

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION SEGUNDA  
SUBSECCIÓN "B"**

**CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., veintidós (22) de enero dos mil quince (2015)

**Expediente N°:** 05001-23-33-000-2012-00741-01  
**N° interno:** 4031-2013  
**Demandante:** OLGA RUTH ZAPATA ZAPATA  
**Demandado:** INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE ANTIOQUIA-  
IDEA.  
**Instancia:** SEGUNDA - Ley 1437 de 2011

---

Ha venido el proceso de la referencia con informe de la Secretaría de fecha 28 de noviembre de 2014, y cumplido el trámite previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>1</sup>, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra la sentencia de 22 de agosto de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia una vez verificado que no hay susceptibilidades procesales o vicios de nulidad que sanear.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1.1 La demanda y sus fundamentos**

Por conducto de apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho<sup>2</sup>, la señora Olga Ruth Zapata Zapata, solicitó la nulidad de las Resoluciones N° 296 del 7 de junio de 2012 y N° 482 del 17 de agosto de 2012 proferidas por el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, mediante las cuales se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 4°, en esa entidad.

---

<sup>1</sup> Ley 1437 de 2011, Artículo 247. Segunda instancia ante el Consejo de Estado. Apelación de sentencias.

<sup>2</sup> Ley 1437 de 2011, Artículo 138.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho el apoderado de la actora solicitó: i) el reintegro sin solución de continuidad al cargo que ocupaba o el pago de una indemnización compensatoria en caso de que este haya sido suprimido; ii) reconocer, pagar e indexar, todas las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, con efectividad a la fecha de la terminación de la provisionalidad hasta cuando sea reincorporada al servicio; iii) actualizar la condena desde la fecha de la desvinculación hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso; y iv) dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso contencioso administrativo en los términos de los artículos 189 y 192 de la Ley 1437 de 2011.

Para una mayor comprensión del caso la Sala, se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el apoderado de la parte demandante, así:

Afirma el apoderado de la demandante que el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, mediante la Resolución N° 032 del 2011 nombró a la señora Olga Ruth Zapata Zapata en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 4°, del área contratación y representación judicial, en la Oficina Asesora Jurídica del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA.

Menciona el apoderado de la demandante que, el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, mediante la Resolución N° 296 del 7 de junio de 2012, notificada a la actora mediante comunicación N° 003036 de junio 12 de 2012, terminó el nombramiento en provisionalidad del cargo que en esa entidad ocupaba la señora Olga Ruth Zapata Zapata, el cual había desempeñado durante más de cuatro (4) años.

Indica que la señora Olga Ruth Zapata Zapata, mediante escrito de 20 de junio de 2012, interpuso ante el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, recurso de reposición contra la Resolución N° 296 del 7 de junio de 2012 y queja por acoso laboral contra el Dr. Rodrigo Jaramillo Ramírez, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA.

Señala el apoderado de la demandante que, el 21 de junio de 2012, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, conminó verbalmente a la señora Olga Ruth Zapata Zapata para que abandonara su puesto de trabajo, y que, mediante Oficio N° 003362 del 27 de junio de 2012 el Gerente del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA le solicitó a la actora la práctica del examen médico ocupacional de egreso, pese a que no se había resuelto el recurso de apelación antes mencionado.

Manifiesta el apoderado de la demandante que en atención a lo anterior la señora Olga Ruth Zapata Zapata, mediante escrito de 3 de julio de 2012 con radicado N° IDEA 07807 del 5 de julio de 2012 presentó un derecho de petición ante la Directora Operativa de Gestión Humana del IDEA, solicitando que se resolviera el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 296 del 7 de junio de 2012 antes de la realización del examen médico ocupacional de egreso, frente a lo cual la mencionada funcionaria mediante Oficio N° 003870 del 19 de julio de 2012 contestó que debía practicarse el examen pues el asunto relacionado la respuesta al recurso de reposición solo le compete al Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA.

Relata el apoderado de la actora que mediante la Resolución N° 482 de 17 de agosto de 2012, el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA resolvió el recurso de reposición interpuesto contra a la Resolución N° 296 de 2012 del 17 de junio de 2012, confirmó la decisión de terminación del nombramiento en provisionalidad de la señora Olga Ruth Zapata Zapata en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 4°, del área contratación y representación judicial, en la Oficina Asesora Jurídica del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, y mencionó que la actora no era idónea para el desempeño del cargo.

Afirmó que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, no ha convocado a concurso público de méritos para proveer en propiedad el cargo que en esa institución desempeñaba la señora Olga Ruth Zapata Zapata, que la demandante

prestó sus servicios a la entidad demandada con calidad, oportunidad y eficiencia, y que en su hoja de vida no hay registros que permitan dudar de su idoneidad o probar la comisión de faltas disciplinarias, fallas, errores, retardos injustificados o incumplimiento de sus funciones.

## **1.2 Normas violadas y concepto de violación**

### **1.2.1 Normas violadas**

La parte demandante cita como violadas las siguientes disposiciones: artículos 25, 29, 53 y 125 de la Constitución Política; artículos 1° y 41 de la Ley 909 de 2004; Decreto 1227 de 2005; artículo 10 del Decreto Ley 1567 de 1998; artículo 51 de la Ley 734 de 2002; numeral 49 del artículo 48 de la Ley 734 de 2012; artículos 62, 63, 76 del Decreto 01 de 1984; artículos 9°, 87, 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011; y Ley 1010 de 2006.

### **1.2.2 Concepto de violación**

#### **1.2.2.1 Violación de la Constitución y la ley.**

Afirma el apoderado de la demandante que, el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, con los actos administrativos acusados violó el artículo 51<sup>3</sup> de la Ley 734 de 2002, en la medida en que sustentó la desvinculación de la entidad de la señora Olga Ruth Zapata Zapata en llamados de atención, que en principio, no debían haber sido anotados en su hoja de vida, ya que derivaron de errores y omisiones en el desempeño de su empleo que no afectaron sustancialmente los deberes funcionales.

Señala que los actos acusados violaron el artículo 29 de la Constitución Política que consagra el debido proceso administrativo, por cuanto: i) el Instituto para el

---

<sup>3</sup> Ley 734 de 2002, artículo 51. PRESERVACIÓN DEL ORDEN INTERNO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Cuando se trate de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará ~~por escrito~~ la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno.

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Este llamado de atención ~~se anotará en la hoja de vida~~ y no generará antecedente disciplinario.

<Inciso INEXEQUIBLE> ~~En el evento de que el servidor público respectivo incurra en reiteración de tales hechos habrá lugar a formal actuación disciplinaria.~~ Ver sentencia Corte Constitucional C-1076 de 2002.

Desarrollo de Antioquia -IDEA, no le permitió a la accionante oponerse a las anotaciones realizadas en su hoja de vida, sobre las cuales se sustentaron los actos de desvinculación, y ii) se le retiró del cargo sin haberse ejecutoriado el acto administrativo desvinculación, en la medida en que no se había resuelto el recurso de reposición que interpuso contra este.

### **1.2.2.2 Desviación de poder**

Afirmó el apoderado de la demandante que el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, decretó el retiro de la señora Olga Ruth Zapata Zapata, por motivos ajenos al servicio dado que: i) no existía en contra de aquella proceso disciplinario, calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo o evaluación que demostrara un defectuoso cumplimiento de las funciones ni análisis comparativos del desempeño laboral en relación con otros funcionarios, y ii) se dejó vacante el cargo que ésta desempeñaba.

Afirmó que los actos administrativos que terminaron el nombramiento provisional de la señora Olga Ruth Zapata Zapata, fueron expedidos en retaliación por la amistad y la identidad ideológica de la demandante con el anterior Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA.

### **1.2.2.3 Falsa Motivación**

Afirmó el apoderado de la demandante que, los actos administrativos acusados incurrir en falsa motivación, en la medida en que sus argumentos son irrelevantes y porque hacen afirmaciones generales en relación con supuestos errores en el cumplimiento de sus funciones sin referirse a hechos concretos que demuestren o prueben causal de retiro alguna.

## **1.3 Contestación de la demanda<sup>4</sup>**

La entidad demandada a través de apoderado contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo con los argumentos que resumen a continuación:

---

<sup>4</sup> Folio 424 del expediente.

Señala el apoderado de la parte demandada que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, vinculó a la señora Olga Ruth Zapata Zapata través de nombramiento en provisionalidad y que el buen desempeño laboral y el cumplimiento de las funciones del cargo por parte de un empleado público no le otorga fuero de estabilidad.

Afirmó que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, perdió la confianza en la funcionaria Olga Ruth Zapata Zapata, y dado que desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera, en aras del buen servicio público, fue necesario hacer uso de la facultad discrecional de remoción

Manifestó que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, cumplió con la obligación de motivar los actos administrativos que declararon la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de la señora Olga Ruth Zapata Zapata, puesto que en ellos se expusieron las razones por las cuales se consideró que el nombramiento de la demandante ya no satisfacía las necesidades de la administración.

El apoderado de la demandada propuso como excepciones de fondo las siguientes: i) ausencia de responsabilidad por parte del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA; ii) ausencia de pruebas que permitan endilgar responsabilidad alguna al Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA; y iii) actuación conforme al precedente jurisprudencial.

#### **1.4 La sentencia apelada<sup>5</sup>**

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 22 de agosto de 2013 negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante. Como fundamentos expuso los argumentos que se resumen a continuación:

Señaló el A quo que la señora Olga Ruth Zapata Zapata, desempeñaba en provisionalidad un cargo de carrera en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –

---

<sup>5</sup> Folio 598 del expediente.

IDEA, y dado que mediante las Resoluciones N° 296 del 7 de junio de 2012 y N° 482 de agosto 17 de 2012 proferidas por el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia IDEA, fue declarado insubsistente su nombramiento la norma aplicable al caso es Ley 909 de 2004.

Afirmó que el A quo que de conformidad con el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, vigente para la fecha de expedición de los actos administrativos acusados, los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a un empleado público debe ser motivados y una de las causales que justifica tal proceder de la administración son las razones del buen servicio.

Indicó que los actos administrativos acusados cumplen con el requisito material de motivación, ya que en su parte considerativa expresaron en forma clara y concreta las razones que originaron la decisión del retiro, esto es demoras injustificadas y la impericia de la demandante en el ejercicio de sus funciones que al ser repetitivas y reiterativas generan deficiencias y fallas en la prestación de la función pública.

Mencionó que, si bien la entidad demandada, de conformidad con el artículo 51 de la Ley 734 de 2002 y la sentencia C-1076 de 2002 de la Corte Constitucional, no debió haber realizado llamados de atención en la hoja de vida de la señora Olga Ruth Zapata Zapata, por los errores y desatenciones cometidos por ésta en el ejercicio de sus fundiciones, la demandante debió ejercer de forma independiente las acciones del caso contra esas actuaciones y no cuestionarlas como causales nulidad del acto administrativo de insubsistencia.

Indicó que el acto de insubsistencia y/o retiro del servicio no tiene carácter sancionatorio, de manera que las razones del servicio que el nominador puede invocar para ejercer el retiro de un empleado en provisionalidad, no necesariamente están relacionadas con el mal desempeño de las funciones ni con el cometimiento de faltas disciplinarias.

Manifestó que si bien el acto administrativo de insubsistencia se ejecutó antes de estar ejecutoriado, esta no es una situación de la que se pueda predicar una causal

de nulidad ya que los vicios producidos en la ejecución de actos administrativos que no se encuentren en firme afectan la eficacia y no la validez.

Afirmó que ni los documentos obrantes en el plenario, ni las declaraciones rendidas por los testigos en la audiencia de pruebas, dan certeza sobre la acusación de acoso laboral, de manera que no basta para la procedencia del decreto de nulidad de un acto administrativo, con afirmar la eficiencia en la prestación del servicio, sino que, se deben concretar y probar los motivos distintos al buen servicio que determinan la expedición del acto de retiro.

Finamente señaló que el acto de retiro del servicio, se encuentra motivado, y que dicha motivación se traduce en la mejora del servicio público, de manera que no se observa en ellos fines oscuros, por el contrario como se lee en sus considerandos, la administración, definió legalmente la situación de la actora.

### **1.5 El recurso de apelación<sup>6</sup>**

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, con base en lo argumentos que se resumen a continuación:

Señaló que en el proceso, se encuentran acreditadas pruebas suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda, las cuales no fueron apreciadas o valoradas razonadamente y en su conjunto con el debido análisis crítico, y que no se mencionó la copia del oficio en que se solicita con un mes de anticipación a mi insubsistencia la prórroga para los demás funcionarios y se le excluye de dicha solicitud, copia de correos electrónicos, copia de minutas contractuales, copia de contratos, copia de procedimientos administrativos existentes en el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA para evaluar provisionales, copia de portafolio de evidencias, antecedentes administrativos, con el cual se prueba que la entidad demandada incurrió en varias causales de invalidez de la actuación administrativa.

Manifestó que la actuación administrativa no concluyó con la ejecución ilegal de la Resolución N° 296 de 2012 mediante Oficio N° 003249 de junio de 21 de 2012 por

---

<sup>6</sup> Folio 420 del expediente.

el cual se le expulsó del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, sino con la expedición de la Resolución N° 482 de 2012 que resuelve el recurso de reposición, razón por la cual el medio de control a utilizar para corregir estas arbitrariedades es el de nulidad y restablecimiento del derecho que en el presente evento interpuso contra los actos administrativos de desvinculación.

Indicó que el hecho de efectuar seguimiento al desempeño laboral de la señora Olga Ruth Zapata Zapata y las posteriores anotaciones en la hoja de vida de la demandante con lo cual se violaron los artículos 51 de la Ley 734 de 2002 y 29 de la Constitución Política, influyeron y afectaron de nulidad los actos administrativos de desvinculación.

Afirmó que la demanda no solo se presentó contra la Resolución N° 296 de 2012, sino también contra la Resolución N° 482 de 2012, sin embargo la sentencia de primera instancia solo se ocupa de establecer la validez de la primera resolución sin tener en cuenta que se trata de un acto administrativo complejo, cuyo antecedente es una pretendida calificación de servicios o seguimiento a la evaluación del desempeño y una anotación en hoja de vida.

Manifestó que si el fin buscado con los actos administrativos de desvinculación estuviera relacionado con la mejora en la prestación del servicio, se hubiera respetado el debido proceso en los actos antecedentes, siguientes y posteriores a la expedición de las resoluciones acusadas, pero no fue así, por ello estas irregularidades constituyen indicios de la desviación de poder y de la falsa motivación.

Precisó que el seguimiento que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, hace a los empleados en provisionalidad a través de la guía metodológica para el seguimiento de los funcionarios nombrados en provisionalidad, así como las anotaciones en la hoja de vida sobre la supuesta falta de profesionalismo y la presunta comisión de yerros y tardanzas en el ejercicio de sus funciones de la actora, son actuaciones de trámite, en razón a que no deciden una situación

administrativa, que culminan con los actos administrativos de insubsistencia los cuales si son demandables ante la administración, motivo por el cual las referidas irregularidades deben ser tomadas en cuenta para decretar la nulidad solicitada.

Señaló que la entidad demandada tenía la obligación de indicar las razones de servicio que llevaron a la expedición de los actos de insubsistencia y demostrar en qué sentido se proponía mejorar el servicio, sin embargo no lo hizo siendo ello indicio de la desviación de poder en que se incurrió con los actos acusados.

### **1.6 Concepto de la Procuraduría<sup>7</sup>**

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda, con los argumentos que se resumen a continuación:

Señaló que de conformidad con la Resolución N° 296 de 7 de junio de 2012 proferida por el Director del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, la razón principal para la desvinculación de la actora a través de la terminación del nombramiento en provisionalidad, obedeció a la facultad otorgada para tal efecto al nominador por los artículos 41 de la Ley 909 de 2004, 9 y 10 del Decreto 1227 de 2005.

Afirmó que la actora no probó las supuestas irregularidades que afectaron el acto de desvinculación, el acoso laboral, la desviación de poder o la falsa motivación de los actos administrativos acusados, además estos fueron debidamente motivados motivo por el cual no deben ser anulados.

Mencionó que la atora no probó la supuesta animadversión del Jefe de la Oficina Jurídica ni la pretendida existencia de una relación causal entre esa situación y el acto de retiro del servicio, ni ninguna de las razones legales que le permitieran permanecer en el servicio por tener un mejor derecho, pues ocupaba el cargo en provisionalidad y, tampoco logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto impugnado.

---

<sup>7</sup> Folio 420 del expediente.

## **1.7 Alegatos de segunda instancia**

### **La parte demandante<sup>8</sup>**

El apoderado de la demandan Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, en sus alegatos de conclusión expuso los mismos argumentos esgrimidos en el escrito de apelación.

### **La parte demandada<sup>9</sup>**

El apoderado del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, en sus alegatos de conclusión expuso los argumentos que se resumen a continuación:

Señaló que en el caso subjudice no existen pruebas que desvirtúen la legalidad de los actos demandados, ello se comprueba al analizar los testimonios que la parte demandante solicitó y que se practicaron en audiencia de pruebas llevada a cabo el 26 de junio de 2013, los cuales no lograron desvirtuar que los fines del señor Gerente del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA al expedir los actos administrativos no eran otros que la mejora del servicio público, lo que sí demostraron fue que lo afirmado por la actora, relacionado con su excelencia en el desempeño del cargo, no es del todo cierto.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1 El problema jurídico**

Consiste en determinar si el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA, al dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora Olga Ruth Zapata Zapata del cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado 4°, incurrió en desviación de poder o falsa motivación.

### **2.2. Lo probado en el proceso**

Está probado en el proceso que mediante la Resolución 0232 de 20 de junio de 2011 (folio 82) se hizo un nombramiento en provisionalidad a la señora Olga Ruth

---

<sup>8</sup> Folio 646 del expediente

<sup>9</sup> Folio 654 del expediente

Zapata Zapata en el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 04, Código 219 en la Planta Global del Instituto, por un término de 6 meses. Dicho nombramiento fue prorrogado por 6 meses, a través de la Resolución N° 0599 de 2011 (Folios 113 a 115) y nuevamente fue prorrogado por 6 meses a través de la Resolución 0278 de 2012 (Folio 201 a 203).

También se acreditó que a través de la Resolución Genérica Número 296 del 7 de junio de 2012 (folios 145), se terminó el nombramiento en provisionalidad de la señora Olga Ruth Zapata Zapata, Resolución que le es notificada a través de la comunicación 003036 del 12 de junio de 2012 (FI 149).

Igualmente está probado que mediante oficio se le reitera a la actora que su relación laboral con el IDEA, se extinguió a partir del 20 de junio de 2012, por lo que se le solicita entregar su puesto de trabajo y se le indica que el recurso de reposición se resolverá en los términos de ley (folio 150).

Así mismo se observa que la actora interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución Genérica Número 296 del 07 de junio de 2012, el cual fue resuelto por Resolución 482 del 17 de agosto de 2012, confirmando la terminación del nombramiento provisional (fls. 226 a 236).

De la misma forma se evidencia que una copia de un derecho de petición presentado por la actora el día 3 de julio de 2012 (folio 221) aparece en el que solicita acudir al examen médico de retiro, una vez se haya resuelto el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 296 de 2012. A este derecho de petición se le da respuesta mediante oficio 03870 del 19 de julio de 2012 (Folio 261 y siguientes).

Está probado en el proceso que audiencia de pruebas celebrada el 26 de junio de 2013, se recibió el testimonio de las señoras Ana Lucía Guerra Tobón, María Sulay Rojas Abadía, Beatriz Omaira Giraldo López y del señor Julio César Jaramillo Yepes, ellos se refirieron en términos generales al desempeño de la actora como profesional universitaria en provisionalidad de la entidad y a las circunstancias que rodearon desvinculación de la demandante por la terminación de la provisionalidad (Folio 518 y siguiente).

## 2.3 Análisis de la Sala

Previo a desarrollar el problema jurídico planteado, la Sala debe aclarar algunas situaciones particulares que rodean a los empleados provisionales, pues resulta importante su estudio dado que la señora Olga Ruth Zapata Zapata ostentaba un nombramiento en provisionalidad al momento en que fue desvinculada del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA.

### 2.3.1 Marco Jurídico

Frente al tema de los empleados provisionales la posición de la Sección Segunda no siempre ha sido uniforme, pues mientras la Subsección “A” sostenía que el acto por medio del cual se retira del servicio a un funcionario nombrado en provisionalidad debe motivarse, así sea sumariamente, la Subsección “B” afirmaba que tal decisión no requería motivación.

Ante esta panorámica, en la Sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso No. 1834-01, con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro, la Sección Segunda **unificó** su criterio, en el sentido de señalar que a los funcionarios provisionales los **rodea un doble fuero de “inestabilidad”**, por las siguientes razones: (i) De una parte, porque al no pertenecer a la carrera administrativa pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, y (ii) de otra, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley.

En pronunciamientos posteriores<sup>10</sup> la Sección Segunda ha afirmado que el nombramiento en provisionalidad no genera fuero de estabilidad alguno, pudiendo el nominador, con fundamento en la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 del mismo año, dar por terminada la relación laboral mediante acto que no requiere ser motivado, incluso antes del vencimiento del periodo de la misma, sin que tal decisión conlleve menoscabo al derecho al debido proceso, pues se aplican las

---

<sup>10</sup> Al respecto se pueden consultar, entre otras, las sentencias proferidas en las siguientes fechas: (i) 12 de marzo de 2009, expediente No. 1012-05, C.P. Luís Rafael Vergara Quintero; (ii) 1° de marzo de 2012, expediente No. 0542-11, C.P. Gerardo Arenas Monsalve; y (iii) 19 de abril de 2012, expediente No. 2462-11, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

mismas reglas que en materia de función pública se predicán en relación con los empleados de libre nombramiento y remoción.

En esta oportunidad la Sala reitera los argumentos que soportan dicha tesis<sup>11</sup>, los que en síntesis se contraen a lo siguiente:

- No es posible equiparar la situación del empleado nombrado provisionalmente para desempeñar de manera transitoria un cargo de carrera administrativa, con la de aquel que se sometió a las etapas que conforman el proceso selectivo, demostrando su idoneidad personal e intelectual para el ejercicio de la función. En el primer caso, al no haber superado un concurso de méritos, no es posible predicar de quien se encuentre nombrado en provisionalidad la estabilidad propia que ofrece el sistema de la carrera administrativa.
- La situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger, en beneficio del servicio, a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función, y el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

Así, esa misma discrecionalidad es la pauta para proceder al retiro del servicio, por lo tanto, no resulta válido aceptar que, por el hecho de tratarse de un cargo clasificado como de carrera administrativa, el nominador se encuentre en imposibilidad de prescindir, por razones del servicio público, de un empleado nombrado en condición de provisionalidad. Vale decir, como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

En tales condiciones, “Mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se

---

<sup>11</sup> La cual resulta aplicable al caso concreto, considerando que el acto de insubsistencia acusado fue expedido en vigencia de la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios.

encuentra en una situación precaria, y admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, desatiende el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera no se condiciona a la realización del concurso de méritos, sino que opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo siempre que no se obtenga calificación insatisfactoria en la prestación de los servicios (Artículos 13 y 30 de la Ley 443 de 1998 y 120 del Decreto 1572 de 1998).”<sup>12</sup>.

- Considerando que los empleados provisionales no ingresaron al servicio en virtud del mérito, sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 4, de la Constitución, toda vez que ellas se reservan a los empleados cuyo nombramiento se produjo porque tenían derechos de carrera. Conferirles a aquellos el derecho a que su acto de desvinculación se motive los equipara, sin justificación alguna, a quienes concursaron y por sus méritos adquirieron el derecho a integrar la planta de personal de determinada entidad<sup>13</sup>.
- La provisión de cargos en provisionalidad mientras se hace la designación por concurso de méritos, no envuelve en sí misma el derecho a que la persona designada permanezca en el cargo hasta tanto se produzca el nombramiento como consecuencia del concurso. A la anterior conclusión se llega porque no es ni ha sido voluntad del legislador condicionar el retiro del servicio a la celebración del concurso de méritos. Lo contrario, sería propiciar un fuero de estabilidad que va en contravía del mérito, pilar fundamental de la carrera administrativa, además se conferiría una estabilidad anormal que no propendería en muchos casos al mejoramiento del servicio.

---

<sup>12</sup> Sentencia de 8 de noviembre de 2007, expediente No. 5737-2005, actor: Gloria Amparo Alzate Agudelo, C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

<sup>13</sup> Sentencia de 17 de abril de 2008, expediente No. 3197-2005, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

- No obstante, el acto que disponga el retiro del servicio de un empleado provisional puede ser demandado para establecer si fue objeto del ejercicio irregular de la facultad nominadora. Ello significa, que si bien el nombrado en provisionalidad no puede reclamar ningún fuero de estabilidad porque no accedió mediante mérito al cargo que ocupa, no queda expósito frente al abuso de poder de la administración y al quebrantamiento de sus derechos como trabajador, particularmente si la administración incurre en alguna de las causales de anulación de los actos administrativos previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.<sup>14</sup>
- Tanto el acto por cual se retira del servicio por insubsistencia a un empleado de libre nombramiento y remoción, como al que desempeña un cargo en provisionalidad, son de la misma naturaleza, es decir, se presume que son expedidos en aras del buen servicio público. Esta presunción legal puede ser desvirtuada en sede jurisdiccional, aduciendo y probando que no fueron razones del servicio o motivos de interés general los que indujeron al nominador a dar por terminada la designación en provisionalidad.
- El buen desempeño del empleado nombrado en provisionalidad no enerva la facultad discrecional con que cuenta el nominador ni le genera fuero de estabilidad alguno, toda vez que tal comportamiento es el que cabe esperar de todo servidor público. Adicionalmente, la declaratoria de insubsistencia de un empleado de carácter provisional no implica sanción alguna ni inconformidad con su desempeño, puesto que tal facultad fue expresamente señalada por el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998.
- Así mismo, se ha advertido que aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo (4 meses) e igualmente esta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo tal situación adquiera estabilidad por dicho lapso.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

### 2.3.2 Caso concreto

El actor fundamentó su reproche en contra del acto de retiro, en los tres (3) cargos en los cuales sustentó su demanda, a saber (i) Violación de la Constitución y la ley, (ii) Desviación de poder y (iii) Falsa Motivación, los cuales serán analizados por la Sala en ese mismo orden.

(i) El cargo de violación de la Constitución y la ley se sustenta en la infracción del artículo 51 de la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único, y del artículo 29 de la Constitución Política, al haber el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA realizado de forma indebida llamados de atención escritos en su hoja de vida por hechos que no afectaban sustancialmente los deberes funcionales, no haber podido oponerse a tal actuación y haber sido retirada del cargo antes de que el acto administrativo de desvinculación estuviera en firme.

Los artículos 51 de la Ley 734 de 2002 – Código Disciplinario Único, y del artículo 29 de la Constitución Política, prescriben lo siguiente:

#### **Ley 734 de 2002**

**Artículo 51.** Preservación del orden interno. Cuando se trate de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales, el jefe inmediato llamará por escrito la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno.

Este llamado de atención se anotará en la hoja de vida y no generará antecedente disciplinario. Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-210 de 2003

En el evento de que el servidor público respectivo incurra en reiteración de tales hechos habrá lugar a formal actuación disciplinaria.

**Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 de 2002 y el texto restante declarado EXEQUIBLE.**

#### Constitución Política

**Artículo 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Debe señalar la Sala, en atención a las normas transcritas que, las anotaciones realizadas en la hoja de vida del demandante y las posibles irregularidades procesales cometidas por la administración en relación con el trámite para la realización de estas se circunscriben al ámbito del derecho disciplinario y es en ese escenario donde deben ser discutidas, en consecuencia no pueden invocarse como causales de nulidad de los actos administrativos por los cuales se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad, ya que estos no tienen connotaciones sancionatorias.

Ahora bien en cuanto al alegato de nulidad del acto administrativo, Resolución N° 296 de 7 de junio de 2012 proferida por el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA que dio por terminada el nombramiento provisional de la demandante, por haber sido ejecutado sin que se encontrara en firme toda vez que no había sido resuelto un recurso de reposición, debe señalar la Sala que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación<sup>15</sup> la falta de firmeza del acto administrativo es un vicio ajeno a la legalidad, en la medida en que es extrínseco y posterior a la expedición del acto administrativo.

En consecuencia, la ilegalidad de la ejecución de un acto administrativo no afecta su validez, de manera que conserva su propia individualidad y no se extiende a los

---

<sup>15</sup> La irregularidad en la ejecución del acto administrativo es un vicio ajeno a la legalidad (Consejo de Estado Sección Tercera, Magistrado Ponente Dr. Juan de Dios Montes Hernández, sentencia de 26 de septiembre de 1996, Radicación N° 2431, y Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente Camilo Arciniega, sentencia del 22 de abril de 2004 radicación N° 1999-389-02

elementos de validez del acto administrativo, al punto que pueden existir ejecuciones ilegales de actos administrativos que son legales.

Por los anteriores motivos el cargo invocado por la parte demandante no prospera.

**(ii) y (iii)** Los cargos de desviación de poder y falsa motivación, los sustenta la actora en que los actos por medio de los cuales se dio por terminado su nombramiento provisional obedecieron a motivos ajenos al servicio y los argumentos esgrimidos en estos son irrelevantes y generales.

En atención a lo anterior debe señalarse, retomando lo señalado en el marco jurídico establecido esta providencia, que los actos administrativos acusados, las Resoluciones N° 296 de 7 de junio de 2012 y N° 482 de 17 de agosto de 2012 proferidos por el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA fueron expedidos con posterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004, de manera que deben cumplir con el requisito de motivación expresa, el cual ha de ser evaluado por el juez formal y materialmente.

La Resolución N° 296 de 7 de junio de 2012, proferido por el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, por medio de la cual se termina un nombramiento en provisionalidad señaló lo siguiente:

“5. Que la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, mediante comunicación radicada con el número 2011 EE 49866 del 20 de diciembre de 2011, autorizó las prórrogas para los nombramientos provisionales, hasta un término de tiempo no superior a seis (6) meses, tiempo que llega a su vencimiento el 20 de junio de 2012.

6. Que de conformidad con el acápite anterior y en cumplimiento de las disposiciones vigentes de la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC- en lo referente a la necesidad de comunicar la decisión con anterioridad al vencimiento del tiempo de la autorización y prórroga de los nombramientos en provisionalidad, por lo tanto se requiere tomar decisiones en cuanto a la terminación de los mismos.

7. Que el Instituto para el Desarrollo de Antioquia -IDEA-, en aras de velar por una eficiente y cabal prestación del servicio y en uso de la facultad discrecional consagrada constitucional y legalmente, se requiere hacer unos

ajustes en la planta de personal en la Oficina Asesora Jurídica, debido fundamentalmente a contratiempos que se han presentado por las demoras injustificadas y la impericia en algunos casos, entre otros factores.

8. Que conforme a lo anterior, es necesario y pertinente, hacer algunos movimientos de personal y dar por terminado algunos nombramientos en provisionalidad en la Oficina Asesora Jurídica del Instituto, para asegurar una mejor y correcta prestación del servicio a la comunidad, en la medida que dicha dependencia ha tenido dificultades en cuanto al trámite de los procesos contractuales y legales asignados a algunos servidores públicos. Prueba de lo anterior, lo encontramos en diversos conceptos emitidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, así "...La movilidad laboral en el sector público: Otro principio de rango constitucional es el de la movilidad laboral de los empleados del Estado, el cual está relacionado con los principios de la función administrativa y con el cumplimiento de los fines, garantizando el interés general" (Constitución Política, Preámbulo, artículos 1,2, 53 y 209).

9. Que los yerros cuando se hacen repetitivos y reiterativos generan deficiencias y fallas en la eficiente prestación de los servicios, situación ésta, que es necesario subsanarla por parte del Gerente General (nominador de la entidad) para velar por una eficiente marcha de la administración y optimizar una cabal y correcta prestación del servicio público.

10. Que para poder cumplir con el propósito anterior, resulta necesario, dar por terminado el nombramiento en provisionalidad de algunos servidores públicos de la Oficina Asesora de Jurídica de conformidad con lo preceptuado en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, "Terminación del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador por Resolución motivada, podrá darlos por terminado... ". Concepto número 02-35-2008-02748 del 31 de enero de 2008 de la Comisión Nacional del servicio Civil. **Negrita por fuera del texto.**<sup>16</sup>

Por otra parte el Oficio N° 482 de 17 de junio de 2012, proferido por el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 296 de 7 de junio de 2012, señaló lo siguiente:

“Para el caso sub judice se puede concluir que la exfuncionaria se desempeñó en provisionalidad por el término de un (1) año, periodo en el cual desde enero 23 de 2012 (fecha en que el Jefe inmediato de la doctora Olga Ruth Zapata Zapata entra a conocer el trabajo de cada uno de los funcionarios adscritos a la Oficina Asesora Jurídica) al 20 de junio del mismo año (fecha en que se dio por terminada su provisionalidad); le brindó la posibilidad de establecer que el desempeño de la funcionaría no era el mejor

---

<sup>16</sup> Folio 102 del expediente.

para el logro de las metas del área, pues como se motivó la Resolución que hoy ataca, los yerros repetitivos y reiterativos originan una mala prestación del servicio, acarreado con ello mala imagen ante el cliente interno y externo del instituto.

existe evidencias de tales equivocaciones repetitivas , tales como correcciones realizadas a varios contratos en los cuales comete los mismos errores que no son lógicos que ocurran, mucho menos cuando se trata de una funcionaría que llevaba tanto tiempo en la misma área y realizando las mismas funciones, y como lo afirma su apoderada se considera eficiente y con las mejores calidades; tales ejemplos son los contratos suscritos con: Natalia Moscoso Herrera (Contratista de la Oficina Asesora de Comunicaciones); Catalina Molina Sanín (INVÍAS); Adición 3 al Convenio Interadministrativo de Administración y Pagos de Recursos (Contraloría General de Medellín); la Prórroga 1 al Convenio Especial de Cooperación Interinstitucional 0334/11 (EAFIT); Prórroga 3 al Convenio Interadministrativo de Administración y Pagos de Recursos (SENA); Adición 1 al contrato 021/12 (Ornar Salcedo Unza); Prórroga 3 al Convenio Interadministrativo de Administración y Pago de Recursos 0236/08 (SENA); Contrato con María Teresa Arango Esquerro (INVÍAS) y Contrato Interadministrativo municipio de Mutatá - Antioquía.”.<sup>17</sup>

Una vez realizados los actos administrativos previamente transcritos se observa que la administración, encabeza el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA cumplió formalmente con el requisito establecido en el artículo 41 de la ley 909 2004 que exige motivar de manera expresa los actos administrativos por medio de los cuales se termine la vinculación laboral de quien ostenta un cargo de carrera con nombramiento en provisionalidad, en la medida en que en ellos se expuso de manera clara que la desvinculación de la demandante obedeció a razones del servicio por errores repetitivos en el cumplimiento de sus funciones que afectaban la buena marcha de la institución.

En este orden para la Sala, no es de recibo la acusación formulada por la demandante en este cargo según la cual los argumentos plasmados en los actos administrativos acusados son irrelevantes y generales, por el contrario, se observa que en estos el Gerente General del Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA, discriminó y detalló en qué consistían las deficiencias en la prestación del

---

<sup>17</sup> Folio 230 del expediente.

servicio por parte de la ahora demandante identificando incluso los documentos en los cuales se sustentaban tales afirmaciones.

Para los efectos obran en el expediente de folio 155 a 170 los proyectos de contratos elaborados por la demandante en relación: con los contratistas Natalia Moscoso Herrera; Catalina Molina Sanin; la Adición N° 3 al convenio administrativo de administración y pago de recursos N° 1129 del 23 de diciembre de 2010 suscrito entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA y la Contraloría General de Medellín; la prórroga N° 1 del convenio especial de cooperación interinstitucional N° 324 del 10 de mayo de 2011 suscrito entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA y la Universidad EAFIT; la prórroga N° 1 del convenio de cooperación institucional N° 334 del 10 de mayo de 2011 suscrito entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA y la Universidad EAFIT; la prórroga al convenio administrativo de administración y pago de recursos N° 236 de 5 de junio de 2008 suscrito entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA y el Sena; y la prórroga N° 3 al convenio administrativo de administración y pago de recursos N° 136 de 5 de junio de 2008 suscrito entre el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA y el SENA, entre otros, los cuales fueron mencionados en los actos administrativos acusados, donde se observan los defectos aducidos por la administración, y que dan un claro indicio de veracidad de las afirmaciones plasmadas en los actos administrativos objeto de este medio de control.

La demandante en este cargo también argumenta que la actora prestó el servicio con eficiencia no obra en su contra sanciones disciplinarias ni calificaciones del servicio insatisfactoria que permitan a la administración tomar la decisión de desvinculación mediante los actos administrativos acusados.

En relación con lo anterior, retomando lo expuesto en esta providencia en el acápite del marco jurídico, debe señalar la Sala que de conformidad con la Ley 909 de 2004 para la terminación del vínculo laboral derivado de un nombramiento en provisionalidad no es necesario el adelantamiento de un trámite disciplinario y la adecuada prestación del servicio por parte del empleado público nombrado en

provisionalidad no le otorga fuero de estabilidad alguno, menos aun cuando la administración invoca y prueba que la prestación del servicio por parte del empleado en provisionalidad no era la adecuada.

En el expediente obran las declaraciones de los testigos Ana Lucía Guerra Tobón, Julio César Jaramillo Yepes, María Suley Rojas Abadía, y Beatriz Girón López<sup>18</sup>, en las cuales se hacen afirmaciones generales sobre las calidades profesionales de la actora, sus grados académicos, la ausencia de dificultades con sus jefes y compañeros así como la ausencia de sanciones disciplinarias en el desempeño de sus funciones, las cuales si bien tienen credibilidad no desvirtúan los argumentos relativos al mejoramiento del servicio ni los defectos en el ejercicio de sus funciones por parte de la demandante, sobre los cuales se sustentan los actos administrativos demandados.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 84 del código contencioso administrativo la nulidad de los actos administrativos procederá cuando hayan sido expedidos mediante falsa motivación, la cual, en términos de la jurisprudencia<sup>19</sup> y la doctrina<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> folio 520 del expediente cd de audiencia de pruebas.

<sup>19</sup> Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de 8 de septiembre de 2005, Exp. 3644, M.P. Darío Quiñones. *“La jurisprudencia del Consejo de Estado se ha ocupado de definir y establecer el contenido y alcance de la falsa motivación del acto administrativo como constitutivo de vicio de nulidad. Así, en sentencia de 8 de septiembre de 2005 precisó lo siguiente: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se entiende que la existencia real de los motivos de un acto administrativo constituye uno de sus fundamentos de legalidad, al punto de que cuando se demuestra que los motivos que se expresan en el acto como fuente del mismo no son reales, o no existen, o están maquillados, se presenta un vicio que invalida el acto administrativo, llamado falsa motivación. En síntesis, el vicio de falsa motivación es aquel que afecta el elemento causal del acto administrativo, referido a los antecedentes de hecho y de derecho que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, facultan su expedición y, para efectos de su configuración, corresponderá al impugnante demostrar que lo expresado en el acto administrativo no corresponde a la realidad.”.*

*Ver también en el mismo sentido:* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Consejera ponente: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009), Radicación número: 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797).

Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 4 de marzo de 2000, Exp. 25000 – 23 - 27- 000 – 1998 - 0503 - 01 – 9772, M. P. Daniel Manrique Guzmán.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de junio de 1980, M.P. Álvaro Lecompte Luna. *“es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad.”.*

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 21 de junio de 1980, M.P. Álvaro Lecompte Luna. *“... para que una motivación pueda ser calificada de “falsa”, para que esa clase de ilegalidad se de en un caso determinado, es necesario que los motivos alegados por el funcionario que expidió el acto, en realidad no hayan existido o no tengan el carácter jurídico que el autor les ha dado, o sea que se estructure la ilegalidad por inexistencia material o jurídica de los motivos, por una parte, o que los motivos no sean de tal naturaleza que justifiquen la medida tomada”.*

implica una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a su producción y los motivos esgrimidos como fuente por la administración, de manera que está directamente relacionada con la causa del acto, siendo necesario para su estudio develar el verdadero antecedente que dio lugar a su expedición.

En consecuencia para que se configure la referida causal y vicie la voluntad de la administración, es necesario examinar la causa más profunda del acto jurídico, la cual está constituida por las circunstancias de hecho y de derecho que conducen a la administración pública a determinada actuación, es decir las razones por las cuales la autoridad administrativa expide la decisión acusada<sup>21</sup>.

En concordancia con lo anterior la Jurisprudencia reiterada de esta Corporación respecto de la falsa motivación como vicio de ilegalidad del acto administrativo, ha señalado que se trata de una causal de nulidad intrínseca del acto administrativo que puede estructurarse cuando en las consideraciones de aquel se incurre en un error ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes –*por error de hecho*- o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico –*por error de derecho*-, la cual, debe ser probada por quien la alega<sup>22</sup>.

---

Consejo de Estado, Sección Segunda Sentencia de 19 de mayo de 1998, Exp. 10051, M.P. Clara Forero de Castro. “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. (...) *Los lineamientos jurisprudenciales precedentes esbozan de manera clara que la falsa motivación del acto tiene ocurrencia cuando i) se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública; ii) los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; iii) porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen y iv) porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión.*”

<sup>20</sup> SANTOFIMIO, G. Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez. Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, pág. 392.

<sup>21</sup> GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. Lecciones de derecho procesal administrativo, Volumen 1. Pág. 323. “La causal podría también escindirse desde el punto de vista del tipo de error en el que incurra la administración pública, si se trata de una discordancia entre los hechos expresados y la realidad, o entre el soporte jurídico o normativo y la verdadera inteligencia de las disposiciones que se adujeron como motivación del acto. Si lo primero, se denominara error de hecho, si lo segundo error de derecho. En ambos casos se incurrirá en el motivo anulatorio examinado, pues constituyen yerros respecto de la causa del acto, ora por una indebida interpretación de los supuestos facticos, ora por virtud de una desatención jurídica.”

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de 7 de febrero de 2013. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00123-01(1971-10). Actor: Jesús Mario Morales Sarmiento. Demandado: E.S.E. Hospital German Vélez Gutiérrez Betulia – Antioquia.

Por otra parte en cuanto a la desviación de poder la doctrina<sup>23</sup> y la Jurisprudencia de esta Sala<sup>24</sup> han señalado que ésta se estructura cuando el fin que persigue el acto administrativo responde a intenciones particulares, personales o arbitrarias de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en oposición a la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse, es decir que el fin no se haya en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico.

En atención a lo expuesto considera la Sala que de las pruebas documentales y testimoniales que obran en el expediente no se puede inferir que las circunstancias de hecho y de derecho que sustentan la decisión de la administración sean falsas, ni que el fin para el cual fueron proferidas atienda a intereses particulares, personales o arbitrarios del Gerente del Instituto para el Desarrollo de Antioquia – IDEA, por el contrario la motivación aducida en dichos actos, las deficiencias en la prestación del servicio por parte de la demandante, se ajusta a la realidad procesal y tuvo como finalidad esencial el buen servicio y la buena marcha de la institución.

Por los anteriores motivos el cargo invocado por la parte demandante no prospera.

En este orden por las razones que anteceden, el fallo apelado que negó las súplicas de la demanda merece ser confirmado.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

---

<sup>23</sup> GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. Lecciones de derecho procesal administrativo, Volumen 1. Pág. 331. “Claro está que una actuación bajo la desviación de poder podrá dar lugar también a una falsa motivación, en la medida en que la actuación del ente administrativo sea movida por finalidad diferente de la plasmada en la ley y se trate de enmascarar ese indebido proceder en la motivación del acto. Dos criterios servirán, entre otros, para distinguir ambos vicios: a) la desviación de poder hay que buscarla en la intención o finalidad del obrar de la administración, es decir, por fuera del acto, mientras que la falsa o indebida motivación debe indagarse en el cuerpo del mismo; la falsa motivación es una discrepancia entre la razón expresada en el acto y la real, mientras que la desviación de poder es la discrepancia entre la finalidad legal o de interés público y el real motivo que condujo la actuación de la administración. Cada caso será diferente, y en cada indagación será preciso buscar los medios de prueba que sean procedentes, para lo cual se impone adecuada investigación del actuar público y una creativa solicitud de medios de probanza.”.

<sup>24</sup> consejo de Estado, sección Segunda. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Sentencia de 27 de enero de 2011. Radicación número: 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08). Actor: Gustavo Alfredo Gomez Guerra. Demandado: Departamento de Casanare.

### **III. FALLA**

**CONFÍRMASE**, la sentencia del 22 de agosto de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las súplicas de la demanda incoada por la señora Olga Ruth Zapata Zapata contra el Instituto para el Desarrollo de Antioquia –IDEA.

**Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.**

**La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.**

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN (E)**

**GERARDO ARENAS MONSALVE**