



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
Matuna, calle 32 No. 10-129 Avenida Daniel Lemaitre, Antiguas Oficinas de Telecartagena Piso 1. Tel. 6648778 Cartagena-Bolívar

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
SECRETARIO

EDICTO
011

EL SUSCRITO SECRETARIO DEL JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, POR MEDIO DEL PRESENTE, NOTIFICA PROVIDENCIA DECRETADA EN EL EXPEDIENTE.

RADICADO BAJO EL N°
DEMANDANTE
DEMANDADO
NATURALEZA

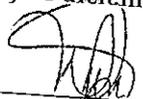
1300133-33-005-2012-00074-00
YAXCENITH RODRIGUEZ DELGADO
MUNICIPIO DE MORALES
NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

FECHA DE LA DECISIÓN: DOS (02) DE DICIEMBRE DE 2013

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA, EN LUGAR PUBLICO DE LA OFICINA DE SERVICIOS DE LOS JUZGADOS ADMINISTRATIVOS Y EN LA SECRETARÍA DEL JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO, POR EL TERMINO DE TRES (03) DÍAS, HOY NUEVE (9) DE DICIEMBRE DE 2013 A LAS OCHO DE LA MAÑANA (8:00 A.M.)


SECRETARIO

CERTIFICO: Que el presente EDICTO permaneció fijado en lugar público de los Juzgados Administrativos, por el término en él indicado, se desfija hoy Once (11) de diciembre de 2013 a las cinco de la tarde (5:00 P.M)


SECRETARIO





REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias D.T. y C., dos (2) de diciembre de dos mil trece (2013).

Radicación: 13001-33-33-005-2012-00074-00

Demandante: YEXCENITH RODRÍGUEZ DELGADO

Demandado: Municipio de Morales

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Dicta el Despacho la sentencia que en derecho corresponde en este proceso, verificando previamente que no existe causal de nulidad que invalide la actuación, y dando cumplimiento a lo señalado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ANTECEDENTES

Pretensiones

La señora **YEXCENITH RODRÍGUEZ DELGADO** por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del CPACA, el 30 de agosto de 2012, presentó demanda contra el **MUNICIPIO DE MORALES**, solicitando:

1. La nulidad de la Resolución No. 058 de 21 de marzo de 2012, expedido por el Alcalde de Morales, por medio del cual declaró insubsistente a la demandante en el cargo de Inspectora Municipal de Policía de Morales.
2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene el reintegro de la demandante al cargo que venía desempeñando como Inspectora Municipal de Policía de Morales.
3. Se condene al demandado al pago de salarios, pago de seguridad social y prestaciones sociales, dejado de percibir desde la declaratoria de insubsistencia hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia, como si no existiera solución de continuidad.
4. La reparación del daño moral por congoja y tristeza causadas a la demandante.
5. Indexación de las sumas de condena y de la indemnización.
6. Se condene en costas al demandado.

Hechos

- Los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda se concretan a que la demandante fue nombrada mediante la Resolución No. 016 de 24 de enero de 2011 como Inspectora Municipal de Policía, en esa fecha tomó posesión del cargo.

- Con Resolución No. 058 de 21 de marzo de 2012 se dio por terminada la vinculación laboral, alegando que ella no cumplía con los requisitos exigidos por el manual de funciones para ocupar el cargo.

- También se apoya la Administración en un oficio recibido de la Oficina de Control Interno del Municipio que manifestaba que la denunciante no estaba cumpliendo con las funciones de su cargo.

- Se señala que la demandante no ha sido objeto de investigación penal ni disciplinaria y siempre fue una empleada destacada.

- **Concepto de violación.** Manifestó lo siguiente:

Considera que hubo violación a normas constitucionales contenidas en los artículos 2, 13 y 90. Y legales contenidas en los artículos 41 de la ley 909 de 2004. Desconociendo el fuero relativo de estabilidad de los empleados provisionales reconocido por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Igualmente, el artículo 13 de la Constitución porque fue la única funcionaria municipal desvinculada sin que se le permitiera defenderse mediante un proceso disciplinario, en el cual se indicaran las falencias de su desempeño.

Hubo falsa motivación en el acto demandado pues debió éste basarse en hechos ciertos y existentes al momento de su expedición, so pena de configurar esta causal de nulidad del acto administrativo.

De otra parte, el artículo 41 de la ley 909 de 2004 señala las causales de insubsistencia del nombramiento, que hacen referencia a la calificación insatisfactoria y como consecuencia de un proceso disciplinario, los cuales en este caso no se han dado.

También acusa al acto demandado de una desviación de poder explicando dicha causal en el hecho de que la demandante no es de la misma cuerda política del señor Alcalde y esa fue la verdadera razón de la desvinculación.

Contestación de la demanda

Defiende la legalidad de los actos administrativos demandados con fundamento en que la desvinculación de la demandante obedeció a una justa causa toda vez que en su hoja de vida consigno falsedades respecto a su profesión de abogada, lo cual se desvirtúa al no aparecer registrada como profesional del derecho en el Registro del Consejo Superior de la Judicatura. De otra parte fueron múltiples los requerimientos que se le hicieron a la demandante por parte del jefe inmediato y de control interno para que cumpliera su deber; sin que la calificación del desempeño de un funcionario se dé únicamente en el escenario del proceso disciplinario, ya que puede hacerse el seguimiento por su jefe o control interno como así se hizo.

Como quiera que la motivación de la Resolución No. 058 de 2012 está ajustada a derecho al no tener la demandante las calidades que el cargo requería, lo más obvio era que debía cesar la función de la funcionaria por inidoneidad. Y si bien es cierto que la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió una autorización Radicada No. 0-2011-1501 para el nombramiento en provisionalidad, la misma no se dio para el nombramiento en propiedad o con cargo de carrera administrativa como lo quiera hacer parecer el apoderado de la demandante y de ello deducir estabilidad. La demandada lo que hizo frente a esa autorización es atender los

plazos previstos en la Resolución emitida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en razón a que su predecesor no lo hizo.

Formuló como excepciones la de caducidad de la acción, violación al principio de publicidad y violación al debido proceso pero que hacen relación a presupuestos procesales y a causales de nulidad, que fueron resueltas en la audiencia inicial.

TRAMITE

La demanda fue presentada el 30 de agosto de 2012, inicialmente inadmitida mediante auto de fecha tres (3) de septiembre de 2012 (fl. 22); y subsanada la demanda ésta fue admitida en auto del 26 de septiembre de 2012 (fl. 30).

La notificación a la demandada fue el 8 de abril de 2013, presentándose contestación de la demanda en forma oportuna con formulación de excepciones previas y perentorias, de las cuales se dio traslado a la parte contraria (fl. 138). La fecha de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA fue fijada mediante auto del 19 de julio de 2013 (fl. 142), realizándose la misma el 23 de agosto a la 1:30 p.m. (fl. 147). Al finalizar la audiencia inicial se señaló fecha para la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 del CPACA, la que se realizó en una sesión el día 17 de octubre (fl. 185); en esta última fecha el despacho consideró que no era necesario fijar fecha para la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, ordenando a las partes la presentación por escrito de sus alegatos de conclusión, conforme lo dispuesto en el último inciso del Art. 181 del CPACA.

Alegaciones

Las alegaciones de las partes se resumen a continuación:

El apoderado de la demandante manifiesta que se logro probar que se violentó las normas jurídicas que señalan los derroteros a seguir en cuanto a la vinculación y desvinculación de empleados públicos. La censura al acto demandado se centra en que desconoció los artículos 2, 13 y 90 de la Constitución, así como los artículos 41 y 43 de la Ley 909 de 2004 y precedentes jurisprudenciales tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional. Adoleciendo de falsa motivación cuando el acto echa mano de una falta de requisitos para ocupar el cargo, de unas quejas presentadas por usuarios y la falta de autorización por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, sin dar cumplimiento a las garantías constitucionales y legales establecidas en la ley 909 de 2004, en sus artículos 41 y 43 que señalan las causas por las que procede la declaratoria de insubsistencia o el retiro de un empleado público. Resalta que en la hoja de vida no obra ninguna anotación o proceso de carácter disciplinario, ni mucho menos una calificación de servicios en los términos de la ley 734 de 2002 y ley 909 de 2004; por tal razón motivar el acto de desvinculación en razón a tratarse de un funcionario que no cumple con sus funciones, es una falsa motivación; tampoco un oficio tiene carácter de proceso disciplinario o acto calificador para sustentar en él la desvinculación de la demandante.

También señala que los requerimientos en razón de sus funciones que le hicieron de mala fe a la demandante, casi a diario, sí fueron respondidos por ella como se puede evidenciar a folios 77, 78 y 79 de la demanda, de donde se demuestra que no había causal de retiro alguno, porque hasta los requerimientos se contestaron.

En cuanto a que la demandante no cumple los requisitos para ocupar el cargo, dice que la demandante en el formato de Función Pública no señaló que fuera graduada, lo que hizo constar fue haber cumplido con los diez semestres de la carrera de derecho, y pone en duda que el ser abogado graduado fuera un

requisito para ocupar el cargo. Además que ella sí contestó el requerimiento de acreditar su grado que le hizo la Administración según obra a folio 81 de la demanda.

Por último, dice que se puede inferir la mala fe de la Administración con el trámite ante la Comisión Nacional del Servicio Civil de la autorización para hacer el nombramiento en el cargo, que fue negativo por no haberse hecho la solicitud de la autorización por el nominador, y en el entretanto se desvinculó a la demandante y sin contar con la autorización hicieron el nombramiento de quien la reemplazo en el cargo; luego, la causal de la falta de autorización fue utilizada negativamente contra la demandante, pero a favor de la recién nombrada que aún permanece en el cargo.

La apoderada de la demanda solicita se de aplicación a la prejudicialidad administrativa prevista en los artículos 170 y 171 del C.P.C., por estar en trámite de decisión el recurso de apelación interpuesto en la audiencia inicial, a efectos que se de cumplimiento al artículo 29 de la Constitución, como quiera que se dan los requisitos porque la prejudicialidad suspende la competencia del juez en un caso concreto hasta tanto no se decida otro proceso cuya determinación tenga marcada incidencia en el que se suspende, para evitar así decisiones antagónicas.

Refiriéndose a los hechos de la demanda y pretensiones y sustentándose en un concepto de la Procuraduría sobre el Decreto 800 de 1991, afirma que de las pruebas se colige que la accionante YEXCENITH RODRÍGUEZ DELGADO, no reunía las calidades para ser nombrada como inspectora de policía, y por tal razón motivos le asistía al señor Alcalde de Morales para corregir tal yerro.

Se opone a las pretensiones señalando que como la demandante carecía de los requisitos mínimos para ocupar el cargo, el Alcalde estaba facultado por el artículo 5 de la ley 190 de 1995 para revocar el nombramiento, así como también el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo, en razón que para el nombramiento de la señora YEXCENITH RODRÍGUEZ DELGADO se utilizaron medios ilegales, entre ellos, se pretendió con el aludido permiso (sic) suplir requisitos sine qua non que son irremplazables para el nombramiento.

Termina haciendo un recuento de lo acontecido en la audiencia inicial y solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

Concepto del Ministerio Público

No rindió concepto en este asunto.

CONSIDERACIONES

Cuestión previa sobre la competencia del despacho.

La apoderada de la entidad demandada señala que el despacho tiene suspendida su competencia por prejudicialidad. De esta forma está confundiendo el efecto devolutivo en que se concedió el recurso de apelación con una causa de prejudicialidad.

Para aclarar este punto debe señalar el despacho que en la audiencia inicial cuando se decidieron las excepciones previas propuestas, declarando la improsperidad de las mismas, la apoderada de la parte demandada interpuso el recurso de apelación contra la decisión, recurso que, una vez realizado el traslado a la otra parte y la sustentación del mismo, fue concedido en el efecto devolutivo conforme el artículo 180 del CPACA y según la interpretación hecha por el despacho sobre el efecto en

que debe concederse en razón a que la mencionada disposición no lo señala, y por razón del principio de concentración entendiéndose que la etapa de las excepciones no es la única de la audiencia inicial y debía agotarse el objeto de la diligencia con todas sus etapas. Igualmente fue interpuesto recurso de apelación contra el auto que decreto pruebas, que se concedió en el efecto devolutivo como lo señala el artículo 243 del CPACA.

Y de acuerdo con el artículo 354 del C.P.C., aplicable por remisión, el efecto devolutivo no suspende el cumplimiento de la providencia ni el curso del proceso, luego, no existe ninguna prejudicialidad porque no estamos hablando de dos procesos diferentes y la competencia de este despacho no se encuentra suspendida en razón del efecto devolutivo del recurso apelación interpuesto.

Es por ello que se procede a decidir.

En la fijación de litigio se estableció el siguiente,

Problema jurídico

Determinar la ilegalidad del acto administrativo que declaró insubsistente a la demandante en el cargo de Inspectora Municipal de Policía. Para ello debe establecerse conforme con las causales de nulidad, si hubo desconocimiento de normas superiores y legales en que el acto administrativo debió fundamentarse, aduciendo la demandante que se violó el fueron relativo de los provisionales y el principio de igualdad; y si hubo falsa motivación, toda vez que el artículo 41 de la ley 909 de 2004 señala las causales de insubsistencia y no fueron las aplicadas; o si, por el contrario, no se desvirtúa la legalidad del acto administrativo en cuanto la Comisión Nacional del Servicio Civil sólo autorizó el nombramiento en el cargo por seis meses, y por el mal servicio que se estaba prestando en la Inspección de Policía.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, el despacho encuentra probados los siguientes hechos relevantes:

- El 24 de enero de 2011, la demandante YEXCENITH RODRÍGUEZ DELGADO fue nombrada mediante Resolución 016 de esa fecha en el cargo de Inspectora Municipal de Policía de Morales Nivel Técnico, Código 303, grado 1, del cual tomó posesión el mismo 24 de enero de 2011 (fls. 12 y 13). Nombramiento y posesión que se acreditan en copia auténtica y por ello con valor probatorio. Igualmente obra original de la certificación de tiempo de servicios y último salario devengado, expedida por el Secretario General y Gobierno del Municipio de Morales (fl. 14).

- El 2 de marzo de 2012, mediante el acto demandado la Resolución No. 058 expedida por el señor Alcalde Municipal de Morales, se declaró la insubsistencia del cargo de Inspectora Municipal de Policía a la demandante YEXCENITH RODRÍGUEZ DELGADO (fl. 16). Los motivos para declarar la insubsistencia fueron que la demandante no había acreditado el cumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo, según los documentos que reposaban en su hoja de vida y que no allegó después de ser requerida para ello. Así mismo, por el informe emitido por la Oficina de Control Interno, después de seguimiento a los procesos de la Inspección de Policía Municipal, concluyendo que no se estaba cumpliendo con las funciones propias del cargo.

- A folios 62 a 132, autenticada obra la hoja de vida de la demandante, en tal documentación no se encuentra ningún documento que acredite si quiera la terminación de estudios de derecho pese a que en el diligenciamiento de la hoja de vida (fl. 89) la demandante consignó la terminación de estudios de diez semestres. También obra a folio 127 y 128 los requerimientos hechos por la Administración a la demandante, de 6 y 30 de enero de 2012, para acreditarla el

diploma y la tarjeta profesional como profesional del derecho; solo una de ellas fue contestada por la demandante con escrito radicado el 31 de enero de 2012 (fl. 81), el requerimiento del 6 de enero, manifestando que por un error de transcripción quedó como si tuviera título de derecho, pero aclara que lo cierto es que culminó sus estudios de derecho en la Universidad Cooperativa de Colombia de la ciudad de Bucaramanga, requisito para ocupar el cargo y solicitó permiso para solicitar la respectiva certificación. Sin que la misma obre en la hoja de vida en fechas posteriores como allegada dando respuesta al requerimiento de la Administración.

A folio 87 obra la autorización otorgado por la Comisión Nacional de Servicio Civil para el nombramiento provisional en el cargo de Inspectora de Policía Municipal de Morales, código 303, grado 1, por seis (6) meses. Autorización que fue solicitada el 14 de enero de 2011 según obra a folio 88.

Con los documentos allegados por la Comisión Nacional de Servicio Civil, que aparecen a folios 174 a 183, se establece que dicha entidad autorizó el nombramiento en provisionalidad de la demandante, pero antes de expedirse la autorización se hizo el nombramiento y se le dio posesión a la demandante, como no fue atacado el tiempo de la provisionalidad ni se hizo convocatoria para proveer el cargo en propiedad; así se le hace ver la CNSC a la Administración Municipal en el oficio de 5 de enero de 2012 (fl. 177).

Obra a folio 71 una hoja de lo que supuestamente es el manual de funciones y competencias laborales del Municipio de Morales, sin existir certeza que los requisitos allí señalados (haber terminado estudios de derecho de facultad oficialmente reconocida o tecnólogo en administración municipal y un año de experiencia relacionada), sea la del cargo de Inspectora de Policía Municipal de Morales, código 303, grado 1.

Finalmente en la hoja de vida de la demandante aparecen varios requerimientos sobre el cumplimiento de sus funciones respecto a dos quejas presentadas por dos ciudadanos y por actuaciones sobre unos permisos expedidos por la inspectora sin estar autorizada para ello. Los requerimientos son de febrero y mes de marzo de 2012 (fl. 113, 114, 117, 118, 119, 120, 124 y 130).

Complementan las pruebas la certificación de salarios del cargo de Inspectora de Policía Municipal, copia auténtica del Decreto 037 de marzo 30 de 2012 que nombra a la señora MARIANNY ANDREA CARPIO FRANCO, en el cargo de Inspectora Central de Policía de Morales, en el Nivel técnico Código 303, Grado 01 (fl. 158 y 160), quien reemplazo a la demandante. En el acta de posesión obra acreditación de que presentó título profesional de abogada.

En cuanto el carácter del cargo de Inspector de Policía Municipal, encuentra el despacho que es de carrera administrativa según se desprende de lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, que en principio los cargos en los órganos y entidades son de carrera administrativa, con excepción de los de libre nombramiento y remoción, entre otros; así regula la norma:

"ART. 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."

Como cargo de carrera administrativa, debía ser provisto por concurso de méritos.

La demandante entonces fue nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que en su hoja de vida y demás pruebas obrantes en el proceso no se demuestra que su acceso al cargo fue por concurso de méritos.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Es por ello que la provisionalidad es un mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo, según lo ha sostenido textualmente la misma Corte Constitucional en la sentencia SU-917 de 2010 y de conformidad con la ley 909 de 2004.

De conformidad con el artículo 41 de la ley 909 de 2004, el acto que retira del servicio a quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe ser motivado, es decir la administración debe expresar en un acto administrativo las razones por las cuales retira del servicio al empleado. La norma así lo señala:

"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) <Literal INEXEQUIBLE>*
- d) Por renuncia regularmente aceptada;*
- e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;*
- f) Por invalidez absoluta;*
- g) Por edad de retiro forzoso;*
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*
- i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;*
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;*
- 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.*

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

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

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

En la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), radicado número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08), Consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve, así se justificó el retiro motivado del provisional en cargo de carrera administrativa:

"Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos¹ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causas expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado".

Y respecto al empleado en provisional cabe destacar los siguientes párrafos de la sentencia SU-917 de 2010, referente a la motivación de su desvinculación:

"En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargos en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor. Esta postura ha sido abordada en algunas de las sentencias recientes. Por ejemplo, en la sentencia T-007 de 2008 dijo al respecto:

"La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso (T-1011/03). Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe "un cierto grado de protección" (T-1316/05), que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P)."

Sobre el contenido de la motivación esto se señaló por la alta Corporación:

"b.- Contenido de la motivación

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

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

¹ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de "razón suficiente" en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde "deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado". En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, "para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión".

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

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

Si se analiza el acto administrativo demandado que declara la insubsistencia en el cargo de la demandante, es un acto motivado en la no acreditación del cumplimiento por parte de la señora RODRÍGUEZ DELGADO de los requisitos para ocupar el cargo de Inspectora Municipal de Policía. Y si se revisa la hoja de vida de la demandante, ella no presentó ningún documento que certificara o acreditara los requisitos para el cargo, incluso los que anotó en la hoja de vida de terminación de diez semestres de la carrera de derecho, pues no presentó la certificación de la Universidad donde curso la carrera. Se le requirió para que presentara la documentación y no lo hizo.

Así mismo se sustentó el acto demandado en las quejas que se habían recibido en el cumplimiento de sus funciones, debidamente sustentadas las mismas con los documentos allegados a la hoja de vida respecto a las quejas presentadas por la demora en las actuaciones correspondientes frente a dos quejas presentadas por dos ciudadanos. Una de las quejas policivas fue presentada desde el año 2009 y solo por el requerimiento del Secretario General y de Gobierno del Municipio de Morales, se dictó auto de marzo 8 de 2012 que admitió la querrela (fl.113 y 114). No siendo esta la única situación relativa a razones del servicio y su forma de prestación por parte de la demandante porque se le hizo requerimiento por otorgar un permiso a un establecimiento sin estar autorizada para ello.

En conclusión hubo motivación en la declaratoria de insubsistencia como lo ordena la ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario 1227 de 2005.

Y como quiera que los actos administrativos demandados contienen motivación expresa y ella obedece a las verdaderas razones plasmadas en los actos, en consecuencia el cargo de falsa motivación no sale avante.

Tampoco el cargo de violación al principio de igualdad porque de manera alguna se dice en la demanda qué empleados de la administración municipal que se

encontraban en la misma situación fáctica de la demandante, pese a ello permanecieron en sus cargos.

Sin demostrarse en el transcurso del proceso cualquier otra razón que constituyera otro motivo diferentes a los expresados en el acto o constitutivo de desviación de poder, pese a que en el libelo se afirme que la desvinculación obedeció al hecho de que la demandante no era del mismo partido o movimiento político del actual Alcalde; nada de esto fue acreditado.

Entonces, no se desvirtúa la legalidad de la Resolución No. 058 de 21 de marzo de 2012 que declara la insubsistencia en el cargo de la demandante.

De otra parte, es de señalar que el nombramiento de la demandante en el cargo de inspectora de policía no fue autorizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como tampoco el de su reemplazo. Pero no fue una situación expresada en los motivos del acto administrativo aquí demandado.

Razones por las cuales no prosperan las pretensiones de la demanda.

De conformidad con el artículo 188 del CPACA, se condenará en costas a la parte demandante, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 392 del C.P.C., es decir, en la medida de su causación y comprobación. Por secretaría, una vez en firme la sentencia, se liquidarán. Las agencias en derecho se fijan en un 15% de las pretensiones denegadas en esta sentencia, de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DE CARTAGENA DE INDIAS, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la señora YEXCENITH RODRÍGUEZ DELGADO, contra el MUNICIPIO DE MORALES, por las razones aducidas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante las cuales se liquidarán conforme al Código de Procedimiento Civil, por secretaría una vez en firme esta sentencia. Las agencias en derecho se fijan en un 15% de las pretensiones denegadas en esta sentencia, de conformidad con el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

TERCERO: En firme, hágase devolución de remanentes de gastos del proceso, si lo hubiere y, previas las anotaciones correspondientes archívese el proceso.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


MARÍA MAGDALENA GARCÍA BUSTOS
JUEZ