TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, catorce (14) de Julio de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**
M. DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.**
RADICADO:	**70-001-33-33-007-2015-00071-01**
DEMANDANTE:	**RAFAEL EDUARDO PÉREZ HERRERA.**
DEMANDADO:	**E.S.E CENTRO DE SALUD SAN MARCOS.**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 23 de Noviembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió negar las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA1

El señor RAFAEL EDUARDO PÉREZ HERRERA, por conducto de apoderado judicial, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución No. 288 del 01 de octubre de 2014, por medio del cual fue declarado insubsistente en el cargo de Técnico Administrativo del Área de Almacén. A título de restablecimiento del derecho, persigue que se ordene el reintegro del actor al cargo que venía desempeñando, o a otro empleo de igual o superior categoría y remuneración, se realice el reconocimiento y pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir aplicando los ajustes de valor a

[1] Folios 1-28

que haya lugar, se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto por la ley y se condene en costas a la parte demandada.

Como **fundamentos fácticos*,*** en la demanda se expresó que al señor RAFAEL EDUARDO PÉREZ HERRERA, a través de la Resolución No. 0396 del 27 de abril de 2012, se le nombró en el cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 16, en la planta de personal de la E.S.E CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE SAN MARCOS, tomando posesión del mismo, el día 03 de mayo de ese año.

Señala que, en virtud de la Resolución No. 288 del 01 de octubre de 2014, se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo antes mencionado, decisión que le fue notificada el día 06 de noviembre de 2014.

Informa que, la Resolución No. 288 del 01 de octubre de 2014, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor, se encuentra motivada en el cumplimiento de una decisión judicial venida de la jurisdicción contenciosa, en la que se ordenó el reintegro de un exempleado de la E.S.E CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE SAN MARCOS, limitando a ello sus consideraciones.

Afirma que, el Acto demandado se encuentra escasamente motivado; además que, no se dejó constancia en la hoja de vida del señor RAFAEL EDUARDO PÉREZ HERRERA de las razones de su retiro del servicio, desconociéndose así sus derechos constitucionales, a pesar de que venía ejerciendo el cargo con idoneidad.

Como **normas violadas**, señaló los artículos 1, 2, 25, 29, 53, 83, 90, 123, 125 y 209 de la Constitución Política; Decreto Ley 2400 de 1968; Decreto 1572 de 1998; Ley 909 de 2004; Decreto 1227 de 2005; C.C.A; Ley 1437 de 2011, y demás normas concordantes.

En el **concepto de violación*,*** manifiesta que se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas, debido a que existe expedición irregular por insuficiente motivación, toda vez que el acto acusado fue expedido en forma irregular, pues en sus considerandos no hace alusión a las circunstancias de hecho que motivaron el Acto Administrativo de insubsistencia, desconociendo el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado y la H. Corte Constitucional, según la cual, los Actos de insubsistencia deben de manera clara, detallada y precisa en él, exponer las razones

por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario nombrado en provisionalidad.

En el mismo sentido, sostiene que la Administración no puede declarar insubsistente un empleado en provisionalidad, y en su lugar, nombrar a otra persona en esa misma condición, sino que a ese tipo de empleados solo puede retirarlos del servicio, para nombrar en su remplazo a alguien en Carrera Administrativa, previo concurso de mérito. Al no hacerlo, desconoce lo previsto en la sentencia SU-917 de 2010 de la H. Corte Constitucional; además indica que las consideraciones que debe expresar el Acto Administrativo de insubsistencia, no pueden limitarse a razones del buen servicio o, en el caso bajo examen, el reintegro de un empleado en cumplimiento de una orden judicial, sin exponer una consideración clara y precisa.

También considera que existe violación del Decreto Ley 2400 de 1968, pues la norma precitada, en su artículo 26, prescribe que pesar de que las declaratorias de insubsistencia a los nombramientos de personas que no pertenezcan a una carrera puede hacerse sin motivación, deberá dejarse constancia el hecho y las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida; lo anterior, a su juicio, impone el deber de motivación a las decisiones discrecionales, lo que constituye una potestad relativa y limitada por la norma legal, reconocida por el H. Consejo de Estado para que sea ejercida con el objeto de mejorar el servicio.

En síntesis, advierte que se incurre en desviación de poder, porque el acto acusado fue proferido persiguiendo objetivos distintos a los fijados por la Ley, que es el mejoramiento del servicio público, debido a que la Ley no prevé como causal de retiro del servicio de un empleado, el nombrar a otro en su reemplazo, para el cumplimiento de una orden judicial de reintegro, máxime cuando el empleado que se retira, viene cumpliendo con eficacia sus labores.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La E.S.E CENTRO DE SALUD SAN MARCOS, contesta la demanda dentro de la oportunidad procesal para ello, oponiéndose a las pretensiones de la misma, por considerar que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos que las soporten, en su lugar, solicita que las mismas sean denegadas.

[2] Folios 68-72.

Respecto a los hechos, aceptó como ciertos la mayoría de los mismos, pero resaltó que no lo es que el Acto Administrativo que declaró insubsistente el nombramiento del demandante, se encuentre insuficientemente motivado, pues en él se dijo explícitamente, consistente en el cumplimiento de una sentencia judicial que ordenó el reintegro de un exempleado de la entidad, cumpliendo con lo dicho por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional para el efecto.

Finalmente, en defensa de la legalidad del acto enjuiciado, la apoderada de la E.S.E CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE SAN MARCOS, cuestionó cada una de las causales de ilegalidad que contra el mismo se plantaron en la demanda, explicando que el acto si se encuentra debidamente motivado, toda vez que se justifica en el cumplimiento a una sentencia judicial, en la que se ordenó reintegrar un exempleado al cargo que ocupaba de manera provisional el actor.

Con base en lo anterior, propuso la excepción de presunción de legalidad del acto demandado.

1.3 LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3].

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, negó las pretensiones de la demanda, manifestando que contrario a lo expuesto en la demanda, en el presente caso, no se encuentran vulneradas las normas ya citadas con la desvinculación del demandante, pues como se apuntó ningún empleo público goza de estabilidad absoluta, en especial los empleados que tiene la condición precaria de provisional, cuyo tipo de nombramiento tiene origen en la discrecionalidad del nominador, por tanto, también en ejercicio de ella es posible removerlas con razones del buen servicio, por tanto queda sin respaldo la primera censura planteada por el demandante.

Para el efecto, el Juzgado de Primera Instancia, señaló que respecto a la expedición irregular por insuficiente motivación, no sobra recordar que la administración puede en cualquier tiempo declarar a los empleados nombrados en provisionalidad insubsistentes, pero esa facultad es reglada, por tanto, es menester que obedezca a criterios objetivos, proporcionales y razonables, sujeta a los principios constitucionales , es decir, debe tener un mínimo de motivación justificante, a fin de

[3] Folios 209-231.

respetar precisas normas relacionadas con el debido proceso y con la actuación legal de la administración.

En ese orden de ideas, el nombramiento del señor RAFAEL EDUARDO PÉREZ HERRERA, podía declararse insubsistente en cualquier momento, pero el acto de desvinculación debía ser motivado, al observar entonces, la Resolución No. 288 del 01 de octubre de 2014, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante, se encuentra para ello el fundamento en las consideraciones de la misma, principalmente en la quinta, sexta, novena y décima consideración.

Con esa verificación, considera el Juzgado que no tiene vocación de prosperidad el cargo de expedición irregular por falta o indebida motivación, toda vez que el Acto Administrativo que retiró del servicio al actor contiene válidamente las razones que determinaron su retiro, esto es, el cumplimiento de una sentencia judicial que ordenó el reintegro de un exempleado a un cargo igual o equivalente al desempeñado por él.

Adicional a ello, se evidencia el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad, toda vez que de no hacerlo, se causara un mayor detrimento al patrimonio de la E.S.E demandada, por tanto debe decirse que ello también constituye una búsqueda de buen servicio de la Administración Pública.

Además, el empleado a quien se ordenó reintegrar, es decir, el señor JOSÉ RUBÉN MARTÍNEZ VERGARA, resultó ser a quien en su oportunidad el demandante reemplazó, previa declaratoria de insubsistencia del primero, luego entonces, este último al pretender su reintegro al mismo cargo, de accederse, seguramente sería en remplazo de aquel, lo que conllevaría a un círculo vicioso que afectaría no solo la prestación del servicio de la entidad, sino también al desgaste de la administración de justicia, por tanto se niega la causal estudiada.

En efecto, se exige registrar en la hoja de vida del empleado a quien se declara insubsistente las causas o motivos que pudieron haber justificado la declaratoria de insubsistencia, tal ausencia no puede ser entendida como un requisito de validez del Acto Administrativo, en efecto, el H. Consejo de Estado ha expresado que la omisión en el hecho de dejar constancia en la hoja de vida, puede llegar a constituir solamente una falta disciplinaria para el funcionario que la omita, pero dicha omisión

no tiene el carácter sustancial para pretender que por esta razón el acto de insubsistencia sea nulo, pues dicha constancia puede ser dejada con posterioridad al acto de insubsistencia. Así las cosas, a pesar de que no se aportó la hoja de vida del demandante para verificar si se dejó constancia sobre los hechos que generaron su insubsistencia, tal inadvertencia no configura ninguna causal de nulidad.

Respecto a las versiones de los testigos, al Juzgado no le generaron mayor convicción pues se trata de apreciaciones subjetivas que no logran desvirtuar otro fin distinto que al buen servicio en la conformación del acto acusado, al cumplir dentro del término de Ley una orden judicial; referente al buen desempeño de las funciones por parte del demandante se dirá, que lo anterior no otorga per se fuero alguno de estabilidad ni puede limitar la potestad discrecional que el ordenamiento normativo le concede al nominador, pues lo normal es el buen cumplimiento del deber por parte del funcionario.

Con lo anterior se tiene entonces, que la parte actora, de ninguna manera demostró que el acto objeto de acusación, se inspiró en razones ajenas al fin señalado por la ley, que permitieran establecer la presencia de desviación de poder en su expedición, en consecuencia, se tendrá por no probada la alegada causal; así las cosas , al no demostrarse los cargos de nulidad endilgados contra la Resolución No. 288 del 01 de octubre de 2014, y al entenderse que está amparada por la presunción de legalidad en la medida en que se acude a la premisa conforme a la cual el interés general resultó beneficiado ante la no existencia de motivos diversos al cumplimiento de una orden judicial, se mantendrá incólume la mentada presunción de legalidad de que goza la misma, en consecuencia se niegan todas las pretensiones de la demanda.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN[4]

Parte demandante[5]: La parte actora presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que el H. Tribunal Administrativo de Sucre, la revoque y se concedan las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, la parte actora y recurrente insiste que el acto administrativo por medio del cual se declara insubsistente al actor fue expedido de forma irregular, e

[4] Folio 237 – 248 cuaderno de primera instancia.
[55] Folios 326 a 336.

ilegal, pues fue insuficientemente motivado, en su parte considerativa no hay una referencia a los hechos y circunstancias fácticas que motivaron el Acto Administrativo de insubsistencia.

Reiterara que de conformidad con lo establecido, en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 la competencia para el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad es reglada mediante acto motivado.

Expresó que en el Acto Administrativo demandado no se estableció que el retiro del demandante se debió a que este no cumplía a cabalidad con sus funciones ni se estableció que su retiro se debió para mejorar el servicio público, ni tampoco se demostró durante el transcurso del proceso que se haya mejorado el servicio con su retiro.

Dijo que el actor fue nombrado en provisionalidad debido a que en la entidad este cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO, código 367 grado 16 se encontraba vacante, y mientras este se proveía a través de concurso; como no se ha convocado a concurso, ni tampoco existe lista de elegible para este cargo, el demandante debió seguir desempeñando su cargo y no ser retirado de este sino existe justa causa para ello, hasta que este cargo fuera convocado a Concurso de Méritos y se fijara la lista de elegibles y su respectivo nombramiento en Periodo de Prueba, pero no proceder a retirarlo del cargo que desempeñaba en provisionalidad para nombrar a otro funcionario en provisionalidad.

Afirmó entonces, que no cabe duda que en la expedición del acto impugnado, el Gerente del Centro de Salud San José de San Marcos (Sucre), actuó no en beneficio del interés general sino para satisfacer sus propios compromisos políticos, dejando al descubierto que la decisión obedeció a una causa que no tuvo como fundamento el mejoramiento del servicio sino que se encamino a satisfacer intereses subjetivos lo que trae como consecuencia una desviación de poder.

Expresa que, no tiene razón el A quo, cuando dice que el Acto Administrativo que retiro del servicio al actor contiene válidamente las razones que determinaron su retiro, esto es el cumplimiento de una sentencia judicial que ordenó el reintegro de un exempleado a un cargo igual o equivalente al desempeñado por él, como si la

sentencia del señor JOSÉ RUBÉN MARTÍNEZ VERGARA, ordenara que se retirara al demandante señor RAFAEL EDUARDO PÉREZ HERRERA, para que este fuera reintegrado en ese cargo, pues la forma arbitraria con que actuó la administración no puede ser premiada con un fallo absolutorio porque sería ir en contra de los preceptos constitucionales y legales.

Indica que es cierto que el interés general prima sobre el particular, pero esto no es aplicable para el caso objeto de esta sentencia recurrida, pues con la decisión de primera instancia se están violando los derechos del demandante, porque esta forma de desvinculación que realizó la E.S.E no está prevista en la ley, no se puede sustentar o motivar un retiro de un funcionario en aras de dar cumplimiento a una sentencia, cuando este funcionario ha venido desempeñando sus funciones a cabalidad, este debe atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario teniendo en cuenta sus responsabilidades.

En consecuencia, la Juez de la causa, no tuvo en cuenta los precedentes judiciales del Honorable Consejo de Estado, en el sentido de que en caso de retiro del servicio de un funcionario con una hoja de vida laboral con mucha experiencia y un buen desempeño laboral, es la administración nominadora a quien le correspondería la carga de probar el mejoramiento del servicio público, lo cual no se hizo.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA.

Parte demandante: Solicita nuevamente la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos mencionados en el recurso de apelación, considerando que el acto demandado se encuentra viciado de nulidad.

Afirma además que, el retiro del servicio se dio por mero capricho y no por el buen servicio, dado que el señor PERÉZ HERRERA prestó sus servicios de manera eficiente y no existe en su hoja de vida tacha alguna que demostrara inconvenientes que llevara a que se originara la declaratoria de insubsistencia de su cargo, lo que se constituye en desviación de poder.

Parte demandada: Señala que el acto de insubsistencia está debidamente motivado, basta con hacer una lectura de la parte considerativa del mismo, para llegar a esta conclusión; la causal de retiro estuvo ajustada a la legalidad y acorde

a las exigencias expresas de la Ley 909 de 2004 desvirtuándose así lo alegado por el demandante.

Agregó que, revisados los medios de pruebas decretados y practicados durante el trámite procesal se logra inferir de manera clara, veraz y sin lugar a equívocos que el Acto Administrativo por medio del cual se declaró insubsistente al demandante fue debidamente motivado. De las pruebas documentales y testimoniales practicadas durante el trámite procesal logran demostrar que el señor RAFAEL EDUARDO PÉREZ HERRERA fue declarado insubsistente para darle cumplimiento a una sentencia judicial que ordenaba el reintegro de quien inicialmente venía ocupando el cargo por él desempeñado.

Concepto del Ministerio Público. El representante del Ministerio Público ante esta Corporación no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se demandó la nulidad de la Resolución No. 288 del 01 de octubre de 2014, por medio de la cual fue declarado insubsistente el señor RAFAEL EDUARDO PÉREZ HERRERA del cargo de Técnico Administrativo del Área de Almacén.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Acorde con el recurso de apelación formulado por el demandante, debe en primer lugar establecer la Sala, si la declaratoria de insubsistencia del actor, quien ocupaba un cargo de carrera designado mediante nombramiento en provisionalidad fue realizada de acuerdo a las normas legales vigentes, o se encuentra viciada por infracción a la Ley.

I. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LOS EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD[6].

El nombramiento en provisionalidad procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa7; y cuando el cargo no pueda ser provisto mediante encargo con empleados de carrera administrativa8, el cual se concibe como un mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, evitando la paralización de las funciones públicas. Su rasgo distintivo a lo largo de su regulación normativa hasta llegar a la ley 909 de 20049, ha sido la temporalidad de la designación, característica que se mantiene invariable.

Esta forma de suplir vacancias temporales en el empleo público, ha tenido la siguiente regulación:

El artículo 5º del citado Decreto 2400, señaló lo siguiente:" Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder de cuatro meses.

En el artículo 25 ídem, se estableció como una de las formas de la cesación definitiva de las funciones, la declaratoria de insubsistencia y a renglón seguido, en el artículo 26, se consagró la regla según la cual el nombramiento puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1950 de 1973 en el artículo 10710 dispuso que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento ordinario o provisional se debe hacer por acto administrativo que no requiere de ser motivado, esto es, no era necesario exteriorizar las razones para prescindir de los servicios del empleado público.

La Ley 443 de 1998 en el artículo 10, señaló que la duración del encargo y de los nombramientos provisionales, cuando se trate de vacancia definitiva, no podrá

---

[6] Se puede consultar, CONSEJO DE ESTADO, Sección II, sentencia del 4 de agosto de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No. 0319-018
[7] Sin perder de vista que en todo caso se trata de una forma de provisión transitoria.
[8] Ver artículo 25 de la ley 909 de 2004.
[9] Decreto 2400 de 1968, Ley 61 de 1987, Ley 27 de 1992, Ley 443 de 1998 artículo 43,
[10] Artículo 107: En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados

exceder de 4 meses, cuando la vacancia sea el resultado del ascenso con períodos de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional, tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo, sin embargo, nada se dispuso sobre el retiro por declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales.

El Decreto 1572 de 1998 reiteró en el artículo 4º, modificado por el artículo 2º del Decreto 2504 de 1998, que el nombramiento en provisionalidad es el que se hace a una persona para proveer de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, señalando igualmente que, el empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

Finalmente, se expide la ley 909 de 2004 reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, que en su artículo 9 dispuso que en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron, estableciéndose un término duración de seis meses.

Bajo la luz de las últimas normas en cita, se arropa la conclusión que el nombramiento del provisional esta signado para suplir vacantes transitorias que se presenten en cargos que pertenecen al sistema de carrera, pero no otorga derechos de carrera, porque ello desnaturaliza la esencia de su temporalidad. Así lo afirmó la Corte Constitucional: C-733 del 2005, donde resaltando el carácter temporal señaló:

> "(...)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 naturaleza.11

II. NECESIDAD DE MOTIVACIÓN DEL ACTO DE INSUBSISTENCIA DEL SERVIDOR QUE OCUPA UN CARGO DE CARRERA DESIGNADO EN PROVISIONALIDAD.

El H. Consejo de Estado sobre el retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, en sentencia del 18 de marzo de 2015, haciendo recuento sobre su postura sobre el tema, señaló:

'Los nombramientos y el retiro de los provisionales en la jurisprudencia.

Hacia el año 2003 la Sala Plena de la Sección Segunda unificó la posición jurisprudencial en tratándose de la insubsistencia de provisionales, toda vez que la Subsección "A" consideraba que los servidores que se encontraban nombrados en provisionalidad debían ser desvinculados mediante acto administrativo motivado y por el contrario la Subsección "B" sostenía que estaban sujetos a la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna. La posición fue consolidada en torno a la última tesis mediante la Sentencia de 13 de marzo, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

La misma decisión fue reiterada por la Sala Plena de la Sección Segunda, luego de un estudio esquemático y cronológico de toda la regulación legal alrededor de la figura de los provisionales, mediante sentencia de cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), expediente No. Interno 0319-08, Actor: Aura Alicia Pedraza Villamarín C/ Escuela Superior De Administración Pública –Esap.

El 23 de septiembre de 2010, con ponencia de este Despacho, la misma Sala Plena de la Sección Segunda, precisó en el radicado interno: 0883-2008, Actor: María Stella Albornoz Miranda, el alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y en su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, respecto del acto de retiro de los provisionales así:
…

---

11 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 (...)"*

"La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO12**, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos 13 de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado".

La Corte Constitucional por su parte desde hace más de una década ha sostenido en innumerables tutelas y en sentencias de unificación14 de esta acción, así como en decisiones de constitucionalidad, que los actos de retiro de todos los servidores públicos con excepción de los de libre nombramiento y remoción deben ser motivados para diferenciar lo arbitrario de lo discrecional y porque "…el derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Además, ello es una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso –predicable tanto de actuaciones judiciales como administrativas-, del respeto al Estado de derecho, del principio democrático y del principio de publicidad como canales para controlar los eventuales exceso de la Administración, entre otros preceptos constitucionales.

De acuerdo a esa línea declaró exequible pero condicionado la norma que dispuso que la insubsistencia de algunos servidores del DAS que pertenecen al régimen especial de carrera (los detectives), prevista en el literal b) del artículo 66 del Decreto 2147 de 1989, fuera motivada.

De igual forma resolvió la exequibilidad de los artículos 70 y 73 de la Ley 938 de 2004, Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación, mediante Sentencia

[12] De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.
[13] La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.
[14] SU-250/98; SU-917/10, entre otras.

C-279 de 2007, "...en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera, el acto de desvinculación deberá ser motivado por razones del servicio específicas…"

Los antecedentes jurisprudenciales y legales citados evidencian y resaltan en este momento, la necesidad de motivar los actos de retiro cuando se trata de empleados o funcionarios nombrados en provisionalidad por esa mera condición, sin importar si pertenecen a la carrera general o a carreras especiales"[15]

Misma Providencia en donde se expresa:

"De acuerdo a la referencia legal y jurisprudencial de los acápites antecedentes, a partir de la Ley 909 de 2004, cualquier acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad debe ser motivado; para el caso de la carrera especial de la Fiscalía, tal obligación se hizo exigible por lo menos a partir del 18 de abril de 2007, fecha de la sentencia de exequibilidad condicionada de los artículo 70 y 73 de la Ley 938 de 2004, tal y como lo concretó la Sala con ponencia de este Despacho en sentencia de 12 de abril de 2012, al indicar:

"Bajo estos supuestos, estima la Sala que a partir del 18 de abril de 2007 fecha en que la Corte Constitucional profirió la sentencia parcialmente transcrita, el retiro del servicio de los empleados provisionales de la Fiscalía General de la Nación, debe darse mediante acto administrativo motivado, por razones del servicio, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida".

En tratándose de la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación, la Subsección A16, en sede de tutela el 2 de abril de 2013, analizó el alcance que la Sala Plena le dio a lo dispuesto en los artículos 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del Decreto 1227 de 2005, en sentencia de unificación de 23 de septiembre de 2010, de la siguiente manera:

"En otras palabras, no resulta incompatible con la Constitución ni con la ley que se entienda que el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad, aún los de la Procuraduría General de la Nación, deba realizarse mediante providencia que exprese las razones que justifiquen tal determinación. Antes bien, puede decirse razonablemente que a la luz del principio fundamental de estabilidad en el empleo que establece la Constitución (artículo 53), la garantía de motivación de los actos administrativos que establece la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, constituye un criterio obligatorio para interpretar debidamente los regímenes especiales de carrera, en cuanto al retiro de empleados en provisionalidad se refiere. Dicha garantía implica que ningún empleado en la situación administrativa descrita pueda ser removido del cargo que desempeña, sin conocer las razones de hecho y de derecho que llevaron a la administración a tomar tal determinación".

[15]Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, EXPEDIENTE No. 250002325000200602680-02. NUMERO INTERNO 2698-2011. C. P. Gerardo Arenas M. En el mismo criterio, ver Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Actor: María Vialo Del Socorro García Castañeda, Demandado: Municipio de Puerto Berrío, Hospital De La Cruz, Radicación: 05001-23-31-000-2005-01435-01 (0451-11).
[16] Radicación número: 11001-03-15-000-2013-00195-00.Actor: Procuraduría General de la Nación. Demandado: Tribunal Administrativo del Meta.

> En línea a los antecedentes descritos, no encuentra la Sala ningún argumento legal ni constitucional que la lleve a concluir que la obligación de motivar el acto de retiro de un provisional solo sea exigible respecto de aquellos nominadores que se rigen bajo las reglas previstas en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, y que excluya de esa obligación a los regímenes especiales que no han tenido control de constitucionalidad, por el contrario, la Sala considera que debe existir simetría legal cuando se trata de una misma situación fáctica y jurídica por lo que debe imperar ese criterio legal para todo el sistema de mérito en donde se desvincule a un funcionario que se encuentre en la situación administrativa de provisionalidad.
>
> El concepto del nombramiento en provisionalidad es el mismo en todos los regímenes dado que se hace sobre un cargo que es de carrera, es decir, existe identidad material en todas las regulaciones, por ende, si la motivación del acto de retiro se hizo obligatoria a partir de la citada Ley 909 de 2004, volviendo más favorable el régimen general sobre aquellos especiales, sin duda este se debe aplicar a los regímenes que tienen su propia reglamentación de carrera como lo es entre otros, la rama judicial, para así equilibrar los derechos del servidor público y preservar diversos principios como la igualdad, favorabilidad, debido proceso y el pro homine.
>
> A partir de la referida Ley 909 de 2004 entonces, la obligación es de carácter legal tal como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha dejado claro. Esta norma modificó como se vio, lo que antaño la misma ley de carrera administrativa preveía respecto de los nombrados en provisionalidad y que permitía su retiro sin motivación"

Así entonces, se llega a la conclusión que el nombramiento de la persona designada en provisionalidad, que si bien no accede al servicio o función pública por medio de concurso, esta signado para suplir transitoriedades de cargos que pertenecen al sistema de carrera, razón que conduce como más adelante veremos a que la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado, señalen que, para la desvinculación de un empleado en provisionalidad ocupando cargo de carrera, su retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia obedecerá en vigencia de la Ley 909 de 2004, a un acto motivado[17].

Ahora bien, el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, vigente para la época de los hechos, en su artículo 10 señala que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador por resolución motivada, podrá darlos por terminados. Norma que no fue modificada por el Decreto 4968 de 2007[18], por cuanto este sólo se refirió al parágrafo

---

[17] Las causales de retiro del servicio en la Rama Judicial, se enlistan en el artículo 149 de la Ley 270, contemplando en el numeral 9 la declaratoria de insubsistencia.

[18] "***Artículo 1°.*** *Modificase el parágrafo transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1° de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así:*

del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, sin tocar el término de duración del nombramiento provisional o de encargo, ni la posibilidad de dar por terminado el nombramiento.

Dispone el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005

> **Artículo 10.** Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados

Ahora sobre la posibilidad de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad, 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

---

"Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado".

> 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 materia[19]

Por su parte, la Corte Constitucional, en diversas sentencias de las cuales es plausible rescatar la sentencia SU-917/10[20], ha sentado un precedente fuerte y sólido, sobre la motivación de los actos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad, señalando que su situación no es asimilable a los empleados de libre nombramiento y remoción y por ende, su retiro del servicio no obedece a la discrecionalidad del nominador, sino que es reglada y consecuentemente su acto de desvinculación por declaratoria de insubsistencia, motivado, siendo la principal razón más no la única, el acceso al cargo por quien superó el concurso de méritos.

La Corte Constitucional ha reconocido que si bien no se gozan los provisionales de derechos de carrera, les asiste la garantía de la expresión de los motivos de su insubsistencia, pero aclarando que su estabilidad no deviene de la aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

Reafirmado la temporalidad y la posibilidad de dar por terminado el nombramiento en provisionalidad, bajo el requisito de la motivación del actor nuevamente señaló la Corte Constitucional en sentencia T -1083 de 2012:

> **"2.5.1.** La Constitución Política en su artículo 125 establece que los empleos en las entidades públicas son de carrera y que su vinculación se realizará mediante concurso, lo anterior con el propósito de incentivar el mérito para acceder a la función pública. Así mismo, precisa que el retiro se efectuará "por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley".

---

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

[20] "*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.

2.5.2. Como el procedimiento para proveer un cargo de carrera en forma definitiva no es expedito "el Legislador ha autorizado que como medida transitoria y excepcional se dé una vinculación por encargo o en provisionalidad, cuando la primera no pueda verificarse."

2.5.3. La vinculación en calidad de provisional es un modo de proveer cargos públicos cuando: (i) se presentan vacancias definitivas o temporales (ii) mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o (iii)cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal". Los cargos provisionales, son de carácter transitorio y excepcional, lo que buscan es solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad.

2.5.4. La naturaleza de los cargos provisionales difiere de la de los cargos de carrera administrativa y de los empleos de libre nombramiento y remoción.

2.5.5. Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera. Al respecto, esta Corporación en la Sentencia **T-251 de 2009** señaló:
"La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado".

Posteriormente, en la **Sentencia SU-917 de 2010**, se reiteró que para respetar y garantizar: **(i)** la cláusula de Estado de Derecho, en virtud de la cual los poderes públicos se sujetan al principio de legalidad y se proscribe la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados; **(ii)** el derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la motivación de los actos administrativos posibilita el ejercicio del derecho de contradicción y defensa; y **(iii)** el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, en la medida en que conforme a éstos a la administración le corresponde dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido **es necesario que el retiro de los servidores vinculados en calidad de provisionales sea motivado**.

2.5.6. En lo concerniente a los cargos de libre nombramiento y remoción debe recordarse que son una excepción dentro de la provisión de empleos, pues "no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices

fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades

Ahora bien, no existe una ley mediante la cual se asimilen los cargos provisionales a los cargos de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia los nominadores no pueden desvincular a quienes se desempeñan en cargos provisionales con la misma discrecionalidad que tienen frente a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, es decir, sin asumir la obligación de motivar sus acto

2.5.7. En conclusión, **los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa**, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero **tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción,** pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución.

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"**

Se itera que la provisionalidad como se reconstruyó normativa y jurisprudencialmente pueden ser terminada antes del vencimiento del término 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 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

En tal sentido, partiendo de la aplicación del parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en consonancia con el Decreto 1227 de 2005, se ha establecido la posibilidad de declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad por vencimiento del término y aún en cualquier tiempo, en este último caso, bajo el requisito de la motivación del acto, razón por la cual, no puede asumirse que la continuidad del servicio más allá del periodo de los seis meses o la ausencia de convocatoria para concurso, cercenen la posibilidad del nominador para finalizar la designación efectuada bajo tal figura, porque no existe prórroga automática de este tipo de nombramiento, y además, lo relacionado por la Corte Constitucional como situaciones bajo las cuales se justificaría la adopción de la terminación del vínculo,

son meramente enunciativas, más no la únicas o taxativas de retiro del servicio para provisionales.

II. ANALISIS DEL CASO CONCRETO.

Bajo las premisas delineadas previamente pasa la Sala al análisis del caso concreto, así:

Se encuentra acreditado que mediante Resolución No 0396 del 27 de abril de 2012, se nombró al señor JOSÉ RUBÉN MARTÍNEZ VERGARA, en el cargo Técnico Administrativo, código 367 y grado 16, del Área de almacén en la planta de personal de la E.S.E CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE SAN MARCOS.

Revisado el plenario no se encuentra prueba que el señor RAFEL EDUARDO PÉREZ HERRERA haya accedido al cargo en virtud del mérito, razón por la cual su designación se entiende efectuada en provisionalidad.

La ESE CENTRO DE SALUD DE SAN MARCOS, a través de la Resolución No. 288 del 01 de octubre de 2014, dispuso en su artículo cuarto de la parte resolutiva "*(SIC).. DECLARASE INSUBSISTENTE AL SEÑOR RAFAEL EDUARDO PEREZ HERRERA identificado civilmente con cédula de ciudadanía Nro. 10.886.677 expedida en San Marcos – Sucre, quien venía desempeñándose en el cargo al que ordenan reintegrar al señor JOSÉ RUBEN MARTÍNEZ VERGARA,* ***por medio de orden judicial***"

La parte actora indica que la Resolución No. 288 del 01 de octubre de 2014, visible a folio No. 79, mediante el cual se declaró insubsistente al actor, se encuentra motivada inadecuadamente y se expidió con desviación de poder.

Lo visto, acorde con las argumentos expuestos en al acápite anterior, permiten a la Sala estimar que no tiene vocación de prosperar el reparo de la falta de motivación o motivación inadecuada expuesto como cargo de nulidad, porque el acto administrativo contiene en su texto válidamente las razones que determinaron el retiro por declaratoria de la insubsistencia del hoy demandante, a saber: el cumplimiento de una sentencia judicial, que ordenó el reintegro de un ex-empelado a un cargo igual o equivalente al desempeñado por él. Determinación que respetó

la estabilidad intermedia del actor, por cuanto se motivó adecuadamente el acto de retiro[21].

Valga citar lo señalado en sentencia del 7 de febrero de 2013, por el Consejo de Estado:

> "En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera. La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno.
>
> Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso".[22]

En este punto debe anotar la Sala que la necesidad de cumplir con prontitud una sentencia judicial que le ordenó reintegrar al señor JOSÉ RUBÉN MARTÍNEZ VERGARA, así como al pago de los emolumentos causados desde su retiro hasta su respectivo reintegro, siendo el cumplimiento de la misma imperante y no un capricho del nominador.

En consecuencia, las razones contenidas en el acto acusado se estiman ajustadas a los requerimientos jurisprudenciales que buscan preservar las garantías de publicidad y el debido proceso del empleado provisional, pues contiene la explicación particular y concreta, esto es, las razones fácticas y específicas por las cuales el nominador prescinde de los servicios del actor, quien en este caso, no probó que dichas razones fueran contrarias a la realidad y con ello de paso, el fin espurio o torcido de la Administración de la ESE al adoptar la determinación y que constituiría la desviación de poder que se alega.

La desviación de poder como causal de nulidad se configura cuando el acto administrativo persigue un fin espurio, innoble o dañino, distinto a los que ha fijado

---

[21] Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2013 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, confirmada por el Tribunal Administrativo de Sucre en fallo de 3 de abril de 2014, en la cual se ordenó reintegrar al señor JOSÉ RUBEN MARTÍNEZ VERGARA a un cargo similar o de superior jerarquía al que fue desvinculado, quien precisamente desempeñaba en la planta de personal de la ESE el cargo ocupado por el aquí demandante.

[22] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Expediente No. : 05001-23-31-000-2004-00123-01(1971-10). CP. Alfonso Vargas R.

el Ordenamiento Jurídico, como es el de interés general o el mejoramiento del servicio(que se presumen); de tal suerte que en su actuar el Funcionario desvía los fines de las competencias otorgadas, disfrazando la actuación con un manto de legalidad, el cual encubre la motivación subjetiva y arbitraria que conlleva a la expedición del acto.

La Corte Constitucional ha señalado en sentencia C – 456 de 1998[23], ha señalado que:

> "El vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia".

Ahora bien, cuando se arguye esta causal de nulidad, es una obligación de quien afirma la existencia de la misma llevar al Juez Administrativo, los medios que conduzcan a desvirtuar la citada presunción, siendo entonces, el análisis de las probanzas arrimadas al proceso, las que permiten determinar sí, efectivamente los hechos que se alegan como constitutivos de la causal de nulidad, están presentes en la expedición del acto acusado, de forma tal, que desvirtúen la legalidad que resguarda a todo acto administrativo.

La Sala comulga con la apreciación del A quo, en el sentido que no se advierte que en la expedición del acto administrativo demandado y que declaró la insubsistencia del actor, se haya incurrido por parte del nominador en ejercicio abusivo y desviado de sus atribuciones y competencias o a satisfacer un interés subjetivo como se afirma en la demanda y en el recurso de apelación, pues lo que muestra el expediente, es que el acto de retiro en su motivación enuncia las razones precisas de la decisión de la Administración del ente demandado sin desbordar en su contenido los principios de la función pública, pues como se advierte, la ESE actúa bajo la necesidad real de dar cumplimiento a una orden contenida en una decisión judicial que dispuso el reintegro de un ex – empleado de la misma entidad al cargo que era ocupado por el hoy demandante, que se reitera, al cual no ingresó por mérito.

[23] Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

En consecuencia, en su contenido el acto, expresa de forma clara y particular las razones de hecho de determinación administrativa, cumpliéndose y respetando la garantía establecida para el retiro de empleados designados en provisionalidad, esto es, motivación coherente y adecuada en aras del respeto al derecho al debido proceso del demandante.

Previamente se decantó que, partiendo de la aplicación del parágrafo segundo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en consonancia con el Decreto 1227 de 2005, se ha establecido la posibilidad de declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad por vencimiento del término y aún en cualquier tiempo, en este último caso, bajo el requisito de la motivación del acto, razón por la cual, no puede asumirse que la continuidad del servicio más allá del periodo de los seis meses o la ausencia de convocatoria para concurso, cercenen la posibilidad del nominador para finalizar la designación efectuada bajo tal figura, porque no existe prórroga automática de este tipo de nombramiento, y además, lo relacionado por la Corte Constitucional como situaciones bajo las cuales se justificaría la adopción de la terminación del vínculo, son meramente enunciativas, más no la únicas o taxativas de retiro del servicio para provisionales.

Sobre insubsistencia y cumplimiento de decisiones judiciales de reintegro, el CONSEJO DE ESTADO, ha manifestado que ello no constituye o representa una decisión arbitraria o desviada a menos que se demuestre que no era la única manera de acatar la decisión judicial y que se poseía mejor derecho, escenario este que no fue confirmado procesalmente por la parte actora, puesto que simplemente se limitó a señalar que solo podía ser retirado del servicio por razones atinentes al buen servicio, teniendo entonces, que el actuar de la E.S.E CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE SAN MARCOS- SUCRE, constituye motivo que, tal como evidencia el contingente probatorio, es consistente con la realidad y evita de paso que se cause detrimento al patrimonio con el incumplimiento de la decisión judicial, lo cual para la Sala es objetivamente y razonablemente fundado.

En caso de similares contornos, lo siguiente manifestó el Consejo de Estado en sentencia del 17 de abril del 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "B", Rad: (2404-04), Consejera Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ, indicó:

"EL PROBLEMA JURÍDICO Se circunscribe a dilucidar si el actor, podía ser declarado insubsistente en forma tácita, en cumplimiento de un fallo de tutela que dejó sin efectos el derecho que desvinculó a la anterior Alcaldesa Local.

(…) Además, en éste caso la declaratoria de insubsistencia tacita obedeció al cumplimiento de una orden judicial, es decir, que no correspondió al capricho o arbitrariedad de la Administración En efecto, en el sub-lite, como la declaratoria de insubsistencia tacita fue la manera que encontró el Alcalde Mayor de Bogotá D.C. para dar cumplimiento a una orden judicial contenida en la sentencia de tutela T- 713/99, constituyéndose en una verdadera motivación que en nada riñe con la realidad que afrontaba la Administración.

(…) Así las cosas, no pudo acreditarse en el sub-lite, que el acto demandado se hubiese expedido con falsa motivación y por ende, que haya obedecido a una desviación de poder o motivo oculto en la mente del nominador, porque el acervo probatorio no alcanzó a desvirtuar la presunción de legalidad del acto censurado, ni menos, pudo demostrarse la presunta violación de las normas invocadas.

Conforme a las razones expuestas, se confirmará el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda".

Atendiendo lo expuesto, el acto administrativo acusado cumple con el principio de razón suficiente en su motivación, y por ende los reparos invocados en la alzada no están llamados a prosperar, conservándose incólume su presunción de legalidad, razón por la cual, se procederá a confirmar la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2016, por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo que negó las pretensiones de la demanda.

Se recuerda que en virtud de la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos[24], corresponde a quien afirma la existencia de un vicio invalidante del mismo, la carga de probarlo, máxime cuando el mismo se entiende expedido en aras del buen servicio y el intereses general, razón por la cual, no se invierte la carga de la prueba como se afirma en la demanda y recurso de apelación, cuando señala que la ESE no demostró las razones del servicio ni como pretendía mejorar el mismo con el retiro del actor.

[24] ARTÍCULO 88 Ley 1437 de 2011. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso formulado por la parte demandante, se condenara en costas de segunda instancias a la parte demandante.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: **CONFÍRMESE** la sentencia apelada, esto es la proferida el 23 de noviembre de 2016 por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo. Por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante y a favor de la demandada.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 120

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA