



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

Sincelejo, veinte (20) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 111

I. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala, resolver el recurso de apelación impetrado por la parte demandante contra la sentencia del 11 de agosto de 2014, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones del sistema oral, en la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra del Municipio de Sincé, pretende que se declare la nulidad del Decreto No. 014 del 6 de enero de 2012, expedido por el Alcalde de esa municipalidad, por el cual se le declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad del cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01.

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como consecuencia de aquella declaratoria, requiere el reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría y remuneración, así como al pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir, desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo su reintegro.

Solicitó que en caso de no ser reintegrado, se ordene el reconocimiento y pago de la indemnización por su retiro.

2.2. Hechos

La Sala los compendia, así:

El señor CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES fue nombrado en provisionalidad mediante Decreto No. 0098 del 19 de mayo de 2008, para ejercer el cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, adscrito al Despacho del Alcalde Municipal de Sincé.

El cargo fue ejercido fielmente, en cumplimiento de los deberes, con idoneidad, responsabilidad, eficiencia, eficacia, sin que a la fecha hubiere sido sancionado.

El señor CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES laboró hasta el día 23 de enero de 2012, luego de haber sido prorrogado con autorización de la CNSC, fecha en la que le fue notificado el Decreto No. 014 del 6 de enero de 2012, mediante el cual se le declaró insubsistente.

A la fecha no existe lista de elegibles en firme respecto del cargo para el que fue nombrado en provisionalidad el demandante, como tampoco ningún llamado de atención sobre este último.

Dada la relación laboral mantenida entre el demandante y el ente territorial, solo se le debió desvincular con motivo de la expedición de lista de elegibles.

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 19 de octubre de 2011 ordenó el reintegro de la señora ELLA ROCIO RETAMOZA MEZA al cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, adscrito al Despacho del Alcalde Municipal de Sincé, el cual venía siendo desempeñado por el demandante; no obstante, en dicha decisión nunca se dispuso la desvinculación del actor, por lo que no debió ser declarado insubsistente, sino ofrecérsele una alternativa por parte de la administración.

El señor CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES nunca fue indemnizado por la desvinculación del ente territorial.

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. Trámite procesal

La demanda se presentó el 18 de julio de 2012¹; admitida por auto del 10 de septiembre 2012², notificada a la parte demandada³, al Ministerio Público⁴ y a la Agencia para la Defensa Jurídica del Estado⁵ y a la señora ELLA ROCIO RETAMOZA MEZA⁶.

2.4. Contestación

El Municipio de Sincé, servido de apoderado judicial y dentro del término de ley contestó la demanda, indicando que no se debe acceder a las súplicas de la misma en razón a que, el acto acusado es legal, pues el retiro del actor obedeció a que el mismo desempeñaba un cargo de carrera pero con nombramiento provisional.

El acto acusado fue debidamente motivado, su expedición alude al cumplimiento estricto y cabal de orden judicial, la que ordenó el reintegro de la señora Ella Rocio Retamoza Meza, cargo que posteriormente fue ocupado por el demandante. El retiro del demandante se circunscribe a la causal contenida en el literal k) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Por último puntualizó en cuanto a la imposibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para demandar este tipo de actos administrativos⁷.

Por su parte, la tercera vinculada al proceso, señora ELLA ROCIO RETAMOZA MEZA, contestó la demanda a través de apoderada judicial, manifestando su oposición a las pretensiones de la demanda. Como fundamento de la defensa esgrime que el acto demandado fue expedido única y exclusivamente con el objeto de darle cumplimiento a una sentencia judicial. Además, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, se encuentra amparada por el literal k) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004. Propuso la excepción de inepta demanda⁸.

2.5. La sentencia apelada⁹

El Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo resolvió denegar las pretensiones de la demanda. Como sustento de dicha decisión manifestó que el acto administrativo demandado no está viciado de nulidad a pesar que no estuvo motivado en hecho constitutivo de alguna de las causales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004

¹ Así se evidencia con la nota de recibido de la Oficina Judicial de Sincelejo, obrante a fol. 19; en concordancia con el acta individual de reparto, visible a fol. 47, C. Ppal.

² Fol. 53 y reverso ib.

³ Fol. 58 lb.

⁴ Fol. 53 reverso lb.

⁵ Fol. 59 lb.

⁶ Folio 53 lb., reverso

⁷ Folios 64-71 lb.

⁸ Folios 113-121 lb.

⁹ Folios 238-250 lb.

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ni en proceder inadecuado del demandante, ya que fue expedido para cumplir una orden judicial de reintegro, dada a favor de la persona que dejó la vacante que llenó el demandante y para evitar un detrimento patrimonial para el municipio. Por lo anterior, no existió falta ni falsa motivación.

Además, la situación jurídica del demandante y la señora Retamoza Meza no era la misma, ya que está primero que aquella fue vinculada al cargo y su insubsistencia fue declarada ilegal y el restablecimiento del derecho lo ordenó sentencia judicial que dispuso volver las cosas al estado anterior.

En consecuencia, el A quo resolvió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante.

2.6. El recurso¹⁰

Contra la sentencia de primera instancia la parte demandante presentó en tiempo recurso de apelación, aspirando a la revocatoria de esa providencia y, en su lugar, se accedan a las pretensiones de la demanda, argumentando lo siguiente.

Manifiesta que al acto demandado se le dio no muy hábilmente la apariencia de acto de ejecución, pero en realidad tenía por causa retirar del cargo que venía desempeñando el demandante.

La razón para desvincular al demandante no es el cumplimiento de sentencia judicial, pues en ningún aparte se ordena ello, por lo que en realidad no existe causal de cumplimiento de orden judicial como falsamente lo indica el ente territorial.

El ente territorial demandado solo se limita a enunciar la causal de retiro, pero no lo demuestra con los antecedentes administrativos aportados.

No es cierto que en el acto demandado se haya indicado las razones de retiro, pues el cumplimiento de sentencia judicial no se puede considerar como la razón para la desvinculación del demandante.

Dentro de la parte considerativa del acto acusado no se aprecia causal objetiva de desvinculación en que haya incurrido el demandante, pues el Municipio de Sincé considera que dicho acto es un simple acto de ejecución.

¹⁰ Fs. 255-257 C. Ppal

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.7. Trámite en segunda instancia

A través de auto del 11 de septiembre de 2014¹¹, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderado del accionante en contra de la sentencia de primer grado; por providencia del 22 de septiembre de 2014 se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión¹².

2.8. Alegatos

Ninguna de las partes alegó de conclusión.

2.9. Ministerio Público¹³

El delegado del Ministerio Público ante esta Corporación, rindió concepto de fondo, solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia. Consideró que existe una razón específica atinente al servicio que justifica la declaratoria de insubsistencia, distinta al resultado de un concurso de mérito o la imposición de sanción disciplinaria, pero que igual justifica el retiro del servicio.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia de la referencia.

3.1. Problema jurídico.

El problema jurídico por resolver, consiste en establecer si *¿El Decreto No. 014 del 6 de enero de 2012, expedido por el alcalde municipal de Sincé mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Técnico Operativo Código 314 Grado 01, se expidió irregularmente por falta o falsa motivación, como sostiene el libelista; o si por el contrario, se encuentra ajustado al ordenamiento jurídico, como consideró el A quo?*

Antes de iniciar a desarrollar lo que es el fundamento de la confirmación de la sentencia objeto de revisión y lo que es el mérito del sub examine, se hará alusión a lo que son los temas alegados en el proceso, a saber: (i) la clasificación del empleo público en la Ley 909 de 2004; (ii) el nombramiento en provisionalidad; (iii) la insubsistencia de empleado en provisionalidad; (iv) hechos probados; y (v) caso concreto.

¹¹ Fol. 3 C. Alzada.

¹² Fol. 10 lb.

¹³ Folios 17-23 lb.

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3.2. Pauta normativa y jurisprudencial.

3.2.1. Clasificación del empleo público en la Ley 909 de 2004.

En línea de principio, viene oportuno tener en cuenta que según el artículo 125 de la Carta Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; dispone al tenor, la norma citada que:

“Los empleos de 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, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

Se observa que, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de diferentes clases, de acuerdo al ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista permanente son: (i) legal y reglamentaría (empleado público) y (ii) laboral contractual (trabajador oficial).

En tratándose de empleados públicos, el artículo 5° de la Ley 909 de 2004¹⁴, estatuye su clasificación así:

“ARTÍCULO 5°. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

¹⁴Ley 909 de 2004, artículo 58. “VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su publicación, deroga la Ley 443 de 1998, a excepción de los artículos 24, 58, 81 y 82 y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, además, los siguientes: Agregado para Asuntos Aéreos; Administrador de Aeropuerto; Gerente Aeroportuario; Director Aeronáutico Regional; Director Aeronáutico de Área y Jefe de Oficina Aeronáutica. En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General o Nacional; Vicepresidente, Subdirector o Subgerente General o Nacional; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Superintendente; Superintendente Delegado; Intendente; Director de Superintendencia; Secretario General; Directores Técnicos, Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero; Director o Gerente Territorial, Regional, Seccional o Local; Director de Unidad Hospitalaria; Jefes de Oficinas, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o Comunicaciones; Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; asesores que se encuentren adscritos a los despachos del Superintendente Bancario y de los Superintendentes Delegados y Jefes de División de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; Jefe de Control Interno o quien haga sus veces; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ministro y Viceministro; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector de la Policía Nacional; Superintendente; y Director de Unidad Administrativa Especial.

En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, los empleos adscritos a las oficinas de comando, de las unidades y reparticiones de inteligencia y de comunicaciones, en razón de la necesaria confianza intuitu personae requerida en quienes los ejerzan, dado el manejo que debe dársele a los asuntos sometidos al exclusivo ámbito de la reserva, del orden público y de la seguridad nacional, Comandantes y Segundos Comandantes de Fuerza y Jefe del Estado Mayor Conjunto.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores los del servicio administrativo en el exterior con nacionalidad diferente de la Colombiana y el personal de apoyo en el exterior.

En el Congreso de la República, los previstos en la Ley 5ª de 1992.

En la Administración Descentralizada del Nivel Nacional:

Presidente, Director o Gerente General, Superintendente y Director de Unidad Administrativa Especial.

En la Administración Central y órganos de Control del Nivel Territorial:

Gobernador, Alcalde Mayor, Distrital, Municipal y Local.

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado¹⁵;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.”

En ese sentido, conforme con la anterior clasificación, se puede deducir las siguientes formas de vinculación al servicio de la administración: a) nombramiento ordinario, con la consiguiente posesión para los empleados de carrera, libre nombramiento y remoción y los de período fijo; b) nombramiento en provisionalidad, cuando se trate de proveer cargos de carrera, por vacancia temporal o definitiva; c) nombramiento en período de prueba, para proveer cargos de carrera, o por ascenso también en período de prueba; d) por contrato de trabajo cuando se trate de trabajadores oficiales; e) de elección popular acompañada de la consiguiente posesión.

3.2.2. Nombramiento en provisionalidad.

Así mismo, la Carta Constitucional estableció como regla general, que los empleos públicos son de carrera administrativa; es decir, provistos, luego de la aprobación

¹⁵ Se resalta por su importancia en el caso que se estudia.

satisfactoria del concurso de méritos; sin embargo, respecto a estos resulta aplicable el fenómeno del nombramiento provisional, el cual resulta viable *“cuando se presentan vacancias definitivas o temporales (de empleos de carrera administrativa) y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”*¹⁶

En efecto, éste tipo de nombramientos se concibieron como un mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo *“no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo”*¹⁷.

Con esa precisión, baste decir que la provisionalidad es una forma de proveer los cargos de la administración de forma transitoria que no otorga al empleado ningún fuero especial de estabilidad, dado que dicha situación no trasmuta derechos de carrera administrativa respecto del cargo a quien lo ocupaba, en cuanto no está precedido de un concurso de mérito que es el proceso mediante el cual se acreditan las condiciones requeridas para el cumplimiento eficiente de la función pública que implica un empleo. En estos eventos, la persona así designada se encuentra nombrada temporalmente, entendiéndose su nombramiento de manera discrecional por quien la designó; por lo tanto, así mismo, en ejercicio de esa facultad es posible removerla declarándola insubsistente.

Acerca de la evolución normativa del nombramiento provisional, debe rememorarse, en principio, el Decreto Ley 2400 de 1968¹⁸, que en su artículo 5º preveía para la provisión de los empleos –clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera–, tres clases de nombramientos: (i) ordinario, para los empleos de libre nombramiento y remoción; (ii) en período de prueba, para los empleos de carrera; y (iii) provisional, para *“proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera”*¹⁹.

Cabe advertir que, el período provisional no podía exceder de cuatro (4) meses²⁰.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

¹⁸ Dictado en ejercicio de facultades extraordinarias para regular la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. El decreto 1950/73 que lo reglamentó precisó su aplicación en lo nacional, con excepción del ramo de la defensa – art. 1º.

¹⁹ Decreto 1950 de 1973, artículo 28: “Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional. (...)”

²⁰ La ley 61 de 1987 señaló el término de la provisionalidad en cuatro meses prorrogable por otro tanto, ver artículos 2º y 4º ibídem.

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

A su vez, el artículo 26 ibídem, dispuso que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, pueden ser declarados insubsistentes libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia; sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-734/00, Magistrado Ponente Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, declaró exequible el artículo 26 en cita, en la que se destaca la necesidad de motivar la decisión, aun cuando dicha motivación se produzca de manera posterior a la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia, para de esta manera evitar decisiones arbitrarias y caprichosas de la administración²¹:

“No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda.”

Ulteriormente, la Ley 61 de 1987, sobre carrera administrativa, en el artículo 4º dispuso las siguientes clases de nombramientos: el ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción, para los empleos de carrera, previo concurso, en período de prueba o por ascenso, por nombramiento provisional cuando: *“se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio”*²².

Por su parte, la Ley 27 de 1992, atinente a la provisión de empleos, previó el nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción, para los de carrera, nombramiento en período de prueba o por ascenso, en el inciso 2º del artículo 10 dispuso:

“(…) Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos

²¹ La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.

²² Art. 87 de la ley 443/98: “Vigencia. Esta ley rige a partir de su publicación, deroga las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992, el artículo 31 de la Ley 10 de 1990, y el Decreto-ley 1222 de 1993; modifica y deroga, en lo pertinente, los títulos IV y V del Decreto-ley 2400 de 1968, el Decreto-ley 694 de 1975, la Ley 10 de 1990, los Decretos-leyes 1034 de 1991, el Decreto 2169 de 1992, el artículo 53 de la Ley 105 de 1994 en lo referente a los regímenes de carrera, salarial y prestacional, y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

provisionales. El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales²³”.

De acuerdo con lo preceptuado, se tiene que el legislador quiso hacer efectiva en todos los casos la carrera administrativa mediante la figura de los encargos, las vacantes se cubrían con personal escalafonado y a falta de éste, por excepción, se hacían vinculaciones provisionales.

En consonancia con las normas pretranscritas, se tiene que en el marco de la Ley 443 de 1998, en su artículo 8º, establecía que *“los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito”*, de tal manera que los nombramientos con carácter provisional fueron previstos como subsidiarios al encargo de los empleados de carrera, esto es, sólo, si no era posible realizar el encargo podía hacerse nombramiento provisional²⁴.

Con la expedición de la Ley 909 de 2004 (septiembre 21) *“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, que derogó la Ley 443 de 1998, en su artículo 23 señaló la regla general, según la cual, los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales. En cuanto a la figura del empleado provisional, ésta se condicionó a los casos de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal²⁵, eliminando los nombramientos provisionales para integrar vacantes definitivas.

Así mismo, el Decreto 760 de 2005 (marzo 17), amplió los eventos de la provisionalidad con arreglo a la cual *“cuando por razones de estricta necesidad y para evitar la afectación en la prestación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud motivada del jefe de la entidad interesada, podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso, y en las vacancias temporales generadas por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional”*. Al respecto, consideró la Corte Constitucional que

²³ Ley 61/87: **“Artículo 18. de los nombramientos provisionales en caso de comisión.** Mientras los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa se encuentren en comisión de estudios o desempeñen en comisión, cargos de libre nombramiento y remoción, los empleos de carrera de que sean titulares, sólo podrán ser provistos en forma provisional **por el tiempo que dure la comisión**, si no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.” Conc. art. 4º ibídem.

²⁴ La Corte Constitucional, en la sentencia C-942/03, que declaró exequibles las expresiones acusadas de los artículos 8, 9 y 11 de la Ley 443 de 1998 señaló: *“...resulta a todas luces elemental que las disposiciones acusadas contemplen que se prefiera encargar temporalmente de un empleo de carrera a un servidor de carrera y no que se provea la vacante temporal en provisionalidad, es decir, por quien no esté en carrera, por la obvia razón de que el de carrera ingresó mediante concurso, lo que lleva consigo, como se examinó al inicio de estas consideraciones, implícitas las garantías de ser favorecido con nombramientos en encargo, como una manera de estimular la estabilidad del servidor en la Administración.”*

²⁵ Ley 909 de 2004, artículo 25. *“Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”*

tal situación hallaba justificación “en la necesidad de la continuidad en la prestación del servicio público, sin que ello signifique que con posterioridad pueda prescindirse de la realización del concurso para proveer el empleo conforme a las reglas que regulan la carrera administrativa”.²⁶

A su vez, el Decreto 1227 de 2005 (abril 21), reglamentario de la Ley 909 de 2004, relativo a los empleados provisionales, en su artículo 8º, dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio; dicho encargo o nombramiento provisional no puede superar los seis (6) meses, término dentro del cual se debe convocar a concurso, reiterándose que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

Luego, en virtud del Decreto 4968 de 2007, se amplió el espectro de la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, señalando que no se requiere autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera²⁷.

Como se ve, el funcionario provisional se constituye en un fenómeno producto de la regulación de función pública y de sus normas reglamentarias, concebido para proveer un empleo de carrera con personal no seleccionado, si éste se encuentra en vacancia definitiva, mientras se realiza el concurso respectivo; si está en vacancia temporal, mientras se supera la situación administrativa de separación pasajera de su titular, por lo tanto la provisionalidad lo caracteriza su transitoriedad o temporalidad.

3.2.3. Insubsistencia de empleado en provisionalidad.

La figura de la insubsistencia, pretende dejar sin efectos jurídicos el nombramiento como consecuencia de la facultad discrecional que tiene el nominador respecto de cargos de libre nombramiento y remoción; pero la decisión no pretende invalidar el acto de nombramiento porque el mismo nació a la vida jurídica y produjo efectos jurídicos hasta cuando se hace uso de la declaratoria de insubsistencia por autorización de la ley en ejercicio de la citada facultad.

En ese orden, se tiene que el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, contemplaba que 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 sus empleados”.

²⁶ Sentencia C-431/10.

²⁷ Artículo 1º, inc. 4º.

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En consonancia con la anterior norma, el Decreto 1572 de 1998, por el cual se reglamentó la Ley de 1998, en su artículo 7º disponía:

“ARTICULO 7o. El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. 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.

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.”

Bajo el gobierno de la Ley 443 de 1998, la desvinculación de un empleado que ocupaba un cargo en provisionalidad no requería de acto administrativo motivado, es decir, no era necesario expresar las causas del retiro, pues se presumía que se expedía por razones del servicio, siendo esa la interpretación que el Consejo de Estado asentó en el seno de su jurisprudencia²⁸.

No obstante la Ley 909 de 2004, vigente para la época de los hechos, en su artículo 10 consagró que antes del término de duración de un nombramiento provisional, el nominador **por resolución motivada**²⁹, podrá darlos por terminados, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 *ibídem*³⁰.

En este sentido, es comprendido que el empleado nombrado en provisionalidad no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso. Cabe decir, entonces, que la situación del nombrado provisionalmente, se asemeja a la de los destinados para ejercer cargos de libre nombramiento y remoción, en el sentido que el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para

²⁸Ver, sobre esta posición jurisprudencial, la sentencia del 13 de marzo de 2003, CP. Tarsicio Cáceres Toro, Rad. 76001 23 31 000 1998 1834 -01; varias veces reiteradas por el Alto Tribunal Contencioso, en la cual el acto administrativo que desvincula a un empleado provisional no requiere motivación alguna, excepto a la luz de la Ley 909 de 2004. En la misma línea se alza la sentencia del 4 de agosto de 2010 Rad. 0319-08, CP. Gustavo Gómez Aranguren. Nota original: “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 Nelssy 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”.

²⁹Con ese derrotero se alza la sentencia del 4 de agosto de 2010 del Consejo de Estado - Sección Segunda, expediente No. 0319-08, Consejero Ponente Dr. GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN, concordante con la providencia anterior es la sentencia del 12 de octubre de 2011, expediente No. 1058-2010.

³⁰El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, deponía que el “retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) c) Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada”. La anterior disposición fue declarada inexecutable en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005.

desempeñar la función. Empero, no ocurre lo mismo con el retiro, el cual debe estar precedido de **razones objetivas plenamente justificadas** en el mejoramiento del servicio y el interés general.

Al respecto, la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, en la actualidad comparten el criterio de que las personas que detentan un cargo en provisionalidad solo pueden ser separadas del mismo a través de un acto administrativo debidamente motivado, atendiendo la calidad de reglado del acto que disponga este tipo de decisiones administrativas. Lo anterior, con fundamento en el artículo 29 de la Carta Política que consagra el debido proceso; con ello la necesidad de conocer las razones que dan lugar a la adopción de la decisión administrativa, con sujeción al mandato expreso del legislador en el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004³¹.

En efecto, la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, encaminada a insistir en el deber de motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos nombrados en provisionalidad, se compendia en la sentencia de unificación SU-917 de 2010, en la que se destaca que (i) la motivación de los actos es expresión de la cláusula de Estado de Derecho; (ii) la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del debido proceso; (iii) la motivación de los actos administrativos guarda relación directa con las características de un gobierno democrático, en la medida en que constituye el instrumento por medio del cual las autoridades rinden cuentas respecto de las actuaciones desplegadas; (iv) la motivación de los actos hace realidad el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa.

Así mismo, para el Consejo de Estado la desvinculación del empleado en provisionalidad se deberá motivar siempre que se dé por terminado el vínculo antes de cumplirse el término. Al respecto adujo:

“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 Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente: Dr. Tarcisio 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”³². (Negrillas de la Sala)

³¹ “PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección “B”, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, marzo 21 de 2013; Radicación N° 05001-23-31-000-2002-04388-01 (2105-11).

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En ese sentido, se tiene que la administración puede en cualquier tiempo declarar a los empleados nombrados en provisionalidad insubsistente, siempre que se tenga como fin el buen servicio y satisfacer los intereses comunes de la sociedad; es decir, se persigan los fines del Estado, advirtiendo que el acto administrativo que contiene tal decisión debe ser siempre motivado.

3.3. Hechos probados.

La Sala encuentra probados los siguientes hechos:

En el sub lite está acreditado que, el señor CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES se vinculó al Municipio de Sincé, en el cargo de Técnico Operativo, Grado 01, Código 314, adscrito al despacho del Alcalde del Municipio de Sincé, mediante el Decreto No. 098 del 19 de mayo de 2008³³.

Luego, a través del Decreto No. 014 del 6 de enero de 2012, se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo anterior, con lo cual se le desvinculó del servicio³⁴; y en el mismo acto, en su reemplazo se nombró a la señora ELLA ROCIO RETAMOZA MEZA.

3.4. Caso concreto.

En el sub lite, pretende el actor la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para lo cual se examinarán los precisos reparos contenidos en el escrito de alzada contra los argumentos del A-quo, que conllevaron a una decisión desestimatoria de las pretensiones.

A ese respecto, por metodología y para determinar las especificidades de este caso, se permitirá la Sala practicar el examen de legalidad del acto administrativo en virtud del cual fue declarado insubsistente el actor, atendiendo en orden los cargos que por violación se endilgan contra el mismo, esta vez contenidos en el recurso de alzada, visto que son estos los que delimitan aquí la competencia, a saber: expedición irregular por falta de motivación y falsa motivación.

3.4.1. Expedición irregular del acto acusado por falta de motivación.

En el sub lite, el cargo de nulidad central versa sobre la expedición irregular del acto administrativo demandado por falta de motivación; en ese orden de ideas, se tiene acreditado en el plenario que el Decreto No. 014 del 6 de enero de 2012, se expidió en vigencia de la Ley 909 de 2004, norma que admite el retiro del personal vinculado en provisionalidad a través de actos motivados, siempre que se tenga como objeto el buen

³³ Folio 74 C. Ppal.

³⁴ Folio 72-73 lb.

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

servicio y satisfacer los intereses comunes de la comunidad, es decir, se persigan los fines del Estado; y en caso de que esto no sea así, el acto se encuentra afectado de un vicio invalidante por violar las normas en que debería fundarse y expedición irregular.

No sobra recordar que, la administración puede en cualquier tiempo declarar a los empleados nombrados en provisionalidad insubsistente, pero esa facultad es reglada, por tanto, es menester que debe obedecer a criterios objetivos, proporcionales y razonables, sujeta a los principios constitucionales, es decir, “*debe tener un mínimo de motivación justificante*”³⁵, a fin de 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 CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES podía declararse insubsistente en cualquier momento, pero el acto de desvinculación debía ser motivado, al margen de que el cargo no se vaya proveer al instante por resultado de un concurso de mérito previo.

Al observar, entonces, el Decreto No. 014 del 6 de enero de 2012, mediante el cual se declaró insubsistente al actor, se encuentra que el fundamento para ello en las siguientes consideraciones:

“Que es un deber del Alcalde Municipal, garantizar el Estado Social de derecho que consagra la Constitución Política y darle cumplimiento a los fallos judiciales.

Que mediante el Decreto No. 0103 del 26 de abril de 2004, fue nombrada en provisionalidad la señora ELLA ROCIO RETAMOZA MEZA, en el cargo de Técnico, adscrito a la Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria –UMATA-, y con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Ley 785 de 2005, fue incorporada mediante Decreto 084 del 17 de octubre de 2005, en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, adscrito a la Unidad Municipal de Asistencia Técnica.

Que mediante el Decreto No. 0070 de 09 de abril de 2008, se dispuso declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad que mediante Decreto 0103 de 26 de abril de 2004, se le hizo a la señora Ella Rocio Retamoza Meza, cargo de Técnico adscrito a la Unidad Municipal de Asistencia Técnica Agropecuaria, que como ya se mencionó fue incorporada al cargo de Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, adscrito a la Unidad Municipal de Asistencia Técnica.

Que mediante sentencia del 19 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo - Sucre, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho radicada con el número 700013331008-2008-00126, ejecutoriada el día 11 de noviembre, se declaró la nulidad del Decreto No. 070 de 09 de abril de 2008, que dispuso declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad que mediante decreto 090 de 12 de abril se le hizo a la señora Ella Rocio Retamoza Meza.

Que en virtud de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho se condenó al Municipio de Sincé a reintegrar a la señora Ella Rocio Retamoza Meza en el cargo que venía desempeñando, teniendo en cuenta el artículo 30 del decreto ley 785, y reconocerle

³⁵Corte Constitucional, sentencia C-525 de 1995.

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

los salarios prestaciones sociales dejadas percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro.

Que mediante Oficio DO-01-04-01 de fecha 30 de diciembre de 2011 el Personero Municipal solicitó darle cumplimiento a la sentencia, lo cual se encuentra de sus funciones.

Que tal situación ocasiona un gran detrimento patrimonial al Municipio de Sincé, cuya cuantía deja de aumentar una vez esta entidad territorial reintegre a la señora Ella Rocio Retamoza Meza, razón por la cual en el presente acto administrativo solo se le dará cumplimiento a la sentencia, en lo referente al reintegro de la señora Ella Rocio Retamoza Meza, y posteriormente se le dará cumplimiento a la misma, en lo relacionado con el pago de los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, desde su retiro del servicio hasta la fecha en que tome posesión con ocasión del reintegro.

Que revisada la planta de cargos del Municipio de Sincé, se observa que aún existe el cargo del cual fue declarada insubsistente la señora Ella Rocio Retamoza Meza, cuya denominación corresponde a Técnico Operativo, Código 314, Grado 01, más exactamente cuatro, dos desempeñados por personas en carrera administrativa, y dos desempeñados por personas con nombramientos en situación de provisionalidad.

Que revisada la hoja de vida de las personas que actualmente ocupan el pluricitado cargo en situación de provisionalidad, se tiene que el desempeñado por la señora Ella Rocio Retamoza Meza, al momento de ser declarado insubsistente su nombramiento en provisionalidad, hoy día es ocupado por el señor CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES identificado con la cédula de ciudadanía 92.025.127, expedida en Sincé, el cual fue nombrado en dicho cargo mediante Decreto 0098 del 19 de mayo de 2008.

Que para darle cumplimiento a la sentencia del 19 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo - Sucre, se hace necesario declarar insubsistente el nombramiento del señor CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, grado 01, para así poder reintegrar a la señora ELLA ROCIO RETAMOZA MEZA, en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, grado 01, de la Dirección Umata.” (Negrillas de la Sala)

Con esa verificación, considera la Sala que no tiene vocación de prosperidad el cargo de expedición irregular por falta de motivación, toda vez que el acto administrativo que retiró del servicio al señor CATAÑO ROBLES contiene válidamente las razones que determinaron su retiro, a saber: i) el cumplimiento de una sentencia judicial que ordenó el reintegro de una ex-empelada a un cargo igual o equivalente al desempeñado por él; y, ii) porque de no hacérselo, se causaba un mayor detrimento al patrimonio de la entidad.

Ahora, bajo estos supuestos, le asiste razón al actor cuando advierte que el Decreto No. 014 del 6 de enero de 2012, no constituye un acto de simple ejecución toda vez que, como quedó visto, si bien materializó lo dispuesto en la sentencia del 19 de octubre de 2011 producida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, también dispuso su retiro del servicio, ocasionándole a aquél efectos jurídicos particulares que lo hacen susceptible de demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en virtud que contiene decisiones nuevas; de manera que, cualquier censura contra el

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

hecho del retiro por esa causa, cumplía dirigirla contra el mismo, como así lo hizo el interesado y lo concibió el A quo.

En ese sentido, se desvirtúan los argumentos del recurrente en cuanto a la falta de motivación del acto enjuiciado, como quiera que la entidad demandada al declararlo insubsistente, procedió a cumplir con prontitud una sentencia judicial que le ordenó reintegrar a la señora ELLA ROCIO RETAMOZA MEZA a un cargo de igual o mejor categoría al que ocupaba, así como al pago de los emolumentos causados desde su retiro hasta su respectivo reintegro, siendo el cumplimiento de la misma imperante, con el objeto de garantizar la sostenibilidad financiera de la entidad, por tanto debe decirse que buscó el buen servicio de la Administración Pública evitando un “*gran detrimento patrimonial*”; toda vez que, desde que se retiró del servicio a la señora RETAMOZA MEZA (9/abril/2008) hasta cuando se realizó su reintegro (6/enero/2012), habían transcurrido casi cuatro años y es claro que entre más perdurara su condición de desvinculada, se afectaban las finanzas de la entidad.

A propósito precisa la Sala que, ningún empleo público goza de estabilidad absoluta, con efecto que su ocupación *per se* no genera garantía de inamovilidad, toda vez que la Administración por motivos de interés general ligados a la eficacia y eficiencia de la función pública, verbigracia la **racionalización del gasto**, tiene la posibilidad de desvincularla sin que a ello puedan oponérsele los derechos subjetivos o particulares, ya que éstos deberán ceder ante el interés general.

Los argumentos precedentes resultan suficientes para negar la causal estudiada.

3.4.2. De la falsa motivación.

Valga señalar previamente que, el acto administrativo será ilegal por falsa motivación, cuando su causa no es la que prevé la norma, es decir, cuando del cotejo de los antecedentes de hecho o de derecho no coinciden con las previsiones de la norma; por ello, cuando se toman hechos o actos no reales, como fundamento causal del acto, hay lugar a su nulidad, si ellos han sido motivo determinante para su expedición, procederá declarar la nulidad si en realidad fue falsamente motivado; pero, no cuando la razón que lo originó fue real y suficiente; esto es, sólo habrá motivo ilegal cuando se prueba procesalmente que la razón manifestada no existe en realidad, o cuando la existente fue erróneamente interpretada.

Es por ello que, el Consejo de Estado ha precisado que “*la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad*”³⁶.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, C.P. Clara Forero de Castro, marzo 19 de 1998; expediente N° 10051.

Justamente, la falsa motivación que vicia de nulidad un acto es la que entraña desviación de poder, por la presentación de motivos falaces para dar apariencia de legalidad a un acto, no el simple error en que pueda incurrirse en la parte considerativa de éste; por tanto, cuando los motivos de hecho son suficientes en la expedición del acto administrativo y ellos son atacados judicialmente, se requiere enervar su presunción de veracidad.

Colofón, la falsa motivación está prevista como una causal de nulidad de los actos administrativos, la que se origina en la disconformidad entre la decisión con la realidad, o bien, en la inexistencia o error de los motivos de derecho o de hecho aducidos en la decisión.

En todo caso, es necesario que quien alegue éste cargo aporte al proceso los elementos directos o indirectos que demuestren que tales consideraciones no resultan sujetan a la ley o realidad.

En el *sub lite*, esta causal la dirige el recurrente contra el pluricitado Decreto No. 014 del 6 de enero de 2012, desarrollado de manera abstracta y colateral al de expedición irregular; aseverando para ello que, su retiro no obedeció al cumplimiento de una resolutive judicial, toda vez que la sentencia que ordenó el reintegro de la señora RETAMOZA MEZA, no dispuso la terminación de su nombramiento, de allí que se encuentre falsamente motivado.

Ahora bien, del proceso se tiene que es cierto que el reintegro de la señora ELLA ROCIO RETAMOZA MEZA se produjo como consecuencia de una orden judicial contenida en la sentencia del 19 de octubre de 2011, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Sincelejo³⁷, y que mediante el Decreto No. 014 del 6 de enero de 2012 (acto acusado) se le reincorporó al cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 01, que precisamente ocupaba el actor en provisionalidad.

En ese orden, no era de rigor que la entidad demandada, en aras de cumplir lo dispuesto en sentencia aludida creara un nuevo cargo, si precisamente existía uno en la planta que cumplía las características para efectuar el reintegro, destacándose que la persona que lo ocupaba (actor) se encuentra en provisionalidad y que no le asiste ningún derecho de estabilidad, el cual como antes se anotó, debía ceder ante el interés general.

Teniendo en cuenta, además, que el reintegro resultaba la única manera que la administración municipal tenía para dar acatamiento a la providencia anteriormente citada; por ello, su actuar no representa una decisión arbitraria o desviada, dado que se ajustó a las verdaderas razones que se plasmaron claramente en el correspondiente acto; las cuales constituyen motivos que, tal como evidencia el contingente probatorio, son consistentes con la realidad y para la Sala objetivamente fundado.

³⁷ Folios 84-96 C Ppal.

Expediente	70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor	CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado	MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Sobre el tema, en un caso de similares contornos, lo siguiente manifestó 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 tacita, 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, no es dable entrar a debatir la veracidad del contenido del acto acusado, comoquiera que el actor no aportó prueba alguna que contraríe el motivo del retiro, ni alcanzó a desvirtuar la presunción de legalidad del acto censurado, ni mucho menos, como estimó el A-quo, pudo demostrar la presunta violación de las normas invocadas.

Baste decir que el actor, no obstante asistirle la carga de la prueba, no acreditó que su desvinculación obedeció a circunstancias distintas o irreales a las expuestas en el acto acusado.

IV. CONCLUSIÓN

En lo que respuesta al interrogante principal que se planteó *ab initio*, será negativo puesto que, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, al no haber prosperado los cargos propuestos, no hay lugar a la nulidad del acto acusado en virtud de los vicios imputados; así, la decisión que procede es la confirmación de la sentencia apelada, que desestimó lo pretendido por la parte demandante.

Expediente 70-001-33-33-006-2012-00012-01
Actor CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES
Demandado MUNICIPIO DE SINCÉ
Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

4.1. Condena en costas

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el literal 4º del artículo 365 del CGP, habrá lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte demandante, por cuanto el recurso impetrado no tuvo vocación de prosperidad. La liquidación se hará conjuntamente por el Juez de primera instancia, conforme los artículos 365 y 366 del CGP.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2014 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante, CARLOS JOSÉ CATAÑO ROBLES en esta instancia. La liquidación se hará conjuntamente por el Juez de primera instancia, conforme los artículos 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión de la fecha tal como consta en el Acta No. 177.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado