



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, seis (06) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
M DE C: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO: 700013333009-2013-00197-01
DEMANDANTE: ANA DELFA MOLINA PICO
DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE SUCRE.

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia proferida el 3 de diciembre de 2015, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, que negó las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹

La señora ANA DELFINA PACHECHO, por conducto de apoderado judicial, formuló demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del DEPARTAMENTO DE SUCRE², en la cual **PRETENDE**, la nulidad del Decreto 0120 del 6 de febrero de 2013, por medio del cual se dio por terminado su nombramiento en provisionalidad.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento se ordene al Departamento de Sucre expida el acto administrativo en virtud del cual se reintegre a la docente al mismo cargo o a otro superior, sin solución de continuidad.

¹ Fol. 1 .11 C. Ppal.

² Con vinculación como tercero interesado al señor MIGEL ESTABN BLANCO JULIO.

Que se condene al pago de salarios y prestaciones sociales, dejadas de recibir desde la fecha de desvinculación hasta el reintegro.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** de la demanda, se expuso:

Que la docente ANA DELFA MOLINA PICO, fue nombrada provisionalmente en el cargo de Directivo Docente – Coordinadora en la Institución Educativa Santa Clara, municipio de San Onofre, mediante Decreto 0358 del 16 de febrero de 2010.

Estuvo vinculada hasta el 13 de febrero de 2013, cuando le fue notificado el Decreto 0120 de 6 de febrero de 2013, por medio del cual se da por terminado su nombramiento en provisionalidad de directiva docente, en atención al proceso de traslado de docentes y directivos docentes oficiales, convocado por el Departamento de Sucre mediante Resolución No. 4018 de 2012.

Para ocupar el cargo de directivo docente por traslado, fue seleccionado Miguel Esteban Blanco Julio, quien venía prestando sus servicios en la Institución Educativa el Rincón de San Onofre – Sucre.

La Institución Educativa Santa Clara, se encuentra ubicada en el municipio de San Onofre, zona de connotación afro, razón por la cual se tienen que aplicar normas especiales.

Dijo que el Decreto 520 de 2010, en su artículo 3º señala las condiciones objetivas de participación de docentes y directivos docentes en el proceso de traslado.

Expresó que es profesional en psicología con especialidad en docencia, título otorgado por la Corporación Universitaria del Caribe y diplomado en Afro etnoeducativo y como tal fue nombrada en el cargo de Coordinadora en la Institución Educativa Santa Clara de San Onofre, agrega que durante su desempeño laboral no reposa un llamado de atención en su hoja de vida, al contrario gozaba del afecto de sus superiores y compañeros de trabajo al igual que de los alumnos.

Que además de ejercer sus funciones como coordinadora, la actora se desempeñaba como psicóloga de 1300 estudiantes de dicha institución educativa, labor que por su perfil profesional no pudo ejercer la persona designada para ocupar el cargo y por el cual fue desvinculada la demandante.

El docente MIGUEL ESTEBAN BLANCO JULIO, quien fue designado en el cargo que ocupaba la accionante, padece de cierto tipo de discapacidad en sus piernas, lo que dificulta su traslado de un lugar a otro, propio de la labor que debía desempeñar en el cargo que ocupaba la actora, razón por la cual fue ubicado en una de las sedes de primaria del Sagrado Corazón de Jesús, sede de la Institución Educativa Santa Clara.

El proceso de traslado realizado por la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, no cumplió el objetivo para el cual fue realizado, pues el docente trasladado no pudo asumir la carga académica que venía desempeñando la accionante, por las razones expuestas y sólo fue remplazada tres (3) meses después por la docente FANNY MEDINA, titular de la cátedra de Biología en calidad de encargo mientras se provee tal cargo.

El traslado y la consecuente terminación del nombramiento provisional del directivo docente ANA DELFA MOLINA PICO, se realizó sin tener en cuenta las políticas etnoeducativas, como la comisión consultiva de alto nivel y las comisiones consultivas departamentales, lo que acarreó innumerables perjuicios a la institución de marras, una interrupción en el servicio y una desmejora en la prestación del mismo.

Señaló que la Secretaría de Educación del Departamento de Sucre, tampoco ha tenido en cuenta la solicitud presentada por la rectora de la institución educativa y la consulta elevada por los representantes de diferentes organizaciones afro del municipio de San Onofre, donde plantean su inconformismo por el caos ocasionado por la desvinculación de docentes etnoeducadores afro que prestan sus servicios en dicho ente territorial, afectando de esta manera a los jóvenes afrodescendientes.

Citó como **NORMAS VIOLADAS**, los artículos 1,2,6,25,29,83,125 de la Constitución Política; la Ley 115 de 1994, ley 60 de 1993, ley 715 de 2001, decreto 804 de 1995, decreto 520 de 2010.

En el **CONCEPTO DE VIOLACIÓN**, dijo que el acto estaba viciado de nulidad por estar falsamente motivado, incurrir en desviación de poder y en expedición irregular.

En pro de lo anterior, señaló que en el sub examine, el nominador deja evidencia del motivo por el cual retira del servicio a la actora, en atención al proceso de

traslado de docentes y directivos docentes, convocados por la Gobernación del Departamento de Sucre mediante Resolución No. 4018 de 2012, no obstante, el traslado al cargo, este nunca pudo ser ocupado por el titular, por lo tanto el acto administrativo no cumplió el fin para el cual fue expedido y genera entonces falsa motivación.

Dijo que la autoridad nominadora, le coartó a la actora el derecho a permanecer en servicio oficial, ejercitando desviadamente las potestades públicas, tal como puede constatarse con el galimatías (sic) que consignó en el Decreto 056 de 25 de mayo de 2012.

1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

El departamento de Sucre, se opone a las pretensiones de la demanda por no asistirle derecho a la demandante sobre el derecho invocado, señalando que la vinculación de la actora como docente fue a través de nombramiento en provisionalidad y hasta cuando se provea el cargo en periodo de prueba o en propiedad, añade que no es viable la solicitud de la accionante relacionada con una consulta o solicitud de colaboración de las comunidades afrodescendientes, pues esto es solo posible en los casos de aplicación de programas y otros servicios de educación y demás conceptos definidos en la Ley 70 de 1993, pero no para los efectos de procesos de traslados de docentes y directivos docentes, en el cual solo participan aquellos docentes que estén interesados, para lo cual requiere su inscripción y decisión mediante acto administrativo, tal como lo hizo el Departamento.

Formuló la excepción que denominó, Presunción de Legalidad del acto administrativo de fecha 6 de febrero de 2013, teniendo en cuenta que la administración departamental, al expedirlo cumplió íntegramente con la legalidad preestablecida para el mismo, decisión que se basó en hechos ciertos y privados, lo que hace desprender a nivel administrativo importantes consecuencias entre ellas, la ejecutoriedad del mismo.

1.4. LA SENTENCIA IMPUGNADA⁴

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo en sentencia del 3 de diciembre de 2015 negó las súplicas de la demanda.

³ Fols. 62-66 C. Ppal.

⁴ Fols. 119-117 C. Ppal.

Para el efecto y luego de citar el artículo 22 de la Ley 715 de 2001, el Decreto N° 520 de 2010, en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes y artículo 13 del Decreto N° 1278 de 2002, manifestó que:

"el extremo activo abordó el concepto de la infracción invocando concomitantemente los vicios de expedición irregular, falsa motivación y desviación de poder, fundamentándose en algunas normas jurídicas y en un pronunciamiento constitucional, manifestando con base en ello que el nominador deja clara y expresa evidencia del motivo por el cual retira a la actora, es decir, en atención al proceso ordinario de traslado de docentes y directivos docentes convocado por la Gobernación de Sucre, no obstante el traslado al cargo del cual la accionante fue desvinculada nunca pudo ser ocupado por el titular del traslado, por tanto el acto administrativo no cumplió con el fin para el cual fue expedido y genera entonces una falsa motivación.

Revisado el expediente, estima el Despacho que no se encuentra probado que la Resolución N° 0120 de 2013 a través de la cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la docente actora, haya sido expedida de forma irregular, por el contrario la misma fue emitida por la Secretaria de Educación del Departamento de Sucre, en uso de las facultades conferidas por el Gobernador de dicho ente territorial por delegación mediante el Decreto N° 0639 de 2012, con base en la Ley 715 de 2001, el Decreto N° 520 de 2010, la Resolución N° 12560 de 2012 del MEN y la Resolución Departamental N° 4018 de 2012 y fue motivada, con base en razones de derecho y de hecho.

Es decir, no existe evidencia de que la administración al manifestar su voluntad a través del acto acusado en mención, haya ignorado los procedimientos establecidos para ello y además, no se observa que la decisión tomada viole las normas adjetivas que contemplan el procedimiento para su formación.

En cuanto a la causal de falsa motivación, considera el Despacho que tampoco se encuentra probada, teniendo en cuenta que en el acto acusado fueron expuestos los motivos reales que soportan la decisión, relacionados con el proceso ordinario de traslado de docentes y directivos docentes oficiales convocado por el DEPARTAMENTO DE SUCRE mediante la Resolución N° 4018 de 2012, siendo seleccionado el señor MIGUEL ESTEBAN BLANCO JULIO para ser trasladado a la Institución Educativa Santa Clara del Municipio de San Onofre, cargo que venía desempeñando la accionante, previo agotamiento de los procedimientos consagrados en la resolución en mención, según el cronograma contemplado en la Resolución N° 12560 de 2012 expedida por el Ministerio de Educación Nacional y de conformidad con el Decreto N° 520 de

2010 reglamentario del artículo 22 de la Ley 715 de 2001 y la Ley 115 de 1994, razones que no fueron desvirtuadas en el proceso.

Con relación a la causal de desviación de poder, no se encuentra probada, teniendo en cuenta que no hay evidencia de que la Secretaria de Educación Departamental de Sucre, al expedir la Resolución N° 0120 del 6 de febrero de 2013 haya actuado con intención diferente a la buscada por el precepto normativo que indicó los motivos para los cuales se le ha ungido de competencia, es decir, no existe prueba directa ni indirecta en el expediente que lleve a la configuración de dicha causal, máxime cuando el nombramiento de la actora se realizó de manera provisional, hasta proveer el cargo en propiedad, como así ocurrió en virtud del traslado.

Observa el Despacho que los hechos relatados por la parte demandante en el libelo introductorio y por los terceros declarantes, en especial lo atinente a la reubicación del docente Miguel Esteban Blanco Julio, a continuación el nombramiento de la docente de biología y luego, de la directiva docente Lucy Ruiz Urzola, en el cargo que ocupaba la accionante, sucedieron con posterioridad a la expedición del acto administrativo acusado, por lo que, no tienen la entidad suficiente para afectar su validez, teniendo en cuenta que se trata de una nueva situación administrativa, diferente a la que aquí se materializó y que no puede ser objeto de estudio, en la medida en que no se acusó el acto que la produjo.

Los argumentos atinentes a la labor desarrollada por la actora, si bien son claros al expresar que cumplió a cabalidad sus funciones, tampoco pueden ser tenidos en cuenta pues el acto que la desvincula no estuvo motivado por estas razones. En este punto, sus labores adicionales como sicóloga fueron muy bien recibidas por la comunidad estudiantil, sin embargo, no se acreditó que el cargo exigiera tal formación especial.

No hay lugar a consulta previa, para proveer los cargos por nombramientos, traslados, etc., dada la connotación afrodescendiente del Municipio de San Onofre, debido, a que la ley no lo contempla y de conformidad con el Concepto de fecha 2 de mayo de 2013 emitido por el Ministerio de Educación Nacional, en el que sobre dicho asunto se concluye que; (...) "me permito informarle que las consultas y cooperaciones por parte de las comunidades negras o afro descendientes que llenen los requisitos establecidos en la Ley 70 de 1993, se refiere a la aplicación de programas y otros servicios de educación y demás conceptos definidos en la Ley en mención, pero la misma no expresa que las decisiones con respecto a la convocatoria para la aplicación del traslado ordinario adelantado por parte de la entidad territorial certificada en educación, en ejercicio de sus funciones legales y establecido en el Decreto

520 de 2010, deban ser previamente consultadas, máxime si en el procedimiento de traslado solo participaron aquellos docentes y directivos docentes interesados, para lo cual requiere una inscripción y posterior decisión mediante acto administrativo motivado.”

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte demandante inconforme con la sentencia de primera instancia, formula recurso de apelación, manifestando que las pretensiones están llamadas a prosperar, porque es un hecho notorio que la Institución Educativa Santa Clara, se encuentra ubicada en San Onofre, zona de connotación afro, por lo cual se le debe dar tratamiento de etnoeducación o de educación especial para los grupos étnicos.

En apoyo de su argumento, citó los artículos 35 de la Ley 70 de 193, el artículo 123 del Decreto 804 de 1995, así como el artículo 62 en su inciso segundo de la Ley 115 de 1994 y sentencia T-576 de 2014 de la Corte Constitucional, para señalar que en el proceso ordinario de traslado de docentes adelantado por el Departamento de Sucre no se ciñó las normas especiales, no respetó la condición de etnoeducación que se debe y se imparte en la Institución Educativa Santa Clara, no se desarrolló consulta previa, siendo indiscutible que el señor MIGUEL ESTEBAN JULIO BLANCO no es etnoeducador.

Estimó la parte recurrente que se expidió el acto administrativo de manera irregular como quiera que de manera grotesca se desconoció la etnoeducación que se imparte en la Institución Educativa Santa Clara de San Onofre, agregando que el acto administrativo que conllevo el retiro del servicio de la actora, no cumplió con su finalidad pues no mejoró el servicio, sumado a que el docente no prestó el servicio por tener una discapacidad motriz.

Bajo las razones anteriores, consideró la recurrente estaban probado el vicio de expedición irregular del acto administrativo demandado, razón por la cual se debía revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las pretensiones de la demanda.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA.

Solo se pronuncia el Departamento de Sucre por conducto de su apoderado judicial, quien solicita se confirme la sentencia de primera instancia por cuanto

⁵ Fols. 132-138 C. Ppal.

el acto administrativo de retiro del servicio de la actora, quien estaba nombrada en provisionalidad, no está viciado de ilegalidad alguna, no siendo posible acoger el argumento de la parte demandante en el sentido que se le reconozcan unos derechos amparados según su dicho, en la Ley 70 de 1993, porque debió consultarse previamente su retiro con la comunidad, pues ello, no aplica para el caso de la demandante, quien fue vinculada mediante nombramiento ordinario en provisionalidad y fue temporal por necesidades del servicio⁶.

La parte actora no se pronunció, tal como lo deja ver la nota Secretarial obrante folio 35 del cuaderno de segunda instancia.

1.5.1. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁷.

El Procurador 44 Judicial II delegado ante el Tribunal Administrativo de Sucre, presentó concepto solicitando se confirme la sentencia de primera instancia.

Para el efecto, señala que de la revisión del artículo 35 de la Ley 70 de 1993, no se puede concluir que solo raizales o miembros de misma étnica puedan prestar el servicio de educación, como tampoco se menciona que el nombramiento de docentes requiera del mecanismo de cooperación o consulta previa de las comunidades, puesto que el mecanismo previsto en dicha norma, aplica a programas y otros servicios de la educación, pero no para traslados de docentes.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

Al tenor del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en primera instancia el 3 de diciembre de 2015, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se pretende la nulidad del Decreto No. 0120 del 6 de febrero de 2013, por medio del cual, se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la docente ANA DELFA MOLINA PICO⁸

⁶ Folios 20-23 C. de segunda instancia.

⁷ Folio 19-22 C. Ppal.

⁸ Folios 17-28

2.3. PROBLEMA JURIDICO.

De conformidad con el recurso el reparo formulado en el recurso de apelación formulado por la parte demandada, debe el Tribunal establecer, si el acto administrativo de retiro del servicio de la señora ANA DELFA MOLINA PICO, quien se desempeñaba como docente nombrada en provisionalidad en la Institución Educativa Santa Clara del municipio de San Onofre, se encuentra viciado de por expedición irregular, al no haberse consultado previamente la comunidad afro del municipio de San Onofre como aparentemente lo establece el artículo 35 de la Ley 70 de 1993.

Para dar respuesta el interrogante planteado, previamente se precisará sobre la insubsistencia de los empleados - docentes designados en provisionalidad para luego descender al análisis del reparo formulado contra la sentencia de instancia.

2.3.1 DE LA PROVISIONALIDAD EN EL REGIMEN DE DOCENTES. Temporalidad y transitoriedad de dicho nombramiento. Terminación.

La Constitución Política en su artículo 125 preceptúa:

“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.

(....).”

Así mismo la Ley 115 de 1994, en su artículo 105, establece:

“La vinculación de personal docente, directivo y administrativo al servicio público educativo estatal, sólo podrá efectuarse mediante nombramiento hecho por decreto y dentro de la planta de personal aprobada por la respectiva entidad territorial.

Únicamente podrán ser nombrados como educadores o funcionarios administrativos de la educación estatal, dentro de la planta de personal, quienes previo concurso, hayan sido seleccionados y acrediten los requisitos legales.

(....).”

El Decreto 1278 de 2002, *“Por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente”*, norma aplicable al caso de la actora como quiera que su ingreso al

servicio público educativo conforme los antecedentes y pruebas que más adelante se relacionan, se dio el 22 de febrero de 2010, mediante Decreto 0358 de 2010 y acta de posesión No. 29668 del 22 de febrero de 2010 (ver folio 14 - 15), en su artículos 1 y 2, dispone⁹

Artículo 1º. Objeto. El presente decreto tiene por objeto establecer el Estatuto de Profesionalización Docente que regulará las relaciones del Estado con los educadores a su servicio, garantizando que la docencia sea ejercida por educadores idóneos, partiendo del reconocimiento de su formación, experiencia, desempeño y competencias como los atributos esenciales que orientan todo lo referente al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del servidor docente y buscando con ello una educación con calidad y un desarrollo y crecimiento profesional de los docentes.

Artículo 2º. Aplicación. Las normas de este estatuto se aplicarán a quienes se vinculen a partir de la vigencia del presente decreto para desempeñar cargos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica (primaria y secundaria) o media, y a quienes sean asimilados de conformidad con lo dispuesto en esta misma norma.

Los educadores estatales ingresarán primero al servicio, y si superan satisfactoriamente el período de prueba se inscribirán en el Escalafón Docente, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.

En su ámbito de aplicación, quedaron cobijados todas las personas que ingresen al servicio educativo estatal como docentes o directivos docentes desde 19 de julio de 2002 fecha en que entró en vigencia la norma.

Ahora bien, en sus artículos 7, 8 y 11 sobre el ingreso al servicio se establece que la designación en caso de vacantes deberá realizarse con quien ocupe el primer lugar en lista de elegibles, esto es, utilizando en sistema de concurso.

“Artículo 7º. Ingreso al servicio educativo estatal. A partir de la vigencia de este decreto, para ingresar al servicio educativo estatal se requiere poseer título de licenciado o profesional expedido por una institución de educación superior debidamente reconocida por el Estado o título de normalista superior y, en ambos casos, superar el concurso de méritos que se cite para tal fin, debiendo ejercer la docencia, en el nivel educativo y en el área de conocimiento de su formación.

(....).”

“Artículo 8º. Concurso para ingreso al servicio educativo estatal. El concurso para ingreso al servicio educativo estatal es el proceso mediante el cual, a través de la evaluación de aptitudes, experiencia, competencias básicas, relaciones interpersonales y condiciones de personalidad de los aspirantes a

⁹ Sobre carrera docente se puede consultar Concepto del 17 de septiembre de 2004 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Referencia: Radicación No. 1603

ocupar cargos en la carrera docente, determina su inclusión en el listado de elegibles y se fija su ubicación en el mismo, con el fin de garantizar disponibilidad permanente para la provisión de vacantes que se presenten en cualquier nivel, cargo o área de conocimiento dentro del sector educativo estatal.”

“Artículo 11. **Provisión de cargos. Cuando se produzca una vacante en un cargo docente o directivo docente, el nominador deberá proveerla mediante acto administrativo con quien ocupe el primer lugar en el respectivo listado de elegibles en el concurso...**”.

No obstante, la norma previó igualmente la posibilidad de realizar provisión de empleos de forma temporal o transitoria, en sus artículos 13 y 14 ídem, así, mediante designación en provisionalidad y en encargo¹⁰.

En lo relacionado a provisionalidad se determinó:

Artículo 13. Nombramientos provisionales. Cuando se trate de proveer transitoriamente empleos docentes, los nombramientos deben realizarse en provisionalidad con personal que reúna los requisitos del cargo, en los siguientes casos:

- a) En vacantes de docentes cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal. El nombramiento provisional será por el tiempo que dure la respectiva. En este caso deberá hacerse uso del listado de elegibles vigente y su no aceptación no implica la exclusión del mismo;
- b) En vacantes definitivas, el nombramiento provisional será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso.

Parágrafo. Los educadores contratados por órdenes de prestación de servicio que tienen el derecho a ser vinculados en provisionalidad en virtud del artículo 38 de la Ley 715 de 2001, serán regidos por las normas de este Estatuto y, por ende, nombrados provisionalmente de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, en los cargos vacantes de la planta de personal que fije la Nación en ejercicio de su competencia especial dada por el artículo 40 de la Ley 715 de 2001.

Para ser vinculados en propiedad y gozar de los derechos de carrera deben superar el concurso de méritos y obtener evaluación satisfactoria del período de prueba, de acuerdo con lo dispuesto en este decreto.

Se puede apreciar que son dos las eventualidades de designación en provisionalidad para los docentes, a saber:

1. Cuando la vacante exista porque quien este nombrado como titular del cargo docente, se encuentra en una situación administrativa que implica separación

¹⁰ **Artículo 14. Encargos.** Hay encargo cuando se designa temporalmente a una persona ya vinculada en propiedad al servicio, para asumir otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Los cargos directivos docentes vacantes de manera temporal, podrán ser provistos por encargo con personal inscrito en carrera, mientras dure la situación administrativa del titular. Y en caso de vacante definitiva, podrá suplirse por encargo mientras se surte el proceso de selección y se provee de manera definitiva.

temporal del servicio, lo cual de conformidad con el literal b del artículo 50¹¹ se presenta cuando el docente está comisión de estudios, en comisión de estudios no remunerada, en comisión para ocupar cargo de libre nombramiento o remoción, en licencia, en uso de permiso, en vacaciones, suspendidos por medida penal o disciplinaria, o prestando servicio militar.

La duración de la provisionalidad en este caso viene dada por la temporalidad de la situación administrativa en que se encuentre el titular del cargo.

2. Cuando exista vacante definitiva en el cargo, caso en cual el nombramiento en provisionalidad será hasta cuando se provea el cargo en período de prueba o en propiedad, de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso. Normalmente esta causal viene dada por la creación de un cargo nuevo o por la cesación de funciones definitivas del titular con fundamento en una de las causales de retiro del servicio que establece el artículo 63, lo cual conlleva la exclusión del escalafón docente y la pérdida de los derechos de carrera de conformidad con el artículo 64 de la norma en comento.

En este punto, la Sala recuerda que el nombramiento en provisionalidad procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa. Por ello, es concebido como un mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, evitando la paralización de las funciones públicas.

Ahora, dentro de la regulación normativa de la función pública, esta forma de provisión de empleos, ha estado marcada siempre por la característica de la transitoriedad y la precariedad en el sentido de señalarse que el designado en provisionalidad no goza de los mismos beneficios de estabilidad laboral que se generan en favor de quien accede a un cargo por el sistema de mérito o concurso; no obstante, la Corte Constitucional en su precedente judicial ha señalado que si bien al nombrado en provisionalidad no se le puede asimilar al empleado nombrado por el sistema de carrera administrativa, si goza de una estabilidad intermedia en el sentido que el acto de retiro deber ser motivado, pero aclarando que su estabilidad no deviene de la aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

¹¹ El artículo 50 regula las situaciones administrativas de los docentes o directivos docentes.

Frente a la característica de la precariedad y su aplicación en todos los sistemas de carrera dentro de la función pública, la Corte Constitucional en sentencia C-733 del 2005, reseñó:

*"(...)Ahora bien, en lo que concierne a la provisionalidad, entendida **esta como una forma de vinculación laboral con el Estado de carácter precario**, mediante la cual, sin mediar un concurso de méritos, se surte un cargo de carrera administrativa pero sin encontrarse inscrito en ella ni gozar de los derechos que la misma otorga, la Corte se ha pronunciado en el sentido de que (i) el legislador no puede establecer que quienes se encuentren nombrado en provisionalidad ingresen inmediatamente en carrera; (ii) para efectos de autorizar a las entidades públicas, la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, la valoración de las circunstancias que dieron lugar a la prórroga, deben ser debidamente motivadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil; (iii) la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad; (iv) más sin embargo, por tratarse de una situación administrativa excepcional debe prolongarse por el tiempo necesario para que, de acuerdo con ese régimen de carrera, éste sea desempeñado por una persona que se ha sometido a todo el proceso de selección previo al ingreso o por un funcionario de libre nombramiento y remoción, si el cargo es de esa naturaleza¹²"*

En ese orden, la posibilidad de dar por terminada la vinculación del provisional y disponer su retiro del servicio viene entonces solo limitada por la expresión de los motivos de la insubsistencia, los cuales deben ser objetivos, concretos y justificables en todo caso por la Administración.

Ahora bien, el Decreto 1278 de 2002, no establece regulación al respecto de la terminación ni términos de la provisionalidad, no obstante, por ello no puede entenderse que la única causa de retiro del servicio del provisional – docente, sea la designación del titular por concurso de mérito, por cuanto, la designación del empleado en provisionalidad puede ser acabada aun antes, con la sólo condición de que se motive la determinación, bajo razones claras, serias y atendibles, pues en ello estriba la estabilidad intermedia de que habla el Tribunal Constitucional. Lo contrario, sería otorgar fuero de permanencia a servidores

¹² En la sentencia C- 077 de 2004, la Corte Igualmente expreso que "(...) Con el fin de evitar que el nombramiento provisional pierda su atributo de temporalidad y se convierta en permanente, dejando de ser tal, y que vulnere el mandato constitucional sobre aplicación de la carrera en los cargos del Estado, lo mismo que el derecho de acceso de todas las personas a ellos en igualdad de condiciones, el legislador debe establecer límites y condiciones para su utilización (...)". Igualmente en sentencia T -1083 de 2012, expresó: *En síntesis, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que **el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación***"

públicos que no pertenecen al sistema de carrera, modificando con ello la naturaleza excepcional con la cual se creó esta forma de provisión de vacantes en el empleo público de forma temporal.

Estos razonamientos se extraen de la interpretación realizada por el Consejo de Estado respecto de la terminación de provisionalidad frente a su regulación en la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, normas que son de aplicación supletoria en los sistemas específicos de carrera cuando existan vacíos normativos, tal como lo determina el artículo 4 de la ley 909 de 2004 en su numeral segundo, así

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

1. (...)...

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.
- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
- Fiscalía General de la Nación.
- Entes Universitarios autónomos.
- Personal regido por la carrera diplomática y consular.
- **El que regula el personal docente.**
- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República

En providencia del 4 de agosto de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Rad: 0319-08, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, manifestó que, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Reglamentario 1227 de 2005, debe mediar acto administrativo motivado para el retiro del servicio para empleados en provisionalidad, pero solo en los eventos en los cuales el retiro se haga antes de vencerse el término del nombramiento o del encargo.

*"En este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelsy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura. **Pero precisa, que esta situación, es decir, la no***

exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada". (Negrillas de la sala)

Siguiendo la misma ruta, en sentencia del 23 de septiembre de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No. 0883-08, se plantea la tesis según la cual a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la competencia para el retiro o insubsistencia de los empleados provisionales es reglada, exigiendo de un acto motivado¹³.

Ahora sobre la posibilidad de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad en cualquier tiempo, ha dicho el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo:

"La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, modalidad que no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. La Administración puede, en aras de mejorar el servicio, aun cuando no haya vencido el término de provisionalidad o el término de la prórroga del nombramiento del empleado, removerlo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo definitivamente en propiedad, se puede hacer, nuevamente, en provisionalidad.

En este orden de ideas, la remoción de esta clase de funcionarios sin los requisitos que la ley establece para el personal de Carrera, no viola las disposiciones legales que regulan dicha materia¹⁴

Sobre la forma como debe entenderse la motivación del acto de retiro, la Corte Constitucional ha expuesto que, esta viene dada por la exposición concreta y clara de las circunstancias que conllevan el retiro del servicio, como garantía del derecho fundamental a la publicidad y al debido proceso. Por ello, la Corte Constitucional, en diversas sentencias de las cuales es plausible rescatar la sentencia SU-917/10¹⁵, ha sentado un precedente fuerte y sólido, señalando que

¹³ Ver asimismo, Consejo de Estado, Sección Segunda, 12 de octubre de 2011, Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01435- 01(0451-11), Actor: MARIA VIALO DEL SOCORRO GARCIA CASTAÑEDA, Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO BERRIO, HOSPITAL DE LA CRUZ.

¹⁴. Consejo de Estado, Sección II, Expediente No. 05001-23-31-000-2001-03490-01(1998-09). CP. Bertha Lucia Ramírez.

¹⁵ "La Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión". Se pueden revisar asimismo, las siguientes providencias de la Corte Constitucional, sentencia T-800 de 1998, T 610 de 2003, T 884 de 2010, SU 691 de 2011.

la declaratoria de insubsistencia debe entonces fundarse en razones claras, objetivas, detalladas y precisas

2.3.2. DEL TRASLADO COMO FORMA DE PROVER VACANCIAS EN LA CARRERA ESPECIAL DOCENTE.

Debe recordarse que las vacantes pueden ser temporales y definitivas, en ambos casos se puede utilizar la figura temporal del nombramiento en provisionalidad, para garantizar la continuidad del servicio. No obstante, es necesario precisar que cuando la vacancia es definitiva, la misma puede ser provista de forma permanente, ya no transitoria, mediante la aplicación de la lista de elegibles producto de un proceso de selección de mérito bajo la figura del traslado.

En el artículo 22 de la Ley 715 de 2001, sobre traslado de docentes y directivos docentes, se señala:

Artículo 22- Traslados. Cuando para la debida prestación del servicio educativo se requiera el traslado de un docente o directivo docente, este se ejecutará discrecionalmente y por acto debidamente motivado por la autoridad nominadora departamental, distrital o del municipio certificado cuando se efectúe dentro de la misma entidad territorial.

Cuando se trate de traslados entre departamento, distritos o municipios certificados se requerirá, además del acto administrativo debidamente motivado, un convenio interadministrativo entre las entidades territoriales.

Las solicitudes de traslados y /as permutas procederán estrictamente de acuerdo con las necesidades del servicio y no podrán afectarse con ellos la composición de las plantas de personal de las entidades territoriales.

El Gobierno Nacional reglamentará esta disposición".

Los artículos 52 y 53 del Decreto 1278 de 2002, regulan esta situación administrativa en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 52. Traslados. Se produce traslado cuando se provee un cargo docente o directivo docente vacante definitivamente, con un educador en servicio activo que ocupa en propiedad otro con funciones afines y para el cual se exijan los mismos requisitos aunque sean de distintas entidades territoriales"

ARTÍCULO 53. Modalidades de traslado. Los traslados proceden:

- a. Discrecionalmente por la autoridad competente, cuando para la debida prestación del servicio se requiera el traslado de un docente o directivo docente dentro del mismo distrito o municipio, o dentro del mismo departamento cuando se trate de municipios no certificados, con el fin de garantizar un servicio continuo, eficaz y eficiente.
- b. Por razones de seguridad debidamente comprobadas.
- c. Por solicitud propia.

Parágrafo. El Gobierno nacional reglamentará las modalidades de traslado y las condiciones para hacerlas efectivas, teniendo en cuenta que los traslados prevalecerán sobre los listados de elegibles del concurso dentro de la respectiva entidad territorial certificada; que deben

responder a criterios de igualdad, transparencia, objetividad y méritos, tanto en relación con sus condiciones de ingreso al servicio y a la carrera docente, como en el desempeño de sus funciones y en las evaluaciones de competencias; **y que el traslado por razones de seguridad debe prevalecer sobre cualquier otra modalidad de provisión de los empleos de carrera docente**”

El Decreto 520 de 17 de febrero de 2010, a través del cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001 en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes, norma aplicable a todos los docentes cualquiera que sea el estatuto que los rijan, en su artículo 1, dispone:

Artículo 1º. Objeto y ámbito de aplicación. Con el fin de garantizar igualdad de oportunidades, transparencia y agilidad en la adopción de las decisiones correspondientes, el presente decreto reglamenta el proceso de traslado de los servidores públicos docentes y directivos docentes que atienden el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica y media, administrados por cada una de las entidades territoriales certificadas en educación

En dicha normativa, se regula un proceso de traslado denominado ordinario, regulado de los artículos 2º al 4º y otro no sujeto a las reglas del proceso ordinario, el cual está establecido en el artículo 5º del Decreto 520 de 2010.

El artículo 5º dispone, que la autoridad nominadora efectuará el traslado de docentes o directivos docentes mediante acto administrativo debidamente motivado, en cualquier época del año lectivo, sin sujeción al proceso ordinario de traslados de que trata este Decreto, cuando se originen en:

1. Necesidades del servicio de carácter académico o administrativo, que deban ser resueltas discrecionalmente para garantizar la continuidad de la prestación del servicio educativo. En tal caso, el nominador de la entidad territorial debe adoptar la decisión correspondiente considerando, en su orden, las solicitudes que habiendo aplicado al último proceso ordinario de traslado no lo hayan alcanzado.
2. Razones de seguridad fundadas en la valoración de riesgo adoptada con base en la reglamentación que establezca el Ministerio de Educación Nacional.
3. Razones de salud del docente o directivo docente, previo dictamen médico del comité de medicina laboral del prestador del servicio de salud.
4. Necesidad de resolver un conflicto que afecte seriamente la convivencia dentro de un establecimiento educativo, por recomendación sustentada del consejo directivo

Por su parte, sobre el proceso de traslado ordinario se establece en el artículo 2 ibídem:

“Proceso ordinario de traslados. Adoptada y distribuida la planta de personal docente y directivo docente de conformidad con los artículos 6º y 7º de la Ley 715 de 2001, cada entidad territorial certificada en educación deberá implementar el proceso para tramitar los traslados que tengan origen en solicitud de los docentes o directivos docentes, el cual debe desarrollarse así:

1. El Ministerio de Educación Nacional fijará cada año, antes de la iniciación del receso estudiantil de que trata el Decreto 1373 de 2007, el cronograma para la realización por parte de las entidades territoriales certificadas del proceso de traslados ordinarios de docentes y directivos docentes al servicio de las entidades territoriales certificadas, con el fin de que al inicio del siguiente año escolar los docentes trasladados se encuentren ubicados en los establecimientos educativos receptores para la oportuna prestación del servicio educativo.

2. Cada entidad territorial certificada expedirá un reporte anual de vacantes definitivas, por establecimiento educativo, considerando las sedes, haciendo uso del sistema de información de recursos humanos del que disponga, con corte a 30 de octubre de cada año para calendario A y 30 de mayo para calendario B.

3. Con base en el cronograma fijado por el Ministerio de Educación Nacional y el reporte anual de vacantes, antes de la iniciación del receso estudiantil previsto en el Decreto 1373 de 2007, la entidad territorial certificada convocará al proceso de traslado mediante acto administrativo, en el cual detallará las necesidades del servicio educativo por atender mediante traslado ordinario de docentes y directivos docentes, con la indicación del cargo directivo o del área de desempeño para el caso de los docentes, localización del establecimiento educativo, considerando las sedes, requisitos, oportunidad y procedimiento para la inscripción en el proceso de traslados, información sobre los criterios de priorización para la definición de los mismos, fechas para la verificación del cumplimiento de los requisitos y de expedición de los actos administrativos de traslado.

4. Cada entidad territorial certificada deberá realizar la difusión de la convocatoria durante un periodo mínimo de quince (15) días hábiles, anteriores a la fecha en la cual dé inicio a la inscripción en el proceso ordinario de traslados, a través de los medios más idóneos de que disponga. En todo caso, realizará la difusión en el sitio web de la secretaría de educación correspondiente y en lugar de fácil acceso al público.

5. Cumplidas las actividades programadas en el cronograma del proceso de traslados, la autoridad nominadora de cada entidad territorial certificada adoptará la decisión que corresponda y la comunicará al docente o directivo docente, así como a los rectores o directores rurales de los establecimientos educativos donde se hayan de producir los cambios.

Parágrafo 1°. Antes de la expedición de los actos administrativos que dispongan los traslados a los que haya lugar, la entidad territorial publicará por lo menos durante cinco (5) días hábiles, la lista de traslados por realizar como resultado del proceso ordinario de traslados, con el fin de recibir las solicitudes de ajuste que los docentes y directivos docentes participantes en el proceso y la organización sindical respectiva quieran formular, las cuales serán evaluadas y resueltas por la entidad territorial dentro del cronograma fijado.

Parágrafo 2°. Los traslados entre departamentos, distritos o municipios certificados, solicitados por docentes o directivos docentes, se tramitarán por el proceso dispuesto en este artículo y requieren adicionalmente convenio interadministrativo entre las entidades territoriales remitora y receptora, en el cual se convendrán entre otros aspectos las fechas de efectividad del traslado y de producción de efectos y responsabilidades fiscales.

Cuando se trate de permuta, con estricta sujeción a la atención de las necesidades del servicio educativo, según lo establecido en el inciso 3° del artículo 22 de la Ley 715 de 2001, no será autorizado el traslado por la autoridad nominadora si a uno de los dos solicitantes le faltan cinco (5) años o menos de servicio para alcanzar la edad de retiro forzoso.

Parágrafo 3°. El traslado en ningún caso implica ascenso en el Escalafón Docente, ni interrupción en la relación laboral, ni puede afectar la composición de la planta de personal”

En este punto, debe destacar la Sala que en parte alguna de la reglamentación tanto de traslado ordinario como el no sujeto a dicho proceso, se establece como

paso previo la consulta a las comunidades u otro requisito adicional, para efectos de dar cabida a la situación administrativa de traslado de docentes y directivos, como forma de llenar vacancia definitivas del servicio, las cuales dicho sea paso, conllevan legalmente a la terminación del nombramiento de la persona que venía ocupando el cargo docente o directivo docente en provisionalidad¹⁶.

Sobre el proceso de traslados ordinarios, la Corte Constitucional en sentencia T 042 de 2014, señaló:

"El Ministerio de Educación expidió el Decreto 520 de 2010, mediante el cual se reglamenta el artículo 22 de la Ley 715 de 2001[7], en relación con el proceso de traslado de docentes y directivos docentes. En esta reglamentación se sujeta el ius variandi, es decir, la posibilidad del empleador de determinar las condiciones de modo, tiempo y lugar en que el empleado ejercerá su labor a dos posibilidades: i) al proceso ordinario de traslados y ii) a los traslados no sujetos al proceso ordinario.

6. En el primer evento, con la ayuda de un cronograma y el reporte anual de vacantes elaborado por las entidades territoriales, se debe expedir un acto administrativo que contenga: "las necesidades del servicio educativo por atender mediante traslado ordinario de docentes y directivos docentes, con la indicación del cargo directivo o del área de desempeño para el caso de los docentes, localización del establecimiento educativo, considerando las sedes, requisitos, oportunidad y procedimiento para la inscripción en el proceso de traslados, información sobre los criterios de priorización para la definición de los mismos, fechas para la verificación del cumplimiento de los requisitos y de expedición de los actos administrativos de traslado.". Así la autoridad administrativa, en aras de cumplir con la prestación del servicio educativo, en términos de calidad y cobertura, puede adelantar una convocatoria para suplir las vacantes que requiere. Este proceso está mediado por la publicidad y la participación de los docentes y directivos docentes en razón a los criterios de priorización legalmente definidos"

Lo hasta aquí expuesto, permite a la Sala concluir que es válida y se justifica como motivo de terminación de un nombramiento en provisionalidad, la circunstancia objetiva establecida en el Decreto 520 de 2010, esto es, traslado de docente en carrera, pues es una forma, como se vio, de proveer vacancias definitivas dentro del sistema de carrera especial que regula a los docentes, esto implica, que quien es trasladado, queda vinculado en propiedad, recordando que no implica interrupción de la relación laboral.

2.2.3. EL CASO CONCRETO.

En el plenario se encuentra demostrado que la señora ANA DELFA MOLINA PICO, fue nombrada transitoriamente como docente en provisionalidad para ocupar el cargo de directivo docente – coordinadora en la Institución Educativa Santa Clara del municipio de San Onofre, conforme Decreto No. 0358 de 16 de febrero de 2010, del cual tomó posesión el 22 de febrero de 2010 (folios 14-15).

16

De igual forma, está probado que mediante Decreto No. 0120 de 6 febrero de 20913, se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad (folio 16,17).

Pues bien la parte actora en su demanda y en su recurso expresa que el acto está afectado del vicio de expedición irregular, pues no se realizó consulta previa a la comunidad, esta falsamente motivada y fue expedido con desviación de poder.

Pues bien, del contenido del acto acusado, claramente se advierte que el mismo está motivado en el proceso de traslado de docentes en aplicación del Decreto 520 de 2010, el cual concluyo con el traslado del señor MIGUEL ESTEBAN BLANCO JULIO, al cargo que era ocupado transitoriamente bajo designación en provisionalidad por la hoy actora.

En ese sentido, se recuerda que los motivos expuestos del acto deben coincidir con la realidad fáctica externa, recordando que quien afirma la existencia de vicios en el acto, corre con la carga de la prueba, dada la presunción de legalidad que lo ampara.

El H. Consejo de Estado, frente a la falsa motivación, ha señalado que esta:

*"se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa. Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión"*¹⁷

Para el caso concreto, esa coincidencia fáctica aplica plenamente en este caso, pues está demostrado y así lo acepta la demandante en los hechos de su demanda, que efectivamente el Departamento de Sucre, adelantó cumpliendo los requisitos del Decreto 520 de 2010, un proceso ordinario de traslados para proveer vacancias definitivas, entre ellas, la de docente directivo que era ocupado por la docente demandante; proceso dentro del cual, se inscribió el señor MIGUEL ESTEBAN BLANCO JULIO, el que concluyó, para el caso concreto, con la aprobación y designación de su traslado como directivo docente a la

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, Radicado No. 25000-23-27-000-2004-92271-02(16660). Sentencia del 15 de marzo de 2012.

Institución Educativa Santa Clara del municipio de San Onofre, situación está, que dicho sea de paso, es una de las razones válidas para que se pueda terminar una designación en provisionalidad, como se anotó en líneas anteriores.

En tal sentido, dicho cargo no está llamado a prosperar, comoquiera que los motivos que fundamentan la decisión administrativa no son irreales.

De igual forma, la parte actora expone que el acto está viciado por expedición irregular, por cuanto en el proceso ordinario de traslado que culminó con la designación del señor MIGUEL ESTEBAN BLANCO JULIO y la terminación de su provisionalidad como directivo docente, previamente no se le consultó a la comunidad de San Onofre, como zona *etno – afro*.

Pues bien, la expedición irregular como vicio del acto administrativo, en voces del H. Consejo de Estado, *“se materializa cuando se vulnera el procedimiento determinado para la formación y expedición de un acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías en el trámite de expedición del mismo, en otras palabras cuando se cuestiona la forma en la que se profirió el respectivo acto. En suma, la causal de nulidad por expedición irregular se configura cuando se acredita la existencia de alguna anomalía sustancial en el proceso de formación del acto”*¹⁸

Al efecto conforme lo señaló esta Sala en acápite anterior, el proceso de traslado ordinario de docentes como forma de proveer vacancias definitivas, viene regulado por los artículos 2, 3, 4 del Decreto 520 de 2010, los cuales fueron detallados por esta Sala de forma previa en esta providencia, y de cuya lectura y análisis se puede concluir que el requisito alegado por la parte actora para fundar la expedición irregular del acto administrativo, no está contemplado en dicha normativa, razón por la cual, no se puede construir un vicio de nulidad sobre un requisito que no está determinado para la formación y expedición de la actuación administrativa.

Ahora bien, advierte esta Sala que el cargo de expedición irregular, presentado en el recurso de apelación, está sustentado en la aplicación y violación de la Ley 70 de 1993, sobre la cual en el curso de la primera instancia no fue presentada en demanda como norma violada, razón por la cual, sobre ella no se puede construir en el trámite de la segunda instancia, análisis de nulidad alguno, pues

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN QUINTA. Radicado No. 11001-03-28-000-2014-00128-00. Sentencia del 3 de agosto de 2015.

no es, la alzada, una nueva oportunidad para que las partes, formulen cargos de anulación contra el acto administrativo.

Acorde con lo anterior, es evidente que el cargo por expedición irregular no está llamado a prosperar, puesto que el requisito señalado como anomalía en el proceso de traslado, no está consagrado para dicha actuación.

Por último, este Tribunal, no advierte que en la expedición del acto administrativo de retiro de la actora, dando por terminada su provisionalidad se haya incurrido por la Administración Departamental de Sucre en desviación de poder, pues no se advierte una actuación arbitraria, desprovista de sustento legal con un fin espurio distinto a los fines del servicio, caprichosa o personal del nominador, toda vez que lo probado evidencia claramente que la terminación de su nombramiento en provisionalidad obedeció a una causa razonable, válida y legal, como fue la provisión en propiedad del cargo por razón de traslado, el cual, dicho sea de paso, respeto las condiciones normativas establecidas en el Decreto 520 de 2010.

En ese orden de ideas, los cargos formulados contra el acto administrativo demandado no fueron probados, razón por la cual, las pretensiones de la demanda deben ser negadas, tal como lo señaló el A quo, razón por la cual, este Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia proferida el 3 de diciembre de 2015, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. Atendiendo el criterio objetivo traído por la Ley 1437 de 2011, se condena en costas de segunda instancia a la parte demandante, como quiera que el recurso de apelación no prospero, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia, de conformidad con los artículos 365 y 366 del C.G. P

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, EL **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SLA PRIMERA DE DECISIÓN**, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el 3 de diciembre de 2015, por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Sincelejo, por las razones expresadas en esta providencia.

SEGUNDO: Costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI" y en los libros radicadores.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala de Decisión conforme consta en Acta N° 169 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA

Con impedimento