



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SISTEMA ORAL

Sincelejo, dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

RADICACION:	70-001-33-33-007-2012-00028-01
DEMANDANTE:	ALEJANDRO MERCADO HERAZO
DEMANDADO:	MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la providencia de fecha 14 de marzo de 2013, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, dentro de la audiencia inicial contemplada en el artículo 180 del CPACA¹, mediante la cual se negó el decreto de unas pruebas.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones

El señor **ALEJANDRO ENRIQUE MERCADO HERAZO**, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, contra el **MUNICIPIO DE LOS PALMITOS - SUCRE**, con el objeto de que se declare la nulidad del Decreto 071 de 17 de febrero de 2012, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del actor en la planta de personal del municipio demandado en el cargo de Profesional Universitario, código 219, grado 01, con funciones de Contador en la Tesorería.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se condene al ente demandado a reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro igual o de mayor jerarquía en el Municipio de los Palmitos. Igualmente, solicitó se ordenara a la entidad referenciada a reconocer los salarios causados, con la

¹ Ver folios 175 – 179 del cuaderno de primera instancia.

inclusión de los factores salariales liquidados mes a mes con el respectivo reajuste anual autorizado por el Gobierno Nacional, la prima de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, bonificación por recreación, los aportes a pensión y salud, los reajustes, actualizaciones e indexaciones de los anteriores conceptos y aquellos a los cuales tenga derecho.

1.2.- La providencia recurrida²:

El Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, mediante auto del 14 de marzo de 2013, proferido en desarrollo de la audiencia establecida en el artículo 181 de la ley 1437 de 2011, resolvió negar como prueba, oficiar al Municipio de los Palmitos para que:

- 1. Allegara al proceso los nombramientos y actas de posesión de los señores Tulio Díaz Pérez (Almacenista General), Amparo Silva Salgado (Profesional Especializado), Luis Emilio Parra Pérez, Álvaro Daniel Gómez Díaz (Profesional Universitario) y Fair Hernández Camargo (Secretario).*
- 2. Certificara si la Comisión Nacional del Servicio Civil concedió autorización para el nombramiento provisional de los señores antes mencionados.*
- 3. Certificara la fecha en que le cancelaron los salarios de Diciembre de 2011, enero y los 3 días de febrero de 2012 al actor.*

Al respecto, el juzgado de primera instancia indicó que lo solicitado no era razón de discordia y no tenía relación con el tema objeto de debate del plenario.

Sostuvo, que el hecho de estar o no posesionados los señores Tulio, Amparo, Luis, Álvaro y Fair, realmente no eran razones de discrepancia; de igual manera la prueba de la Comisión Nacional del Servicio Civil, tampoco tenía relación porque no estaba haciendo referencia al actor como tal, ni en ningún motivo del litigio que esté relacionado con esos señores, pues, se dice que ellos fueron perseguidos políticamente para desvincularse no para vincularse.

Las razones por las cuales fueron invocados los señores fue por persecución política, no porque no hubieran sido nombrados en la planta o fueran funcionarios de hecho o una situación jurídica similar. Y dentro

² Ver video a partir del minuto 12:30

de las situaciones de discordia no estaba si esos señores fueron o no nombrados; desvincularon a 5 personas más y ellos tienen derecho a rendir su testimonio acerca de la persecución que hoy se le invoca al alcalde.

Indicó que la certificación de cuanto ganaba el actor estaba allegada al plenario, por lo que tampoco era posible el decreto de esa prueba.

1.3.- El recurso³.

El demandante impugna la anterior decisión, por cuanto no se decretó oficiar al Municipio de los Palmitos – Sucre, para que arrimara al proceso los nombramientos y actas de posesión de los señores Tulio Díaz Pérez (Almacenista General), Amparo Silva Salgado (Profesional Especializado), Luis Emilio Parra Pérez, y Álvaro Daniel Gómez Díaz (Profesional Universitario).

Arguyó el actor, que en el Decreto 071 de 2012, existe una justificación o motivación por parte del ente demandado, en el que sostiene que los cargos hoy demandados estaban adscritos, o debían ser suplidos con gastos de funcionamiento, y que no se tuvo en cuenta el acuerdo de presupuesto de vigencia de 2010. Agrega, que hay una desviación de poder al decir que se estaban despidiendo o declarando insubsistente, porque no existía presupuesto, sin embargo se nombraron a otras personas en los mismos cargos, lo cual demostraba o hacía pensar que existía discordia en ese aspecto y ello debía ser demostrado.

1.4.- Traslado del recurso⁴.

Del recurso se corrió traslado⁵ a la Agente del Ministerio Público quien manifestó, “encontrarse parcialmente de acuerdo con la decisión del juzgado, a excepción que presentaba una apelación adhesiva (sic), en el sentido de que los testimonios de las personas que han sido despedidas, el Consejo de Estado, mediante sentencias reiterativas, tiene el despido masivo como una de las causales de anulación del acto, entonces el establecer, que además del actor fueron despedidos en ese mismo lapso de tiempo un número plural de funcionarios, es cosa que interesa para las resultas del proceso y, por tanto, estaba de acuerdo que los testimonios se debían decretar y recibir”.

³ Ver video a partir del minuto 14:00 de la grabación.

⁴ Ver video a partir del minuto 34:45

⁵ El apoderado judicial del ente demandado no asistió a la audiencia inicial.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

El Tribunal es competente para conocer en **Segunda Instancia** del recurso de apelación interpuesto por la P. Demandante, en atención a lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2.2. Cuestión a resolver:

Atendiendo la decisión de primera instancia apelada y la postura del recurrente, debe el despacho determinar, si es procedente o no decretar la prueba documental de oficio negada por el A quo.

Para los fines anteriores, el despacho hará énfasis en los siguientes aspectos: **(i)** Recurso de Apelación; **(II)** conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad del medio probatorio; **(III)** caso concreto.

2.2.1.- Trámite del Recurso de Apelación – competencia del superior para resolver la alzada.

El trámite del recurso de apelación de autos proferidos en audiencia, se encuentra regulado en el artículo 244 del CPACA, en los siguientes términos:

TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. *La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:*

- 1. Si el auto se profiere en audiencia, la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma.** *De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.*
- 2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió.** *De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene. Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.*
- 3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano.**
- 4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso.**

(Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, acorde con el artículo 357 de Código de Procedimiento Civil, norma aplicable por la integración normativa establecida en el artículo 211 de la ley 1437 de 2011, el Juez de segunda instancia tiene limitada su competencia para revisar la decisión del inferior conforme a los argumentos expuestos en el recurso interpuesto.

En efecto esa norma dispone:

*“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto **el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella /.../”.* (Resaltado fuera de texto)

Así pues, son las razones expuestas en la sustentación oral dentro de la audiencia las que debe tener en cuenta el superior para resolver el recurso, sin extralimitarse en su decisión por aspectos que no fueron atacados por el impugnante y sin que se aprecie algún argumento presentado por fuera de la misma.

2.3.- Pruebas – Conducencia, Pertinencia, Utilidad y Legalidad de la prueba.

La prueba judicial como medio de convicción de los hechos materia de debate procesal, permiten al juez tomar una decisión con base en una realidad fáctica. Para ello, deben cumplir una serie de requisitos legales para su incorporación al proceso, en su petición, decreto y práctica, en ese sentido, conforme las previsiones y reglas propias del proceso contencioso administrativo y acudiendo en lo no regulado a las estipulaciones del Código de Procedimiento Civil, como antes señalamos por virtud de la integración normativa.

Bajo esta óptica, el artículo 212 de la ley 1437 de 2011, enseña que las pruebas para que sean apreciadas por el juez, deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en el mismo; norma que debe ser armonizada con lo expuesto en el numeral décimo del artículo 181 ibídem, al disponer que,

*“sólo se decretaran las pruebas pedidas por las partes y los terceros, **siempre y cuando sean necesarias** para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad en tanto no éste prohibida su demostración por confesión o las de oficio que el juez o magistrado ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad”*

A su turno, el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

“Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas”.

Vemos entonces, que el decreto probatorio está sujeto a la oportunidad legal, a la relación del medio con los hechos debatidos en el proceso y con ello a la verificación de los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad, características, sobre las cuales el Consejo de Estado⁶ ha dicho:

“La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con el litigio. La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra”.

“Finalmente, las pruebas, además de tener las características mencionadas, deben estar permitidas por la ley”.

De tal suerte que, la negativa en el decreto de un medio de pruebas, sustentado en la falta de requisitos legales, precisa el estudio o análisis equilibrado de parte del juzgador con relación al carácter demostrativo del medio probatorio frente a los hechos demandados.

2.2.3. Caso concreto.

Delimitación del recurso:

Advierte el despacho tanto del acta y del registro audiovisual de la audiencia inicial practicada el día 14 de marzo de 2013, que la Juez de primera instancia resolvió negar como prueba, las documentales solicitadas mediante oficio al Municipio de los Palmitos, a fin de :

“1. Allegar al proceso los nombramientos y actas de posesión de los señores Tulio Díaz Pérez (Almacenista General), Amparo Silva Salgado (Profesional Especializado), Luis Emilio Parra Pérez, Álvaro Daniel Gómez Díaz (Profesional Universitario) y Fair Hernández Camargo (Secretario).

2. Certificar si la Comisión Nacional del Servicio Civil

⁶ Auto de 15 de marzo de 2013, expediente Rad. No. 2010-00933-02 (19227), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

concedió autorización para el nombramiento provisional de los señores antes mencionados.

3. Certificar la fecha en que le cancelaron los salarios de Diciembre de 2011, enero y los 3 días de febrero de 2012 al actor."

Respecto de la anterior decisión, se observa de la sustentación del recurso de apelación, que el actor solo atacó la negativa de la Juez de instancia, en cuanto negó oficiar al Municipio de los Palmitos - Sucre, para que allegara al proceso los nombramientos y actas de posesión de los señores Tulio Díaz Pérez (Almacenista General), Amparo Silva Salgado (Profesional Especializado), Luis Emilio Parra Pérez, Álvaro Daniel Gómez Díaz (Profesional Universitario) y Fair Hernández Camargo (Secretario); en este sentido, y atendiendo a que los argumentos expuestos por el apelante en a oportunidad legal, son los que debe tener en cuenta el juez de segunda instancia para desatar el recurso⁷, el Despacho acorde con lo señalado en líneas anteriores, únicamente entrará a resolver sobre la procedencia de esta prueba, sin que haya lugar a estudiar si eran o no procedentes las demás negadas al actor.

Por otra parte, se advierte que la Agente del Ministerio público presentó una **apelación adhesiva** contra la providencia de 14 de marzo de 2013, en cuanto señala que además del actor fueron despedidos al tiempo un número plural de funcionarios y, ello es cosa que interesa para las resultas del proceso, por tanto, dichos testimonios se debían decretar y recibir.

Respecto de la **apelación adhesiva**, inicialmente se hace necesario precisar que la misma tiene lugar cuando la decisión resulte desfavorable para las partes, pero una de ellas no apeló, sin embargo, ésta puede interponer dicho recurso hasta antes del vencimiento del término para alegar ante el superior⁸.

Sobre el particular, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado⁹, señaló:

"De allí que ha de concluirse que la apelación adhesiva está instituida básicamente como una oportunidad adicional y excepcional para que la parte –entendida esta expresión en el más amplio sentido- a la cual le resulte desfavorable la sentencia, pueda impugnarla por fuera del término legalmente previsto de ordinario para interponer dicho recurso, claro está

⁷ Artículo 357 C.P.C

⁸ Artículo 353 C.P.C

⁹ Sentencia de 9 de junio de 2010, expediente radicado No. 68001-23-15-000-1995 00434-01(18683), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

que en unas condiciones más rigurosas, al menos desde el punto de vista formal o procedimental, comoquiera que tal impugnación queda supeditada al trámite de la apelación principal”.

“Por consiguiente, el apelante incidental o adherente bien puede tener respecto del apelante principal la condición de contraparte, o bien puede compartir con tal apelante principal la misma posición jurídica dentro del proceso, es decir como partícipe de un mismo interés en el proceso -aspecto sobre el cual se volverá más adelante- ya sea a título de parte activa – demandante– o pasiva –demandada– de determinada acción o pretensión”.

En concordancia con lo citado, se deduce que los argumentos expuestos en la apelación adhesiva, no guardan relación con la decisión tomada por la juez de primer grado, ni con el recurso principal interpuesto, por lo que resta decir que no es procedente lo solicitado en esta instancia por la procuradora judicial.

Debe hacerse en este punto la aclaración que la juez de primera instancia, no negó la prueba testimonial solicitada por la P. Actora; a lo que no se accedió fue la recepción de las declaraciones de los testigos a través de comisión al Juzgado del Municipio de Los Palmitos, situación totalmente diferente a la planteada por la delegada en su apelación adhesiva.

Aclarado lo anterior, procede el despacho a descender sobre el asunto objeto de recurso presentado por el accionante.

Mediante providencia del 14 de marzo de 2013, la juez de primera instancia, resolvió no oficiar al Municipio de los Palmitos - Sucre, para que allegara al proceso los nombramientos y actas de posesión de los señores Tulio Díaz Pérez (Almacenista General), Amparo Silva Salgado (Profesional Especializado), Luis Emilio Parra Pérez, Álvaro Daniel Gómez Díaz (Profesional Universitario) y Fair Hernández Camargo (Secretario); determinación adoptado bajo el argumento de que lo solicitado no era punto de discordia, pues, el hecho de que estuvieran o no nombrados o posesionados dichos señores, realmente no tenía relación con el tema objeto de debate del plenario.

Indicó en su proveído el A quo, que las razones por las cuales fueron invocados los señores fue por persecución política, y no porque no hubieran sido nombrados en la planta o fueran funcionarios de hecho o una situación jurídica similar.

A su turno, el demandante adujo, que la entidad demandada justificó o motivó el Decreto 071 de 2012, sobre la base de que los cargos demandados estaban adscritos, o debían ser suplidos con gastos de funcionamiento, y no se tuvo en cuenta el acuerdo de presupuesto de vigencia de 2010; a pesar de ello, hubo desviación de poder, pues, se despidió o declaró insubsistente a varios funcionarios, entre ellos al actor, porque no existía presupuesto, sin embargo, se nombraron a otras personas en los mismos cargos, y ello se debía demostrar con el decreto de dicha prueba.

Analizado el sub examine, se advierte que la decisión atacada en esta instancia judicial debe ser revocada, para en su lugar ordenarse el decreto de la prueba documental de oficio, en razón a lo siguiente:

De la lectura de la demanda y los argumentos expuestos por el apelante, se advierte que la razón por la cual se solicita se aporten al plenario los nombramientos y las actas de posesión de los señores Tulio Díaz Pérez, Amparo Silva Salgado, Luis Emilio Parra Pérez, Álvaro Daniel Gómez Díaz y Fair Hernández Camargo, es para demostrar que los mencionados señores, fueron nombrados en reemplazo de otras personas, **dentro de las cuales se encuentra el actor**, y que los motivos que dieron lugar a su despido no eran tan ciertos como se desprende del acto acusado a través de este medio de control, lo cual muestra la relación del medio de prueba con el objeto del litigio.

En efecto, señala el actor en la demanda¹⁰, que si en gracia de discusión se aceptara que no había presupuesto para proveer su cargo, extrañamente la administración Municipal en días siguientes a su retiro, nombró a varias personas en los cargos que ocupaban otras a quienes también les fue terminado su nombramiento provisional, argumentando los mismos motivos de retiro que se le dio al demandante. Es así, como arguye que se hicieron los siguientes nombramientos:

Tulio Díaz Pérez: Almacenista General, Código 215, grado 01, adscrito a la Secretaría de Planeación Municipal; cargo que ocupaba Edgar Alexander Tovar Salgado.

Amparo Silva Salgado: Profesional Especializado, Código 222, grado 03, vinculado a la Secretaría de Desarrollo Rural; cargo que desempeñaba Edimer Luís Pérez Arrieta.

Luís Emilio Parra Pérez: Profesional Universitario, Código 219, grado 01, con funciones de Contador; cargo que ejercía el actor Alejandro Enrique

¹⁰ Hecho 10 y en las causales de anulación invocadas (fls. 3 y 9 – 11)

Mercado Herazo.

Álvaro Gabriel Gómez Díaz: Profesional Universitario, Código 219, grado 01, con funciones de Jefe de Presupuesto de la Tesorería Municipal, cargo que tenía Cleysman Jair Monterroza Rivera.

En razón a lo anterior, discute el demandante el interés desviado de la administración municipal, por la ausencia de razones válidas (**falta de presupuesto** – mejoramiento del servicio) para hacer varios retiros y designar a otras personas en los cargos de aquellos a quienes daba por terminado su nombramiento provisional; en ese sentido, alega el actor que para desdibujar el argumento de la falta de presupuesto, debía demostrarlo con los respectivos nombramientos y actas de posesión de los señores referenciados, por tanto solicitaba dicha prueba.

Ahora bien, del análisis expuesto, considera el despacho que la prueba solicitada por el actor, es **adecuada** y tiene relación con el tema de prueba, por cuanto busca demostrar que la falta de presupuesto que alegó la administración municipal para retirarlo del servicio no es cierta, pues, posterior a tal hecho, se nombró al señor Luís Emilio Parra Pérez en su reemplazo; es **pertinente**, por cuanto tiene que ver con el litigio¹¹ que se plantea en el presente asunto, ya que el actor alega dicha situación como un interés desviado del ente demandado para terminar su nombramiento; Es **útil**, en el sentido, que dicho medio probatorio busca acreditar su argumento presupuestal, amén de que se aportó como pruebas las nóminas de los meses de marzo, abril y mayo de 2012 del Municipio de los Palmitos y los decretos que se expidieron para terminar los nombramientos de los funcionarios que ocupaban los cargos en los que posteriormente fueron nombrados los señores Tulio Díaz Pérez, Amparo Silva Salgado, Luis Emilio Parra Pérez, Álvaro Daniel Gómez Díaz y Fair Hernández Camargo. Aunado a lo anterior, la prueba fue solicitada dentro de la oportunidad **legal**¹², esto es, con la presentación de la demanda¹³, y además no está prohibida por el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, se concluye que hay lugar a decretar la prueba solicitada oportunamente por el actor, y en consecuencia, se procederá a revocar la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo el 14 de marzo del año en curso.

Por lo expuesto, se **DISPONE:**

¹¹ Ver acta de audiencia – fijación del litigio, hechos discordantes (reverso folio 177

¹² Inciso segundo del artículo 212 del CPACA

¹³ Ver folios 10, 11.

PRIMERO: RECHAZAR el recurso de apelación adhesivo formulado por la Agente del Ministerio Público.

SEGUNDO: REVÓQUESE la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 14 de marzo de 2013, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y, en su lugar se dispone:

“Oficiese al Municipio de los Palmitos para que allegue al proceso de la referencia los nombramientos y actas de posesión de los señores Tulio Díaz Pérez (Almacenista General), Amparo Silva Salgado (Profesional Especializado), Luis Emilio Parra Pérez, Álvaro Daniel Gómez Díaz (Profesional Universitario) y Fair Hernández Camargo (Secretario).

TERCERO: Ejecutoriado esta providencia, regrésese el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CESAR E. GÓMEZ CÁRDENAS
Magistrado