

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, quince (15) de agosto de dos mil trece (2013)

MAGISTRADA PONENTE: NOEMI CARREÑO CORPUS

Expediente No. 88-001-33-31-001-2011-00061-01
Proceso: Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Apelación
Demandante: Samir Villalba Díaz
Demandado: Nación- Procuraduría General de la Nación

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia del seis (06) de febrero del 2013, proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas por no aparecer causadas.

TERCERO: RECONÓCESE personería para actuar dentro de este proceso a la Dra. Maudeth Mc Nish Jay, identificada con la cédula de ciudadanía No. 40.987.122 de San Andrés Islas, y T.P. No. 72565 del C. S. J., como Apoderada Judicial de la parte demandada en los términos y para los fines conferidos en el memorial poder obrante a folio 11 del cuaderno de incidente de nulidad.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, liquídense los gastos del proceso, y en caso de remanentes, devuélvase al interesado. Pasados dos años sin que el actor los haya reclamado, la secretaría declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura-Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial. Desanótese en los libros correspondientes y archívese el expediente.”

1. LA DEMANDA

El señor Samir Villalba Díaz, actuando a través de apoderado judicial, instauró acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra dela Procuraduría General de la Nación, con las siguientes pretensiones:

“Que se declare la NULIDAD del oficio SG No. 907 de fecha 3 de marzo de 2011, proferido por la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se dio por terminado el nombramiento en

provisionalidad efectuado al señor Samir Villalba Díaz en el cargo de Secretario de Procuraduría Código 4SP, grado 10 de la procuraduría 54 judicial II Administrativa, con sede en este territorio insular.

Que se declare que no ha habido solución de continuidad entre la Nación-Procuraduría General de la Nación y el señor Samir Villalba Díaz

Como restablecimiento del derecho solicita:

Se ordene el reintegro de que trata el artículo 90 del Decreto No. 262 de 2.000 del señor Samir Villalba Díaz, al cargo que se encontraba desempeñando o a otro igual o mayor jerarquía.

Que se ordene el pago de los salarios, primas, bonificaciones y demás factores salariales dejados de percibir por el señor Samir Villalba Díaz, desde la desvinculación hasta cuando sea efectivo el reintegro, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Que se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho”.

2. ANTECEDENTES

Los hechos se sintetizan de la siguiente manera:

1. Refiere el demandante que fue nombrado en provisionalidad, mediante el Decreto No. 2030 del 9 de septiembre de 2.009 en el cargo de Secretario de Procuraduría, Código 4SP, grado 10 de la Procuraduría 54 Judicial II Administrativa, tomando posesión el 1 de octubre de 2.009.
2. Relata que dicho nombramiento fue objeto de prórrogas sucesivas tal como lo demuestra el Decreto No. 481 del 24 de febrero de 2.010 y el Decreto No. 2179 del 31 de agosto de 2010.
3. Asevera que mediante el oficio No. SG No. 907, con fecha del 3 de marzo de 2.011, suscrito por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación fue cesada unilateralmente la relación de derecho laboral público existente a partir del día 3 de marzo de 2011, dicho acto le fue comunicado por vía fax el día 4 de marzo de 2011 a las 4:55pm, en el Despacho del señor Procurador Regional de San Andrés Islas.
4. Afirma que no ha recibido contenido de la motivación por la cual se le separa del cargo, ni ha sido debidamente notificado, considerando que tal situación es a todas luces violatoria al derecho fundamental del debido proceso y la reiterada jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional de Colombia.

3. NORMAS VIOLADAS

El apoderado judicial de la demandante manifiesta que el acto demandado, infringe las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

- **CONSTITUCIÓN POLÍTICA:** Artículos 1, 16, 25, 29, 123 y 209.
- **CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:** Artículo 84.

4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

La presente demanda fue presentada el día 08 de julio de 2011, ante la Oficina de Coordinación Judicial¹, mediante auto de fecha 27 de julio de 2011, el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, dispuso admitir la acción².

La entidad demandada no contestó la demanda.

Mediante auto del 15 de noviembre de 2011, se abrió a pruebas el proceso³. En auto de fecha 20 de abril de 2012, se cerró el periodo probatorio y se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión⁴.

Dentro del término legal la entidad demandada presentó alegatos de conclusión⁵, la parte actora presentó los alegatos de forma extemporánea.

Por su parte el Ministerio Público rindió concepto el día 24 de mayo de 2012⁶.

Mediante sentencia de fecha 6 de febrero de 2013, el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, negó las pretensiones de la demanda. (fls. 114 al 123 del cdno. de apelación).

El apoderado judicial de la parte demandante, interpuso oportunamente recurso de apelación en contra del mencionado fallo, el cual se concedió mediante auto de fecha 6 de marzo de 2013. (fl. 124 al 135 del cdno. de apelación).

¹Folios 1 al 11 del cuaderno principal

²Folios 29 a 30 del cdno. ppal.

³Folios 35 a 36 del cdno. ppal.

⁴Folio 60

⁵Folios 61 al 92.

⁶Folios 96 al 110

El Tribunal Contencioso Administrativo, mediante auto del 29 de abril de 2013, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante⁷.

Por auto de 21 de mayo de 2013, se ordenó correr traslado a las partes con el fin de presentar sus alegatos⁸.

El Ministerio Público emitió concepto, el día 12 de abril de 2013 en el cual solicita al Tribunal confirmar la sentencia recurrida, proferida por el Juzgado Administrativo⁹.

5. LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en sentencia del 6 de febrero de 2013, negó las pretensiones del demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Expone el *a quo*, como problema jurídico a resolver “establecer la legalidad del oficio No. 907 del 3 de marzo de 2011, expedido por la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, por medio del cual se comunica la terminación del nombramiento en provisionalidad al señor Samir Villalva (sic) Díaz, del cargo de Secretario de Procuraduría, Código 4SP, Grado 10 de la Procuraduría 54 Judicial II Administrativa de San Andrés, conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del Decreto 262 de 2000. Conforme a ello, le corresponde al Despacho determinar, si asistía derecho al demandante a permanecer en el cargo, luego de darse por terminado el nombramiento en provisionalidad, o resultaba válido su retiro con fundamento en la citada norma.”

Una vez revisadas y analizadas las pruebas obrantes en el proceso, así como la normatividad vigente, consideró el A quo respecto al oficio No. 907 del 3 de marzo de 2011, el cual informa al actor la terminación de su nombramiento en propiedad, que no es un acto administrativo, por cuanto mediante éste no se crea modifica o extingue una situación jurídica, solamente se recuerda la forma y fecha de terminación de la labor ante la entidad.

⁷. Folios 144-145 del cuaderno de apelación.

⁸ Folio 147 cuaderno de apelación.

⁹ Folios. 161-164 del cuaderno de apelación.

Concluye que los nombramientos en provisionalidad efectuados en la Procuraduría General de la Nación, implica una relación temporal que aun involucren en el desempeño de cargo de carrera, no significa que modifiquen la naturaleza del nombramiento para otorgar derechos de estabilidad o inamovilidad al nombrado, toda vez que estas son condiciones propias del cargo sólo cuando se ha accedido a él por concurso de mérito, por lo cual el vencimiento del término del nombramiento es motivación suficiente para el retiro del servicio de quien ha sido nombrado mediante acto administrativo emanado con base en la temporalidad de seis meses.

6. EL RECURSO

Al impugnar la decisión de primera instancia, el apoderado judicial del demandante, argumentó su inconformidad respecto a la sentencia con los siguientes argumentos:

Inicia su oposición al fallo presentando definiciones de reconocidos tratadistas de derecho sobre lo que se entiende como acto administrativo, para concluir que a su parecer el oficio No. 907 del 3 de marzo de 2011, es un acto administrativo, por cuanto además de contener los elementos esenciales del acto administrativo, da por terminado el vínculo laboral administrativo que posee el administrado con la entidad pública.

Agrega que el oficio demandado, no solo informa sino que es contentivo de una decisión tácita cuya pretensión fue concretamente no prorrogar nuevamente el nombramiento del actor en el cargo, violando no sólo la jurisprudencia de la Corte Constitucional en tal sentido, sino el principio de confianza legítima.

Recalca que el actor no podía ser desvinculado de la entidad por la causal establecida en el literal c) del Decreto 262 de 2000, dado que no había persona designada por concurso, conforme a la regla constitucional relativa a la provisión de empleos de carrera administrativa.

Respecto al principio de estabilidad en el empleo, manifiesta que el nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, por ser empleo perteneciente a la carrera administrativa sí tiene un grado de estabilidad de carácter restringido y por tanto, no se puede confundir como si fuera sujeto de potestad discrecional.

7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Agente del Ministerio Público al emitir su concepto, previo recuento de los antecedentes, manifiesta que con fundamento en lo establecido en los artículos 158 numeral 6, 185 y 188 incluido su parágrafo del Decreto Ley 262 de 2000, se establece una excepción a la modalidad de retiro de personal nombrado en provisionalidad que ocupe empleos de carrera existente al interior de la entidad, en cuanto tal tipo de nombramientos pueden hacerse por un periodo hasta por seis meses y son prorrogables por un período igual.

Considera que no es posible afirmar la necesidad de motivar la desvinculación de un empleado que ocupe un cargo de provisionalidad, cuyo retiro se generó por el vencimiento del término establecido de seis meses, por lo que no se puede aducir vulneración del artículo 84 del C.C.A. con base en la mencionada circunstancia, por tal razón y por principio de especialidad no tiene asidero el planteamiento realizado en la demanda.

Concluye que la actuación de la Procuraduría General de la Nación se ajustó al ordenamiento jurídico, estuvo desprovisto de abuso o desviación de poder, y además fue ejercida al amparo de la discrecionalidad que le asiste al nominador, en aras de preservar la idoneidad del servicio, por lo cual la sentencia recurrida se debe confirmar.

8. CONSIDERACIONES

8.1 Competencia.

El Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por el Juzgado Contencioso Administrativo del Departamento Archipiélago en virtud de lo establecido en el numeral 1º del Art. 133 del C.C.A.

Por lo cual procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha 6 de febrero de 2013, mediante la cual el Juzgado Único Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, negó las pretensiones de la demanda.

6.2 Problema Jurídico.

Considera esta Corporación como problema jurídico a resolver determinar la legalidad del oficio No. SG 907 del 03 de marzo de 2011 mediante el cual se le comunicó al actor que debía hacer entrega del cargo; para luego establecer si para la desvinculación del actor, la entidad demandada estaba obligada a motivar el acto administrativo de retiro, o por el contrario, el mismo podía ser terminado como consecuencia de su vencimiento.

En el escrito de sustentación del recurso de apelación, el apoderado del demandante manifiesta básicamente, que contrario a lo manifestado por el *A quo*, el actor no podía ser desvinculado de la entidad por la causal establecida en el literal c) del artículo 82 del Decreto 262 de 2000, puesto que no había persona designada por concurso de méritos para la provisión del cargo, conforme lo establece la regla constitucional relativa a la provisión de empleos de carrera administrativa, por lo que considera que mientras no se dé esa condición legal se otorga una estabilidad laboral restringida a su poderdante.

6.3 Normatividad aplicable.

Previamente deberá ocuparse la Sala de resolver el tema relacionado con el acto demandado, ya que en consideración del *A quo*, el oficio SG No. 907 del 03 de marzo de 2011, suscrito por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, no es un acto administrativo por cuanto no crea, modifica o extingue una situación jurídica y sólo se limita a informar el término del vencimiento previsto en el decreto de nombramiento en provisionalidad.

Sobre este punto debe precisarse que el oficio demandado contiene implícita la voluntad de la Administración destinada a producir efectos jurídicos consistentes en separar del servicio al demandante del cargo que venía desempeñando. Por lo que independientemente de la forma que tenga, el oficio está expresando la decisión unilateral de la Procuraduría General de la Nación y por lo tanto, es pasible de ser demandado en tanto contiene la expresión de la voluntad de la entidad demandada y produjo los efectos jurídicos en el expuestos ya que efectivamente el demandante fue removido del empleo que venía ejerciendo.

Precisado lo anterior, ahora procede la Corporación a analizar lo relacionado con el nombramiento provisional y para ello habrá de iniciar con las disposiciones contenidas en la Constitución Política al respecto.

El artículo 125 de la Constitución Política, dispuso que los empleos en los organismos y entidades del Estado son de carrera con las excepciones que la Constitución y la ley establezcan. De manera que los empleos de carrera representan el principio general de la tipología constitucional establecida en el artículo 125, norma que también dispone que el ingreso y ascenso en estos cargos, se efectúa luego de surtido el proceso de selección que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes a los cargos de carrera.

Dicho lo anterior, debe la Corporación ocuparse brevemente del tema de la provisión de los empleos, en este caso los empleos de carrera. Las vacancias de los empleos públicos pueden ser definitivas o temporales y así mismo, la provisión de los mismos se puede hacer ya con carácter definitivo o con carácter transitorio.

Respecto del nombramiento provisional es una de las modalidades de provisión transitoria de empleos de carrera, precisando que esta modalidad ante todo busca garantizar eficiencia en la función pública mientras se surten los mecanismos ordinarios de selección de personal.

Al respecto la H. Corte Constitucional ha sostenido “La vinculación en calidad provisional constituye un modo 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”¹⁰.

Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad¹¹.

Es decir la posibilidad de realizar este tipo de nombramientos tiene razón de ser en la eficiencia de la función administrativa y en alcanzar fines esenciales del Estado asegurando la continuidad de la prestación del servicio, por lo cual se realiza una excepción a la norma de realizar nombramientos en propiedad.

¹⁰ Sentencia T-1206 del 06 de diciembre de 2004. MP. Jaime Araújo Rentería.

¹¹ Sentencia T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En lo atinente al régimen de la Procuraduría General de la Nación, efectivamente como se reitera en las alegaciones presentadas por la apoderada, esta entidad cuenta con un régimen especial de carrera administrativa, en el cual la designación de empleados en encargo y provisionalidad es diferente a la establecida en el régimen de carrera administrativa general; precisando que la razón de ser de esta distinción obedece a criterios de razonabilidad como son la independencia y autonomía que caracteriza a la entidad. Así, el Decreto Ley 262 de 2000¹², establece lo relativo a los nombramientos en provisionalidad de esa entidad, en los siguientes términos:

ARTICULO 185. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.

El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento. (Subrayas de la Sala)

Sobre la duración del encargo y el nombramiento provisional dispone el artículo 188 del Decreto ley 262 de 2000:

ARTICULO 188. DURACION DEL ENCARGO Y DEL NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. El encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse hasta por seis (6) meses. El término respectivo podrá prorrogarse por un período igual.

Si vencida la prórroga no ha culminado el proceso de selección, el término de duración del encargo y de la provisionalidad podrá extenderse hasta que culmine el proceso de selección.

¹² Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.

Cuando la vacancia sea el resultado de ascenso que implique período de prueba, el encargo o el nombramiento provisional podrán extenderse por el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. (Subrayas de la Sala)

6.4 De la jurisprudencia constitucional en relación con los nombramientos provisionales

En relación con el carácter y el tratamiento de los nombramientos provisionales ha habido abundante jurisprudencia, pero la Sala se fundamentará en la sentencia T-147 de marzo 18 de 2003, en la cual la Corte Constitucional revisó la doctrina constitucional sobre la naturaleza jurídica de los funcionarios en calidad de provisionales y la necesidad de motivar su desvinculación, analizó las normas relacionadas con la vinculación de funcionarios en calidad de provisionales en la Procuraduría General de la Nación y efectuó precisiones en relación con el contenido de la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se efectúa la desvinculación de los funcionarios en cargos provisionales. En tal sentido se hace necesario destacar lo expuesto por la Corte Constitucional:

“Los funcionarios nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no cuentan con las garantías que de ella se derivan, pese a lo cual, tienen el derecho a que se motive el acto administrativo por medio del cual son retirados de su cargo, ya que dicha motivación se erige como una garantía mínima que se deriva del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la administración, y no del hecho de pertenecer a un cargo de carrera¹³. Sobre este punto, la Corte señaló en la Sentencia **T-251 de 2009**, que:

“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”¹⁴.

Posteriormente, en la **Sentencia SU-917 de 2010**¹⁵, se reiteró que para respetar y garantizar: (i) la cláusula de Estado de Derecho, en virtud de la cual los poderes públicos se sujetan al

¹³ Ibídem. SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio y T-656 del 05 de septiembre de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Cfr. Sentencia T-241 del 02 de abril de 2009. MP. Cristina Pardo Schlesinger.

¹⁵ Ver, entre muchas otras, las Sentencias: SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero, T-884 del 17 de octubre de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-610 del 24 de julio de 2003. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-597 del 15 de junio de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-031 del 21 de enero de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño, T-024 del 26 de enero de 2006. MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-064 del 01 de febrero 2007. MP. Rodrigo Escobar Gil, T-007 del 17 de enero de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa, T-011 del 16 de enero de 2009. MP. Nilson Pinilla Pinilla, SU-917 del 11 de noviembre 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

principio de legalidad y se proscribire la arbitrariedad en las decisiones que afectan a los administrados; **(ii)** el derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que la motivación de los actos administrativos posibilita el ejercicio del derecho de contradicción y defensa; y **(iii)** el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública, en la medida en que conforme a éstos a la administración le corresponde dar cuenta a los administrados de las razones por las cuales ha obrado en determinado sentido¹⁶; **es necesario que el retiro de los servidores vinculados en calidad de provisionales sea motivado.**

(...)

En conclusión, **los cargos provisionales no son asimilables a los cargos de carrera administrativa**, y es por ello que a los primeros no le son aplicables los derechos que se derivan de ella, ya que quienes se hallan vinculados en provisionalidad no agotaron los requisitos que exige la Constitución y la ley para gozar de tales beneficios, es decir, superar exitosamente el concurso de méritos y el período de prueba, entre otros. Pero **tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción**, pues su vinculación no se sustenta en la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo que es propia de éstos, sino en la necesidad de evitar la parálisis de la función pública mientras se logra su provisión en los términos que exige la Constitución. En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción¹⁷; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación

En la mencionada sentencia, la Corte Constitucional parte de reconocer que la Procuraduría General de la Nación se instituye como órganos autónomo e independiente en virtud de lo establecido en los artículos 113 y 118 de la Constitución Política y que el Decreto 262 de 2000, modificó la estructura y organización de la mencionada entidad, mas todo ello no cambia el hecho que “ la Procuraduría General de la Nación, como para el resto de entes del Estado, independientemente de su naturaleza jurídica, la posibilidad de hacer uso de los nombramientos en provisionalidad responde a la misma razón: *la necesidad de proveer un cargo de carrera mientras se agota el procedimiento necesario para designar de forma definitiva a su titular, con el objeto de no afectar el correcto funcionamiento del Estado.*”

En este orden de ideas, concluye la Corte Constitucional que el retiro de los servidores vinculados mediante nombramiento provisional en cargos de carrera debe constar en acto administrativo debidamente motivado independientemente de la naturaleza jurídica de la entidad.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ibídem. Sentencias SU-250 del 26 de mayo de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero y SU-917 del 11 de noviembre de 2010. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

6.5. Caso concreto

A folio 46 del plenario obra copia del Decreto 2030 de 9 septiembre de 2009, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación nombra en provisionalidad hasta por seis meses al demandante en el cargo de Secretario de la Procuraduría, Código 4SP, Grado 10 de la Procuraduría 54 Judicial II Administrativa de San Andrés y la posesión del mismo efectuada el 01 de octubre de la misma anualidad (folio 47).

Del mismo modo, por medio del Decreto 481 de 24 de febrero de 2010, se nombró en provisionalidad hasta por seis meses al demandante en el cargo de Secretario de la Procuraduría, Código 4SP, Grado 10 de la Procuraduría 54 Judicial II Administrativa de San Andrés(folio48) y la posesión del mismo se efectuó el 5 de marzo de2010 (folio 49)

Mediante el Decreto No. 217 de 31 de agosto de 2010, visto a folio 50 del plenario se prorroga hasta por seis meses el nombramiento en provisionalidad del actor en el cargo de Secretario de la Procuraduría, Código 4SP, Grado 10 de la Procuraduría 54 Judicial II Administrativa de San Andrés.

A través del oficio SG No. 907 del 3 de marzo de 2011, suscrito por la Secretaria General de la Procuraduría general de la nación, se informa al actor el vencimiento del nombramiento en provisionalidad, se solicita hacer entrega del carné que lo acredita como funcionario de la Entidad, de los asuntos a su cargo y solicitar en la Oficina de Salud Ocupacional el examen médico de retiro. (folio 51).

Por medio del oficio No. 000958 del 4 de enero de 2012, el Jefe de División Gestión Humana visible a folios 41 a 45, se informa entre otras cosas que durante el periodo comprendido entre el 3 de marzo de 2011 hasta la fecha de expedición del oficio no se ha realizado concurso alguno para proveer el cargo de Secretario de la Procuraduría, Código 4SP, Grado 10 de la Procuraduría 54 Judicial II Administrativa de San Andrés., de igual forma que el actor a la fecha no registra sanciones o inhabilidades vigentes.

Ahora bien, efectivamente se ha constatado que los nombramientos y posteriores prórrogas del nombramiento provisional se realizaron bajo los parámetros del artículo 188 del Decreto 262 de 2000, antes citado, no obstante la terminación de

dicho nombramiento, por no obedecer a nombramiento en propiedad de quien realizó el concurso respectivo debió realizarse a la luz de los postulados de la sentencia SU 917 de 2010¹⁸, puesto que el sentido y propósito de la norma no es ir cambiando de empleado una vez se finalice el termino otorgado por la ley para prorrogar el nombramiento, tampoco realizar nombramientos indefinidos, sino que propende por imponer a la entidad la obligación de realizar de manera pronta todos los trámites necesarios para la provisión definitiva del cargo. Tal como lo ha señalado la H. Corte constitucional:

“El ingreso y la salida del funcionario nombrado en provisionalidad no puede analizarse de manera aislada, sino conjuntamente con las demás normas del decreto 262 de 2000, en virtud de las cuales el nombramiento en provisionalidad se justifica en que un cargo de carrera no ha sido aún proveído por concurso y por ello está íntimamente ligado con la realización del mismo.

Por lo anterior, siendo el funcionario nombrado en virtud del artículo 188 del decreto 262 de 2000 un empleado en provisionalidad y no una categoría distinta de servidor público, su desvinculación depende de las reglas generales sobre provisionalidad reconocidas por la jurisprudencia de esta Corporación y señaladas en la sentencia SU 917 de 2010”

(...)

“En este sentido, para la desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación no basta con el cumplimiento del plazo de seis (6) meses contemplado en el decreto 262 de 2000 si dentro del mismo no se seleccionó por concurso a un funcionario que lo reemplace, tal como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación, más aun si el nombramiento es prorrogado, no una sino más de quince (15) veces de manera continua; salvo que la decisión de desvinculación se motive en una razón específica atinente al servicio que está prestando.

Por lo anterior, la motivación debe cumplir con el principio de razón suficiente, es decir, que en el acto administrativo se observen con claridad y detalle “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”.¹⁹

¹⁸“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”. 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”.

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”.

¹⁹Corte Constitucional sentencia T-417 de 2013, Magistrado Ponente JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, y estando demostrado que el acto administrativo por medio del cual se dio conocer la voluntad de la administración de retirar del servicio al demandante, no fue motivado se impone necesariamente la revocatoria de la sentencia apelada y en su lugar se declarará nulo el acto demandado, se ordenará el reintegro al cargo que venía desempeñando al momento de su retiro y se efectúe el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta el momento de su efectivo reintegro; advirtiéndole que el reintegro sólo procederá si el cargo que desempeñaba el actor no ha sido provisto. De haber sido así, sólo será procedente el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación del actor hasta la fecha de provisión del cargo.

En este sentido se ordenará que el cumplimiento de la sentencia se ejecutará con arreglo a los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A.

Por último, y en atención al oficio No. 1749 recibido el 27 de agosto de 2012, proveniente del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés Islas, en el cual se solicitó el embargo de créditos o derechos litigiosos que le pudieran corresponder al accionante, el Tribunal toma atenta nota de lo dispuesto en el oficio mencionado y en consecuencia se dispondrá que por secretaría se le comunique el contenido de la parte resolutive de la presente sentencia al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés Islas y a la Procuraduría General de la Nación.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

REVÓQUESE la sentencia de 6 de febrero de 2013 proferida por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLÁRESE la nulidad dela Comunicación SG 907 del 3 de marzo de 2011 emitida por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación mediante la cual se informó al señor SAMIR IVAN DÍAZ VILLALBA que en virtud del vencimiento del término del nombramiento provisional hiciera entrega del cargo, del carné que lo acreditaba como funcionario de la entidad y procediera a solicitar el examen médico de retiro.

SEGUNDO: ORDÉNESE a la Procuraduría General de la Nación, a título de restablecimiento del derecho, que reintegre al accionante al cargo que desempeñaba al momento de su retiro y efectúe el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta el momento de su efectivo reintegro; advirtiendo que elreintegro sólo procederá si el cargo que desempeñaba el actor no ha sido provisto. De haber sido así, sólo será procedente el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de la desvinculación del actor hasta la fecha de provisión del cargo.

TERCERO: Désele cumplimiento a esta sentencia con arreglo a los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A.

CUARTO: Por secretaría **COMUNÍQUESE** el contenido de la parte resolutive de la presente sentencia al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés Islas y a la Procuraduría General de la Nación.

QUINTO: No hay lugar a condena en costas.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOEMÍ CARREÑO CORPUS
Magistrada

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado

(IMPEDIDO)
JESÚS G. GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado