



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, once (11) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00027-01
Actor: HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandado: MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Tema: INSUBSISTENCIA EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD.

SENTENCIA N° 020

I. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala, a proferir nueva sentencia dentro del proceso de la referencia, en estricto cumplimiento a la orden de tutela, dispuesta en sentencia de fecha 3 de febrero de 2015, proferido por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, expediente No. 11001-03-15-000-2014-02277-00, donde obra como accionante HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO y ente accionado el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE; providencia que dejó sin efecto, la decisión adoptada el 27 de febrero de 2014, en el proceso de la referencia. Decisión anterior, que fue confirmada a través de sentencia del 26 de noviembre de 2015 del Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Dr. JORGE OCTAVIO RAMÍREZ.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurado en contra del MUNICIPIO DE SAN MARCOS, pretende se declare la nulidad del Decreto 029 de 16 de febrero de 2012, suscrito por el Alcalde del Municipio de San Marcos, mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 07.

Como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho solicita:

1. Se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual, similar o superior categoría y remuneración.
2. Se declare a su favor o de quien represente sus derechos, el pago de todos los sueldos, primas, vacaciones, cesantías, subsidio familiar, prima de alimentación, dotación prima técnica y todas las demás prestaciones sociales y otros emolumentos percibidos con los aumentos legales, anuales, causados durante el tiempo que estuvo separado del servicio hasta que sea efectivamente reintegrado.
3. Se disponga que, no existió solución de continuidad en la relación de empleo durante el tiempo que estuvo separado del servicio.
4. Se ordene dar cumplimiento al fallo que le dé fin al proceso dentro de los términos establecidos en el artículo 192 del CPACA.
5. Se decrete el pago de los intereses previstos en el artículo 192 y 195 del CPACA y demás normas concordantes.
6. Se establezca el pago del ajuste del valor previsto en la Ley 1437 de 2011.
7. Se decrete el reembolso al demandante del monto de los aportes que debieron hacerse a la seguridad social (salud y pensiones), por todo el tiempo de servicios o en su lugar, se envíen a un fondo de pensiones y E.P.S., respectivamente.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

8. Se condene a la entidad demandada en costas (expensas judiciales y agencias en derecho) que se causen como resultado de la iniciación y trámite del proceso. (C-539/99, Jul. 28)

2.2. Los supuestos fácticos.

El señor HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO, fue nombrado por el Alcalde del Municipio de San Marcos, mediante Decreto N° 028 del 5 de abril de 2011, en el cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 07.

El día 17 de febrero de 2012, le fue notificado que mediante Decreto N° 029 del 16 de febrero de 2012, fue declarado insubsistente su nombramiento.

Afirma, que el acto administrativo mediante el cual fue retirado del servicio, adolecía de **falta de motivación o fue insuficientemente motivado**, toda vez que solo se plasmó en los considerandos de éste, una sucesión de pronunciamientos jurisprudenciales y citas normativas, pero en ninguno de los acápites del acto administrativo se establece que las razones del retiro, fueron para el mejoramiento del servicio público.

Además, señala que, el acto enjuiciado no explica de manera clara, detallada y precisa, las razones por las cuales se prescinde de los servicios del actor, quien se encontraba nombrado en provisionalidad, y ostentaba según se indica, una experiencia en el cargo de aproximadamente cuatro años; sumado al desempeño eficiente, honesto y cumplidor que como empleado se asevera describía al demandante; asunto que considera contraviene lo dispuesto por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-917 de 2010.

Igualmente, manifiesta que, el Alcalde del Municipio de San Marcos, procedió a nombrar en remplazo suyo a una persona que no cumplía con los requisitos del cargo, refiriéndose específicamente al tiempo de experiencia requerido para el mismo, el cual se encontraba establecido por el manual de funciones y requisitos en dos (2) años en funciones afines dicha labor.

Por lo anterior, sostiene que, la razón de su insubsistencia no fue el mejoramiento del servicio, *contrario sensu* indica que, esta obedeció a fines diferentes, (desviación de poder) teniendo en cuenta la trayectoria laboral que ostentaba y la ausencia de

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

motivos que justificaron su retiro; razón por la cual sostiene se desvirtuó la presunción de legalidad del acto acusado, lo que apresta su nulidad.

Amén de lo preliminar, destaca que en su hoja de vida no se consignaron los hechos que sirvieron de causa para poder declarar la insubsistencia tal como lo ordena el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

Por otra parte, alude a que, el señor Alcalde del Municipio de San Marcos, declaró insubsistente no solo su nombramiento, sino el de otros empleados que se venían desempeñando en cargos con nombramientos provisionales, con lo cual insinúa se configuró un despido masivo de acuerdo a la Ley 78 de 1986.

Finalmente, refiere que, previo a su retiro del servicio, el señor Alcalde del Municipio de San Marcos, solicitó autorización para realizar el nombramiento en provisionalidad del cargo por el desempeñado (técnico administrativo, código 367, grado 07) a la Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC”, quien respondió a través del Oficio N° 2012 EE-6759 del 15 de febrero de 2012, negando la solicitud de provisión; no obstante, pese a la prohibición, el mandatario en mención ignoró la directriz dada y procedió el 16 de febrero de 2012, a declarar la insubsistencia del actor y a nombrar en su reemplazo, un empleado temporal.

2.3. Recuento procesal.

La demanda fue presentada el 2 de agosto de 2012¹; admitida por auto del 21 de agosto de 2012² y notificada por medio electrónico a la parte demandada y al Ministerio Público el 11 de septiembre de 2012³.

2.4. Contestación de la demanda⁴.

El Municipio de San Marcos, a través de apoderada contestó la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones y mostrando su acuerdo parcial respecto a los hechos; como eje de sus argumentos expresó que:

El acto administrativo enjuiciado se encontraba sometido a la Constitución Nacional, la legalidad, así como por la Jurisprudencia, toda vez que, éste se encuentra debidamente

¹ Fl. 33 y 135 C. N° 1.

² Fs. 142 y reverso del C. N° 1.

³ Fl. 146 C. N° 1.

⁴ Fls. 153 - 185 C. N° 1.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

motivado en razones de mejoramiento del servicio y profesionalización de la entidad; además señala que, el acto administrativo de nombramiento del demandante (Decreto 028 del 5 de abril de 2011), adolecía de decaimiento, por lo tanto considera que, en la expedición del acto objeto del litigio se observó el debido proceso.

A continuación, se refirió al mejoramiento del servicio alcanzado con la insubsistencia del solicitante, sosteniendo que éste se encontraba vinculado como Técnico Administrativo, código 367, grado 07, adscrito a la Oficina de Planeación de la planta de personal de la Alcaldía de San Marcos y tanto sus funciones como competencias laborales tenían como propósito *“dirigir, analizar los principios y técnicas de una disciplina académica para buscar un mejor servicio a la sociedad”*; sin embargo, anota que, el demandante no cumplió con los propósitos del empleo, ya que no logró las metas trazadas por las políticas del Departamento de Planeación Nacional y el plan de desarrollo que involucra a la población más vulnerable, por cuanto estas funciones implicaban su vinculación a la Oficina de Sisben, donde le correspondía ceñirse a las políticas nacionales en la coordinación de la base de datos de la población vulnerable del país, teniendo que sujetarse a los cambios o modificaciones que para tal fin se establezcan, lo cual implicó en el caso concreto que éste mantuvo el uso del programa Sisben N° II, cuando por directrices nacionales se había dejado de usar éste y debía ser empleado el programa Sisben N° III; circunstancia que generó un caos con la población del régimen subsidiado en salud, quienes tuvieron que hacer grandes filas en espera de poder ser ingresados al registro de ese programa y poder actualizar sus datos ante las diferentes EPS, estando desprovista de carnet aproximadamente el 40% de la población.

De otra parte, aseveró que, la comunidad usuaria del programa que desarrolla la Oficina de Sisben, se quejaban de la falta de atención y del trato indigno del que eran objeto por parte del coordinador, señor BALDOVINO MERCADO, y el de los múltiples señalamientos por cobrar a los usuarios por la realización de trámites que son gratuitos.

Ante estas circunstancias, sostuvo que, dado los yerros cometidos por el demandante y la potestad discrecional que le asiste al Alcalde como nominador, para remover del cargo a empleados de libre nombramiento y remoción, a efectos rodearse de personas capaces de realizar su programa de mejoramiento profesional y modernización del servicio de la entidad, procedió a nombrar a la señora Soraima Cristina Perdomo Hoyos, en el cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 07, adscrito a la Oficina de Planeación de la Alcaldía de San Marcos, quien acreditaba el título y la

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

experiencia, tal como lo señalan los documentos que así lo avalan, según los requerimientos del Decreto 09 del 2010 (manual de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Alcaldía de San Marcos).

Así mismo, aludió al decaimiento del acto administrativo acusado de nombramiento del peticionario, explicando que, el artículo 66 del C.C.A precisa las causales por las que los actos administrativos pueden perder su fuerza ejecutoria; hace referencia al concepto denominado por la jurisprudencia como “*Decaimiento o muerte del acto administrativo*”; que pese a que un acto administrativo es válido, este pierde su facultad de obligatoriedad en razón a que han desaparecido los supuestos de hecho o de derecho en los cuales se fundamenta⁵, como cuando se produce la derogatoria expresa o tácita o la declaratoria de inexequibilidad o nulidad, de las normas que le sirvieron de base.

Al respecto, en cita de la doctrina sobre la definición de la teoría del decaimiento del acto expresó: “*Extinción del acto administrativo. Corriente los efectos de los actos administrativos se producen en la forma y tiempo previstos. Cuando así ocurre, el acto se considera consumado o agotado*”⁶; posteriormente, refirió otro autor indicando: “*Se puede afirmar que la extinción de los efectos del acto administrativo se produce de pleno derecho, por la administración y por la voluntad del particular*”⁷; la primera circunstancia ocurre cuando se ha cumplido el término o la condición del acto, o su objeto ya se ha realizado; también cuando se presenta imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales, materiales o jurídicas ”.

Concluye respecto al caso del señor BALDOVINO MERCADO, el cual había sido nombrado por medio del Decreto N° 028 del 5 de abril de 2011, como Técnico Administrativo, código 367, grado 07, adscrito a la Oficina de Planeación Municipal, por el término de seis (6) meses, período que finalizó el 5 de octubre de 2011; por lo tanto, indica que al haber ocurrido el nombramiento del demandante bajo condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas en el Decreto 028/2011; al superar el período allí fijado, constituyó un fundamento suficiente para que el Municipio de San Marcos, en ejercicio de los principios orientadores de las actuaciones administrativas consagradas en el ordenamiento jurídico, tomara las determinaciones contempladas en Decreto 029 del 16 de febrero de 2012, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor.

⁵ H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, M.P. Dr. Cesar Hoyos Salazar, Concepto N° 1491.

⁶ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel, Derecho Procesal Administrativo, Ediciones Rosaristas, Primera Edición, año 1984, Pág. 89.

⁷ VIDAL PERDOMO, Jaime, Tratado de Derecho Administrativo 7ª Edición, año 1980, Pág. 321-322.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Finalmente, hizo mención de sendos pronunciamientos del H. Consejo de estado en orden de la inestabilidad del empleo en un cargo en provisionalidad.

2.5. La sentencia recurrida⁸.

El Juzgado Séptimo Administrativo de Sincelejo, después de realizar la valoración del material probatorio obrante en el plenario, resolvió conceder las pretensiones de la demanda y como fundamento de su decisión, sostuvo que los empleados públicos que se encuentren vinculados en provisionalidad en cargos de carrera, no tienen la estabilidad de la que gozan quienes ocupan cargos de carrera en propiedad, no obstante, tienen una estabilidad relativa, toda vez, que sólo podrán ser removidos de sus cargos cuando: i) haya lugar a una sanción disciplinaria de retiro; ii) el cargo debe ser ocupado por alguien que haya superado las etapas del concurso de mérito; y iii) existan razones de buen servicio, que justifiquen la remoción del empleado en provisionalidad del cargo de carrera, lo que implica que el acto de insubsistencia debe ser motivado suficiente y razonablemente, de manera clara, detallada y precisa, sustentos éstos que, deben consultar el interés general, el bien común y los fines del Estado Social de Derecho, toda vez que, aunque la facultad de retiro para estos cargos es discrecional, no es absoluta, ni ilimitada y no puede ser ejercida de manera arbitraria ni caprichosa. Estas razones de retiro deben existir, darse a conocer al empleado y deben estar demostradas.

Además, manifestó en relación al argumento esgrimido por el ente demandado, tanto en el acto acusado como en la contestación de la demanda, relativo a la configuración del fenómeno del decaimiento del acto administrativo⁹, que pese a que se profesa la configuración de este instituto, por el vencimiento del término de los seis meses del nombramiento provisional del demandante, considera que esto no es suficiente fundamento para su retiro, toda vez que, los supuestos para el nombramiento provisional del actor subsisten al momento de retiro, así: i) el cargo no había sido provisto en propiedad, ii) no se demostró vicio o sanción disciplinaria alguna que diera lugar a retiro, situaciones que de presentarse debían ser comunicadas y demostradas, so pena de incurrir en violación al derecho fundamental al debido proceso.

Por lo tanto, señala que lo procedente para el Alcalde al vencimiento de los seis meses era solicitar la prórroga del nombramiento del empleado, de conformidad con el

⁸ Fls. 309 al 328 C. N° 2.

⁹ Definido como la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo que se presenta cuando desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho que dieron origen al acto

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

artículo 1° del Decreto 4968 del 27 de diciembre de 2007; así las cosas, frente a este argumento indicó su falsedad y por ende, da lugar a la falsa motivación del acto enjuiciado.

Por otra parte, respecto a los demás argumentos indica que, estos no constituyen una auténtica motivación, ya que se circunscriben a citas de normas, sentencias y conceptos que no dan lugar, a razones suficientes, serias, objetivas y claras de las causas del retiro.

Además, precisó en relación a las sindicaciones de deficiencias e irregularidades en el servicio del demandante, que estas aseveraciones no encontraron asidero probatorio, ni las mismas se consignaron en el acto de retiro.

2.6. El recurso de apelación¹⁰.

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, el demandado inconforme con el referido fallo interpuso recurso de apelación, en el que adujo que el nombramiento del demandante fue realizado en provisionalidad, es decir, bajo el ejercicio de la potestad discrecional de que gozan los nominadores, por lo que colige que este tipo de vinculación no engendra un status especial o unos mejores derechos, pues de la misma manera en que se vinculó al actor a la entidad puede ser desvinculado, con fundamento en el mejoramiento de la prestación del servicio y la potestad discrecional con que cuenta el representante legal de la entidad territorial.

En virtud de estos argumentos, solicitó se revoque la sentencia proferida por el *A quo*.

2.7. Actuación en segunda instancia¹¹

Mediante auto de septiembre 16 de 2013, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 24 de julio de 2013 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo¹²; por auto de 26 de septiembre de 2013, se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión¹³, dentro de esta oportunidad intervinieron la parte demandante y la parte demandada, mientras que el Ministerio Público se abstuvo de pronunciamiento en esta etapa.

¹⁰ Fls. 334 al 337 C. N° 2.

¹¹ Fls. 1 al 49, C. alzada.

¹² Fl 3 C. alzada.

¹³ Fl. 9 C. Alzada.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

2.8. Alegatos de conclusión.

2.8.1.- De La parte demandante¹⁴.

Preliminarmente, consideró que, el recurso impetrado careció de un adecuado sustento, puesto que, no se refirió a los argumentos que planteó el Juez de instancia y solo se remitió a la cita de jurisprudencias.

Así mismo, aseveró que, el acto administrativo censurado no fue suficientemente motivado por parte del Municipio de San Marcos, dado que, solo se hace referencia a algunas normas; señalando algunas citas jurisprudenciales, pero no se refiere en nada al desempeño de las funciones del demandante, lo cual debería ser el centro del acto de retiro; además, el mismo acto no establece que las razones de declaratoria hayan provenido con el fin de mejorar el servicio público, como argumenta el demandado; igualmente no demostró que el demandante no cumpliera a cabalidad con las funciones propias del cargo, es por ello entonces que, deduce que el Alcalde no motiva el acto de insubsistencia, debido a la ausencia de razones fácticas y jurídicas para hacerlo.

2.8.2.- De la parte demandada¹⁵.

Se pronunció en los mismos términos y argumentos planteados en la contestación de la demandada.

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 24 de julio de 2013, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo con funciones en el sistema oral, en la que se concedieron las súplicas de la demanda a HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO.

¹⁴ Fls. 29 al 40 ibíd.

¹⁵ Fls. 13 al 28. ibíd

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

3.1. Problema jurídico.

Procede esta Sala a resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará el siguiente problema jurídico:

¿Se encuentra viciado de nulidad el Decreto N° 029 del 16 de febrero de 2012, que declaró insubsistente el nombramiento del señor HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO en el cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 07?

Para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) Marco normativo de los empleados en provisionalidad; (ii) Línea jurisprudencial constitucional frente a la insubsistencia del empleado provisional; (iii) Línea jurisprudencial del Consejo de Estado, frente a la insubsistencia del empleado provisional; (iv) Caso concreto; y (v) Conclusión.

3.2. Marco normativo de los empleados en provisionalidad.

Dispone el artículo 125 de la Constitución Política:

“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”.

La Carta Constitucional estableció en la norma en cita, la sistematización del empleo público, estableciendo como regla general que éstos son de carrera administrativa, es decir, provistos, luego de la aprobación satisfactoria del concurso de méritos; ahora es frente a estos que resulta aplicable el fenómeno del nombramiento provisional, el cual resulta viable “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales (de empleos de

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

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 nombramiento ha sido concebido como 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.

Respecto a la evolución normativa del nombramiento provisional, el Decreto Ley 2400 de 1968 –Art. 5º-¹⁸: Preveía para la provisión de los empleos – clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera - tres clases de nombramientos:

- a) Ordinario: Para los empleos de libre nombramiento y remoción.
- b) En período de prueba: Para los empleos de carrera, y
- c) Provisional: Para “proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera¹⁹”. El período provisional no podía exceder de cuatro meses²⁰.

A su vez, el artículo 26 ibídem, dispone 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.

El artículo 26 en cita fue declarado exequible, en sentencia que 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:

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 Art. 28 decreto 1950/73: “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 61/87 señaló el término de la provisionalidad en cuatro meses prorrogable por otro tanto – arts. 2º y 4º-

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,

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante: HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando: MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

“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.” (C- 734/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

Luego, el Decreto reglamentario 1950 de 1973 – Art. 107 – disponía²², 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”.

Posteriormente, 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”²³.

Por su parte, La Ley 27 de 1992, Art. 10 – de 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. El inciso segundo 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 provisionales. El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales²⁴”.

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 Hasta la adopción del nuevo régimen de carrera administrativa

²³ 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.”

²⁴ 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.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

De acuerdo con la norma transcrita 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.

A su vez, La Ley 443 de 1998, en su artículo 8º, estableció:

“los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.”

Los nombramientos con carácter temporal fueron previstos como subsidiarios al encargo de los empleados de carrera. Esto es, sólo si no era posible realizar el encargo podía hacerse nombramiento provisional²⁵.

En efecto el inciso segundo del artículo 8º, disponía:

“(…) Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer los empleos de carrera, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.”

Este precepto señalaba de manera general el término de duración de la provisionalidad.

El cargo del cual era titular el empleado encargado, podía ser provisto en provisionalidad mientras durara el encargo²⁶.

El nombramiento provisional se producía mientras se surtía el proceso de selección para proveer empleos de carrera que requirieran su provisión temporal²⁷.

El artículo 5º del Decreto 1572 de 1998, precisó las excepciones que permitían una duración de los nombramientos provisionales superior a cuatro meses. Los términos de duración de los nombramientos provisionales eran definidos o se determinaban por

²⁵ La sent. C- 942/03, que declaró exequibles las expresiones acusadas de los arts. 8º, 9º y 11 de la ley 443/98 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.” // La reglamentación de la provisionalidad está íntimamente ligada a la del encargo.

²⁶ V. Sent. 368/99.

²⁷ Estas situaciones se presentaban sin perjuicio del derecho preferencial al encargo.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

la duración de la formalización del concurso o de la situación administrativa de que se tratara, según el caso.

Finalmente el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, los que se producen en los siguientes casos:

- a) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*
- b) *Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;*
- c) **Literal inexequible.** *Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004, por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005.*
- d) *Por renuncia regularmente aceptada;*
- e) *Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-501 de 2005**, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.*
- f) *Por invalidez absoluta;*
- g) *Por edad de retiro forzoso;*
- h) *Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;*
- i) *Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante **Sentencia C-1189 de 2005**, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.*
- j) *Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;*
- k) *Por orden o decisión judicial;*
- l) *Por supresión del empleo;*
- m) *Por muerte;*
- n) *Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.*

Parágrafo 1°. Inexequible. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante: HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando: MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

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

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

En cuanto al retiro de los servidores públicos, hoy objeto de estudio, la Corte Constitucional ha señalado que ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad²⁸.

3.3.- Línea jurisprudencial constitucional frente a la insubsistencia del empleado provisional.

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal.

Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano.

La jurisprudencia constitucional²⁹, ha reconocido el deber de motivar los actos de insubsistencia de empleados en provisionalidad, señalando que la ausencia de motivos configura una contravía al concepto Estado de Derecho y la infracción de los derechos fundamentales al debido proceso, la administración de justicia, a la defensa, así como a los principios de publicidad y principio democrático³⁰.

²⁸ En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5º del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4º de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-289 de 2011.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-147 de 2013. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. “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 proscriben 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

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

De igual forma, la Corte ha sostenido que, si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado.

3.4.- Línea del Consejo de Estado, frente a la insubsistencia del empleado provisional³¹.

El Alto Tribunal, ha sostenido el paralelo entre los empleados provisionales y los de libre nombramiento y remoción atendiendo a que el ingreso de ambos obedece al ejercicio de la facultad discrecional, por lo que ha considerado que su retiro puede ser por instrucción de la misma potestad.

Además, ha destinado una equiparación de los empleados provisionales con los empleados de carrea administrativa, pues estos últimos ingresaban al servicio mediante concurso de méritos; luego, los vinculados en provisionalidad no pueden ampararse en las causales de retiro de dichos servidores.

Del mismo modo, ha expresado que 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 y que la situación en provisionalidad no otorga a su titular fuero de estabilidad relativa alguno.

Empero, ha advertido que a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004, esto es, 23 de septiembre de esa anualidad y su decreto reglamentario 1227 de 2005, estas normas, dejaron claramente establecido que el retiro de los empleados de carrera, inclusive los nombrados en provisionalidad, deberá efectuarse mediante acto motivado, además señaló que por principio de igualdad deberán ser aplicadas aún a quienes fueron nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004, cuya desvinculación se produzca con posterioridad a la expedición de ésta.

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**".

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, junio 2 de 2011, Radicación N° 2011-00558-00 (AC).

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante: HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando: MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sobre este particular precisó:

*“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 **MOTIVADO**³², 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). (Subrayas fuera del texto).*

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

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos³³ 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”.

Entonces, actualmente el Tribunal Rector de lo Contencioso precisa que la desvinculación de empleado en provisionalidad en cargos de carrera administrativa debe ser motivada con posterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004.

³² 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.

³³ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

3.5. Caso Concreto.

3.5.1. De lo Probado.

Del acopio probatorio recabado en el expediente, la Sala encuentra demostrado los siguientes hechos para desatar el sumario:

- Que el señor HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO, suscribió múltiples contratos de prestación de servicio con el Municipio de San Marcos, para desarrollar la administración de la base de datos del Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales –SISBEN-.³⁴
- Que laboró en la Alcaldía del Municipio de San Marcos, en el cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO, código 367, grado 07, adscrito a la Oficina de Planeación de este municipio, mediante una relación legal y reglamentaria, en provisionalidad, nombrado mediante Decreto N° 028 del 5 de abril de 2011.³⁵
- Que a través del Decreto 029 de 16 de febrero de 2012, comunicado mediante Oficio del 17 de febrero de 2012, se le informó que había sido declarado insubsistente del cargo que venía ocupando, y en su remplazo se nombró a la señora SORAIMA CRISTINA PERDOMO HOYOS³⁶.
- Que conforme certificación expedida el 21 de marzo de 2012, por el Jefe de Recursos Humanos de la Alcaldía Municipal de San Marcos – Sucre, el señor BALDOVINO MERCADO devengaba como asignación básica mensual, la suma de \$1.329.758.³⁷
- Que con el Decreto N° 099 de Diciembre 28 de 2010, se categorizó y clasificó los empleos del orden municipal, con respecto al cargo de Técnico Administrativo, código 367, grado 07, clasificado como de carrera administrativa³⁸.
- Que mediante Decreto N° 098-I de Diciembre 24 de 2010, se modificó la planta de personal de la Alcaldía Municipal de San Marcos - Sucre³⁹.

³⁴ Fl. 164 al 189, C. P.

³⁵ Fl. 35 al 37. C. Principal, 161-163 C. Pruebas.

³⁶ Fl. 38 al 43. C. Principal, 157-160 C. Pruebas.

³⁷ Fl. 43 163 C. Pruebas.

³⁸ Fl. 110 – 111 C. Pruebas.

³⁹ Fl. 91 al 100, 13-22 del C. Pruebas.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

3.5.2.- De las Tesis.

Como fundamento de la alzada, el Municipio de San Marcos, planteó que la insubsistencia del actor es legal, por cuanto mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, se puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público y, si aún no puede proveerse el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar otra persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.

Por su parte, la Juez *A quo* al conceder las súplicas consideró en primer lugar, que el decaimiento del acto acusado no se presentó, dado que, pese a que el nombramiento provisional del actor se limitó por el periodo de seis (6) meses, al no haberse podido proveer mediante concurso de méritos el cargo, y no haberse configurado alguna sanción disciplinaria que le acarrearía el retiro, lo procedente para el Alcalde Municipal era solicitar la prórroga del nombramiento del empleado mas no la declaratoria de insubsistencia; por lo cual, concluye, que al ser falso el argumento del decaimiento, se presenta falsa motivación.

En segundo Lugar, concibió que el acto acusado esta desprovisto de motivaciones, toda vez que las allí consignadas consistían en citas de normas, sentencias y conceptos que no configuraban razones suficientes, serias y objetivas que dieran lugar al retiro del empleado, más cuando se pretende demostrar con esta decisión el mejoramiento, modernización y profesionalización del servicio.

Luego entonces, resulta menester para la Sala transcribir el acto administrativo reprochado, a fin de verificar su contenido:

“DECRETO 029 de 2012

“POR LA CUAL SE DECLARA INSUBSISTENTE UN NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD Y SE NOMBRA SU REMPLAZO POR MEJORAMIENTO DEL SERVICIO

En usos de sus facultades constitucionales, legales y de conformidad con la Ley 909 de 2004, del Decreto 785 de 2005, Decreto 1227 de 2005 y el artículo 315 numeral 3ª de la Constitución Nacional, y Ley 136 de 1994, art. 91, literal d, numeral 2, y de más normas concordantes y

CONSIDERANDO

Que en la planta de personal de la Alcaldía municipal de San Marcos Sucre, se encuentran un (1) cargo de TÉCNICO ADMINISTRATIVO, Código 367, Grado 07, en provisionalidad de

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante: HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando: MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

carrera administrativa, adscrito a la Oficina de Planeación Municipal del Municipio de San Marcos Sucre.

(...)

Que el retiro del servicio de empleado provisional de un servidor público nombrado en provisionalidad puede ser retirado del servicio entre otros motivos, por los siguientes:

(...)

(...)

- ☐ **Por el cumplimiento de la condición que dio lugar al nombramiento, como por ejemplo vencimiento del término de autorización para su provisión. En este tercer evento no estamos ante una terminación anticipada del nombramiento por lo que la mera comunicación del nominador indicando que la vinculación no extenderá más allá del tiempo previsto en el acto de nombramiento es suficiente.**

(...)

Que el señor Alcalde Municipal, ha venido actuando siempre en aras del **buen servicio y la profesionalización de la entidad**, lo cual es el principal motivo para realizar la desvinculación, sin que sea estrictamente obligatorio que se plasme en el acto administrativo, dado a que el insubsistente no ocupó el cargo en virtud de un concurso de méritos, y mal podría hacerse mención de una “**Estabilidad**” de un empleado nombrado en provisionalidad.

Que sea (sic) surtido el trámite en cumplimiento del Decreto 1937 de 2007, que modificó el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, donde autoriza el nombramiento provisional del mencionado empleo por un término no superior de seis (6) meses.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Alcalde Municipal de San Marcos – Sucre, procede a dar cumplimiento a las normas legales.

DECRETA

ARTICULO PRIMERO: Declárase insubsistente el nombramiento del señor **HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO**, identificado con la cedula de ciudadanía N° 10.882.965 del cargo de **TECNICO ADMINISTRATIVO, código 367, grado 07**, del encargo en provisionalidad, adscrito a la Oficina de Planeación Municipal del Municipio de San Marcos –Sucre.(...)”

En este orden de ideas, corresponde a esta Corporación, pronunciarse sobre los argumentos esbozados en el recurso por el Municipio de San Marcos y efectuar algunas precisiones sobre lo estimado y resuelto por la Juez primigenia.

Inicialmente, se procederá definir en que consiste la potestad discrecional administrativa⁴⁰ atendiendo al parámetro fijado por el H. Consejo de Estado en

⁴⁰ La jurista española Eva Desdentado Daroca. Define la Discrecionalidad Administrativa (diferenciándola de la Discrecionalidad jurídica y política) como: “aquella que consiste en la realización (por parte de la administración) de elecciones sobre los medios más convenientes para la consecución de los fines de interés público establecidos por el legislador o, incluso, en la especificación de esos fines.”

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante: HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando: MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sentencia del 30 noviembre de 2006⁴¹ quien en cita de la definición planteada por el Dr. Hugo Alberto Marín Hernández señaló:

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, es que se han formulado definiciones de la discrecionalidad administrativa desde enfoques que combinan las dos perspectivas que se acaba de comentar —conceptos “negativos” o “formales”, de un lado, y “materiales” o “positivos”, de otro—, con lo cual ofrecen probablemente la caracterización más completa de la discrecionalidad administrativa, entendiéndola como:

«...el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico»⁴².

En efecto, la potestad discrecional que ostenta la administración como facultad otorgada por el ordenamiento jurídico, le permite en desarrollo de su función y actividad, un cierto grado de libertad para tomar decisiones sin el deber de motivarlas, como quiera que, su intención se presume determinada por el interés público y revestida de legalidad; luego, la finalidad perseguida por esta potestad es el buen funcionamiento de la administración.

En este sentido, se ha considerado como una de las manifestaciones de la potestad discrecional que ostenta la administración como nominadora, la declaratoria de insubsistencia; sin embargo, actualmente esta es predicable respecto a los empleados de libre nombramiento y remoción, no así en relación a los empleados nombrados en provisionales, toda vez que la Ley 909 de 2004, fija para efectos del retiro de estos empleados, la obligación de expresar los motivos de la insubsistencia.

Así las cosas, se concluye que el acto administrativo demandado no podía ser expedido en ejercicio de la facultad discrecional, como sostiene la demandada, sino que en tratándose del retiro de los empleados provisionales estamos en presencia de un **acto reglado**, toda vez, que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004⁴³, y su Decreto

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Alier E. Hernández Enríquez, Exp. 13074.

⁴² MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, Tratamiento de la discrecionalidad...pág. 100.

⁴³ Artículo 41: “(...) Parágrafo 2°. 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.”

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

reglamentario 1227 de 2005⁴⁴ (aplicable al caso en estudio) la norma ordenó como recién se señaló, la motivación de los actos de retiro de dichos servidores, con lo cual el nominador ya no podrá hacer uso de la discrecionalidad para expedirlo.

Descendiendo al caso concreto, al observar el decreto de insubsistencia, la administración consigna los fundamentos de la decisión, acudiendo a un marco jurídico demarcado para el ejercicio de la facultad del retiro de empleados y acudiendo a razones del buen servicio y la profesionalización de la entidad como motivo principal; literalmente razonó que su actuación estaba ceñida al “*buen servicio y la profesionalización de la entidad, lo cual es el principal motivo para realizar la desvinculación, sin que sea estrictamente obligatorio que se plasme en el acto administrativo*”.

Sobre este tópico, la Corte Constitucional en sentencia SU-917 de 2010, efectuó un análisis en relación a la motivación y contenido de los actos retiro de los servidores públicos vinculados en provisionalidad, cuyo quid resulta oportuno escudriñar a efectos de una mayor comprensión temática; los apartes señalan:

a.- Motivación de los actos de retiro.

En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad⁴⁵.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”⁴⁶. Ha sido concebida como 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”⁴⁷.

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los

⁴⁴ Artículo 10: ““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.”

⁴⁵ En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5° del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4° de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8° de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas⁴⁸.

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”⁴⁹, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”⁵⁰.

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”⁵¹. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos⁵².

⁴⁸ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009.

Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008. Cfr., Sentencia C-371 de 1999.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

⁵¹ “Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos: (...) Parágrafo 2°. 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”. Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

⁵² Cfr., Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad. 1652.

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante: HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando: MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.

Desde la Sentencia C-514 de 1994, reiterada en varias oportunidades⁵³, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción para la provisión de empleos, de modo que “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”.

Pero como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, el nominador tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad (relativa) con la que puede hacerlo para aquéllos cargos, esto es, sin el deber de motivar sus actos.

La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones⁵⁴ y se ha mantenido inalterada en los más recientes fallos sobre el particular⁵⁵, aún cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional⁵⁶.

En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de

⁵³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-392 de 2001 y T-752 de 2003, entre muchas otras.

⁵⁴ En la Sentencia T-800 de 1998 la Corte sostuvo por vez primera que “el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello”. Tesis reiterada en las numerosas sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en la materia.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencias T-251 de 2009 y T-736 de 2009.

⁵⁶ Es así como en algunas ocasiones la Corte ha sostenido que “la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad” (Sentencia T-800 de 1998, reiterada, por ejemplo, en las sentencias T-884 de 2001, T-392 de 2005, T-257 de 2006, T-104 de 2009 y T-108 de 2009). En otros eventos ha considerado que “un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria” (Sentencias T-1241 de 2001, C-901 de 2008 y T-251 de 2009). También ha señalado que “aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre” (Sentencias T-1316 de 2005, T-1011 de 2003, C-279 de 2007, T-007 de 2008, T-023 de 2009).

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor. Esta postura ha sido abordada en algunas de las sentencias recientes. Por ejemplo, en la sentencia T-007 de 2008 dijo al respecto:

“La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso (T-1011/03). Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección” (T-1316/05), que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P.)⁵⁷”.

De igual forma, en la Sentencia T-251 de 2009 esta Corporación sostuvo:

“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”.

En síntesis, 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.

b.- Contenido de la motivación

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

El acto de retiro no sólo debe ser motivado sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio

⁵⁷ En la sentencia T-054 de 2005, la Corte negó la pretensión de una accionante que fue desvinculada de un cargo de carrera que ocupaba en provisionalidad, porque aunque alegaba ser madre cabeza de familia, la ESAP no podía, “so pretexto de otorgarle la protección especial consagrada en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, mantenerla en un cargo para el cual no había concursado y del cual era titular otra persona que se encontraba en carrera administrativa y que ya había sido reasumido por aquélla por disposición del nominador”. (Subraya fuera del original).

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto en los términos del artículo 84 del CCA. Lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional.

Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicen directamente de quien es desvinculado”⁵⁸. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”⁵⁹.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”⁶⁰.

Con todo, la Corte debe insistir en que la necesaria motivación de los actos administrativos no puede conducir, en la práctica, a equiparar a los funcionarios nombrados en provisionalidad con aquellos que se encuentren en carrera. Tal equiparación terminaría por ser, paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública. Siendo ello así, la motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se demanda para los funcionarios de carrera, para quienes la propia Constitución consagra unas causales de retiro ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad. Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa⁶¹ o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”⁶².

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso- administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

⁶¹ CP., Artículo 209.- “La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. // Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

⁶² Tomás Ramón Fernández, “De la arbitrariedad de la administración”. Madrid, Civitas, p.1994, p.162

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Ahora bien, las referencias genéricas acerca de la naturaleza provisional de un nombramiento, al hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una -inexistente-facultad discrecional, o la simple “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”⁶³, no son válidas como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario⁶⁴. Así, en varias ocasiones la Corte ha denegado la protección mediante tutela, cuando advierte que los actos de retiro han sido motivados bajo las exigencias mínimas anotadas, precisamente porque el servidor público declarado insubsistente cuenta con las herramientas mínimas para ejercer su derecho de contradicción y defensa ante las instancias administrativas o judiciales ordinarias⁶⁵. Por el contrario, cuando tal motivación no existe o ha sido meramente retórica, no ha vacilado en conceder el amparo mediante tutela.

Por lo demás, conviene anotar que, desde la perspectiva del control a la motivación de los actos, para el Derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen “explícitas” en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la administración⁶⁶, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “implícita” de los actos administrativos.⁶⁷

De acuerdo, al marco fijado por la Corte, se advierte que el señalamiento del ente demandado, en el acto de insubsistencia de las solas expresiones de buen servicio y profesionalización de la entidad como motivaciones, no son suficientes, por cuanto constituye una imposición legal y directriz jurisprudencial, la exposición de las razones, explícitas, claras y detalladas de la decisión.

En un caso similar al estudiado, la Corte concluyó que no existía motivación de retiro acudiendo a las siguientes razones⁶⁸:

“Tampoco estima la Sala que las razones contenidas en el acto por medio del cual se declara insubsistente al señor... puedan hacerse equiparables a una motivación. La entidad demandada se limitó a llenar sendas páginas con doctrina y jurisprudencia y tan sólo en la parte resolutive mencionó que el señor... se declararía insubsistente por motivos de mejorar el servicio y la buena marcha de la administración. En ningún lugar de la resolución se pueden encontrar razones – serias,

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009.

⁶⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-800 de 1998, T-1204 de 2004, T-392 de 2005, T-1112 de 2008, T-011 de 2009, Auto 326 de 2009, entre muchas otras.

⁶⁵ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-054 de 2005, T-1256 de 2008, T-104 de 2009, T-266 de 2009, entre otras.

⁶⁶ En el campo de la investigación científica, en general, y en el de la teoría de la argumentación jurídica, en particular, la doctrina ha diferenciado el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación”, al destacar que lo relevante no es la forma como se llega a una decisión sino las razones en que ella se apoya, pues son ellas las que resultan jurídicamente controlables. Cfr., Manuel Atienza, “Las razones del Derecho”. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, capítulo primero; Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa, “La Argumentación en el Derecho”. Lima, Palestra Editores, 2003, p.149; Mario Alberto Pórtela, “Argumentación y sentencia”. En: Revista DOXA 21, 1998.

⁶⁷ Subrayas para resaltar.

⁶⁸ Corte Constitucional en sentencia T-132 de 2007.

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante: HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando: MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

claras, detalladas y precisas – que expliquen por qué la permanencia del señor... en el cargo de... contribuye a desmejorar el servicio y la buena marcha de la administración.

“Como se indicó más arriba, es característico de un gobierno democrático ofrecer explicaciones – jurídicas y fácticas – sobre las actuaciones adelantadas por la administración. La administración debe aclarar de modo detallado los fundamentos en que se sustentan sus decisiones. Se señaló, además, que una de las finalidades de la motivación consiste en brindarle la oportunidad a la persona que será desvinculada de ejercer su derecho de contradicción y radica, por ende, en garantizar su derecho constitucional fundamental al debido proceso. Esto a todas luces no sucedió en el caso señor...”

De igual forma, el Consejo de Estado sobre la presunción del mejoramiento del servicio ha indicado:

“De esa manera probó que era una eficiente servidora y no se evidencian razones de servicio que ameritaran su retiro. La entidad demandada por su parte, tenía la obligación de indicar las razones de servicio que llevaron a la expedición del acto de insubsistencia y demostrar en qué sentido se proponía mejorar el servicio, sin embargo solamente se limitó a argumentar que el acto de insubsistencia fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional, y que no existe nexo de causalidad entre el acto de insubsistencia y el hecho de que no se haya asignado todo el presupuesto requerido para el ejercicio del objeto de la División a su cargo o la asignación del personal requerido. En esas condiciones, demostró la parte actora que con su labor garantizaba la prestación de un buen servicio público y que con su retiro se desmejoró, mientras que la entidad no indicó cómo pretendía mejorar el servicio con la decisión de insubsistencia, siendo así, la causa de la expedición del acto demandado no estuvo basada en razones del buen servicio, sino que obedeció a una decisión arbitraria y caprichosa del nominador, configurándose la desviación de poder.”⁶⁹

En orden de lo dispuesto por la jurisprudencia, resulta evidente que el Decreto 029 del 16 de febrero de 2012, se encuentra viciado de nulidad, por cuanto no fue motivado en debida forma, esto es, no hizo consideraciones específicas en torno a las razones por las cuales la labor desempeñada por el demandante afectaba la prestación del servicio; haciendo necesario adoptar la decisión de retirarla para lograr el mejoramiento del servicio; pues pese a que en la contestación de la demanda se indicó que el actor no cumplió con los propósitos del empleo y que no había logrado alcanzar las metas trazadas por las políticas del Departamento de Planeación Nacional encaminadas a la atención de la población del municipio a través del SISBEN, además del señalamiento de la presunta falta de atención y el trato indigno (fl. 154), estos estribos no se consignaron en el acto de insubsistencia, ni fueron acreditados estos supuestos en el plenario.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda –Subsección A. Sentencia del 5 de septiembre de 2012. Expediente 2378-18. C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

En consecuencia, conforme lo indican los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se debe entender que no existió una motivación real del acto acusado, con lo cual se constituye un vicio que conduce a la nulidad del acto por violación de normas superiores de orden legal y constitucional, que justamente el demandante arguyó en su demanda y con lo cual se desvanece la tesis esgrimida por la demandada en el recurso.

De otra parte, considera la Sala que otro vicio que salta a la vista en el acto juzgado y que da al traste con los sustentos esbozados por la demandada, es el cargo de desviación de poder por falta de motivación⁷⁰, pues a folio 255 del cuaderno segundo, se encuentra el Oficio N° 2012EE-6759 de fecha **15 de febrero de 2012**, suscrito por el Gerente de Provisión de Empleo Público de la CNSC, a través del cual respondió al señor Alcalde del Municipio de San Marcos, la solicitud de autorización de nombramientos provisionales que este había impetrado, el 9 de febrero de 2012⁷¹, para los siguientes empleos:

No. DE EMPLEOS	DENOMINACIÓN	CODIGO	GRADO
Dos (2)	Profesional Universitario	219	07
Uno (1)	Profesional Universitario	219	06
<u>Uno (1)</u>	<u>Técnico Administrativo</u>	<u>367</u>	<u>07</u>
Uno (1)	Inspector de Pesas y Medidas	416	07

Ahora bien, el oficio en mención puntualiza que la CNSC negó a la demandada la solicitud de provisión presentada, atendiendo a la falta de una certificación en los documentos enviados; luego entonces, dado que la insubsistencia del actor se presentó el **16 de febrero de 2012**, se concluye que al momento el Municipio demandado no contaba con la autorización del Ente regulador.⁷²

⁷⁰ causal de nulidad, que ocurre cuando el acto administrativo persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento y que se presumen respecto de dicho acto; entonces, este vicio se configura, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un designio opuesto a las normas que debe someterse (Radicación número: 27001-23-31-000-2003-00471-02(1385-09), Consejo de Estado, Sección 2°; C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷¹ Fl. 253 C. 2°.

⁷² La Sala aclara que al momento de proferir el fallo en febrero de 2014, que fue objeto de revocatoria por fallo de tutela relacionado en el acápite inicial de esta providencia, no se había proferido el auto del 5 de mayo de 2014, de la Sección Segunda, del Consejo de Estado, con radicado interno (2566-12), siendo el actor IVÁN ALEXANDER CHINCHILLA ALARCÓN y demandado EL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, donde se suspendió provisionalmente la facultad de la Comisión Nacional de Servicio Civil de autorizar la prórroga de los nombramientos provisionales dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, que venía señalada en el artículo 1° del Decreto 4968 de 2007, que modificó el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005. Por lo anterior, se precisa que al momento en que sucedieron los hechos que motivan este medio de control, no estaba vigente esta decisión, por ello, lo que aquí se expresa es bajo el contexto cronológico en que sucedieron los mismos.

Expediente:	70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante:	HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando:	MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia:	JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Colofón, considera la Sala que el Alcalde, no podía proveer el nombramiento de la señora SORAIMA PERDOMO HOYOS como remplazo del reclamante en el mismo acto de insubsistencia de este último, toda vez que no contaba con la autorización del CNSC para hacerlo, asunto que permite vislumbrar una desviación de poder en el acto administrativo inculcado, pues so pretexto del vencimiento del término de los seis meses y del buen servicio, así como de la profesionalización de la entidad, existía un fin perseguido por la administración, el cual era el nombramiento de la señora PERDOMO HOYOS en remplazo del señor HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO, con lo cual obró contrario a derecho.

En consecuencia, al estar demostradas las causales que invalidan el acto demandado se confirmará la sentencia de primera instancia.

3.6. Conclusión.

En este orden de ideas, considera esta Corporación que la respuesta al problema jurídico planteado es positiva, por cuanto si está acreditado los vicios de que adolecía el acto demandando.

3.6. Condena en costas.

Como quiera, que el recurso no prosperó, habrá lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte demandada. La liquidación se hará conjuntamente por el Juez de primera instancia, conforme los artículos 365 y 366 del CGP.

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de 24 de julio de 2013, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

Expediente: 70-001-33-33-007-2012-00027-01
Demandante: HERNANDO MANUEL BALDOVINO MERCADO
Demandando: MUNICIPIO DE SAN MARCOS
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Procedencia: JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada en esta instancia, las cuáles serán tasadas por la secretaría del juzgado de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP, respectivamente.

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

Se hace constar que esta providencia fue estudiada en la Sala de la fecha según ACTA N° 038.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado