2016, en el cual expuso los motivos de su inconformidad que las motivaciones no se derivaban de procurar el buen servicio, que no había sido sancionado disciplinariamente, que el cargo no había sido sometido a concurso de méritos ni se estableció que la persona que lo reemplazó había concursado para obtener la vacante y que no se le había dado traslado al empleado público de la decisión que requirió los documentos que debía aportar para demostrar las calidades del cargo que ocupaba, por lo cual se le frustró oportunidad para

presentar los requisitos, mismos que el actor aportó en su oportunidad para posesionarse en el cargo al que considera injustamente desvinculado; y que no se tuvo en cuenta su edad ni la calidad de padre cabeza de hogar, para desvincularlo (folios 124-135).

De esta forma, se tiene que el señor HÉCTOR EMILIO MORALES MENDOZA, i) no aportó al momento de ser requerido inicialmente por la empresa para aportar los documentos que eventualmente acreditaran el cumplimiento de los requisitos de aptitud para el cargo que detentaba en provisionalidad; ii) no lo hizo en la sede administrativa al momento de interponer el recurso de reposición en contra de la Resolución 033 del 19 de febrero de 2016 y iii) tampoco lo hizo en la oportunidad legal en esta jurisdicción en el presente medio de control. De colofón, los requisitos de experiencia comprobada y escolaridad tampoco se observan en el expediente administrativo allegado por la encausada en memorial de fecha 24 de mayo de 2018, legible a folios 327 al 355 del plenario; en particular, en el formato de hoja de vida del actor, el cual carece en absoluto de información sobre estudios escolares y experiencia comprobada, lo que bien puede evidenciarse a folios 341-343.

Ahora bien, no menos importante, el accionante a instancias del presente proceso acusó a los actos demandados de adolecer de falsa motivación; inclusive de carecer de ella, por ello, tenía sobre sus hombros la carga probatoria de desvirtuar la presunción de legalidad y de certeza de la que gozan las decisiones demandadas, sin embargo, las pruebas que allegó al proceso no tuvieron la vocación de desvirtuar la legalidad y veracidad de las decisiones.

En efecto, las decisiones administrativas basaron su decisión en el hecho que el demandante no acreditó las calidades para permanecer en el cargo, para lo cual se le brindó la oportunidad de aportar las pruebas de cumplir con los requisitos de experiencia y estudios escolares, lo cual no hizo; lo que constituyó motivación suficiente para que la encausada UNISCAMP diera aplicación a lo señalado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 5º de la Ley 195 de 1995; por ello, no son de recibo para el Despacho los argumentos de la parte accionante que las decisiones no tenían sustento legal.

Ahora bien, para el Juzgado igualmente no resultan válidos los señalamientos del demandante que la revocatoria del nombramiento en provisionalidad del demandante tuviera el espurio propósito de haber desvinculado al actor con el interés de ubicar en la vacante a otra persona por motivaciones políticas o electorales de parte del Alcalde municipal de Campo De La Cruz, pues no existen elementos probatorios suficientes que soporten tales señalamientos, aparte de las declaraciones rendidas por los señores César de Jesús Martínez Ruiz y Ricardo José Contreras Navarro a instancias de la audiencia de pruebas del 16 de agosto de 2018⁴⁰, las cuales fueron más que todo ratificaciones de las declaraciones extraprocesales rendidas ante notario público (folios 101102, 107 y 108).

Así las cosas en el *sub lite* se encuentra plenamente demostrado que el señor HECTOR EMILIO MORALES MENDOZA no cumplía con los requisitos para permanecer en el cargo, mencionados en las premisas normativas antes señaladas por tanto, no encuentra esta Judicatura la falsa motivación alegada por la parte actora.

En conclusión, este Despacho Judicial no encuentra la prosperidad de las pretensiones, razón por lo que habrá lugar a mantener en el mundo jurídico los efectos de las mencionadas resoluciones No. 033 del 19 de febrero de 2016, y 037 del 9 de marzo de 2016 de por encontrarse ajustadas a derecho.

⁴⁰ Audio y video CD-3-folio 287 del plenario –minutos 08:33 al 27:00 y 27:50 al 43:00

VI.- COSTAS

Este Despacho se abstendrá de condenar en costas, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que la hiciera merecedora a esa sanción, tales como, temeridad, irracionalidad absoluta de su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad conforme al artículo 188 CPACA.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VII.- FALLA

PRIMERO: DENIÉGUENSE las súplicas de la demanda, en concordancia con lo anotado en las motivaciones de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas, de conformidad con el artículo 188 del CPACA.

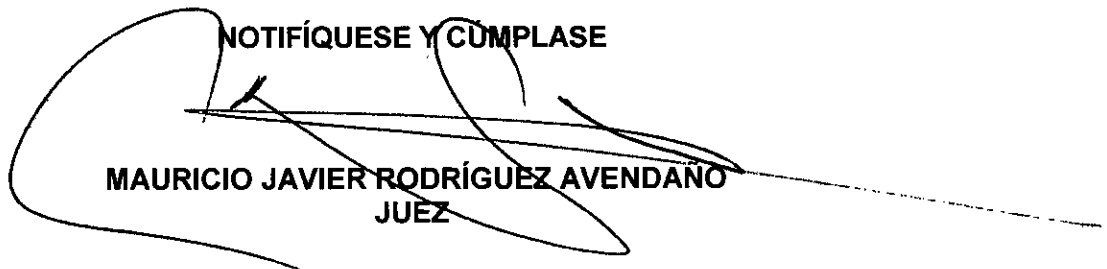
TERCERO: DÉSELE cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA

CUARTO: Notifíquese esta sentencia conforme a lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA

QUINTO: Una vez ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el aplicativo Justicia Siglo XXI Web.

SEXTO: Se ordena la expedición de copias que soliciten las partes conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE



MAURICIO JAVIER RODRÍGUEZ AVENDAÑO
JUEZ

ACO

