



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISIÓN NO. 5
MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Tunja, 11 DIC 2019

Demandante	DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ
Demandado	MUNICIPIO DE EL ESPINO
Expediente	152383333001201700258-01
Medio de control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Tema	Vencimiento término de provisionalidad no es "razón suficiente" para retiro empleados provisionales - Confirma sentencia de primera instancia.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandada (Fls. 402-403) contra la sentencia proferida el por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda (Fls. 389-399).

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (fls. 3-16)

A través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ, presentó demanda en contra del Municipio de El Espino, con el fin de obtener la nulidad del Decreto No. 019 del 24 de mayo de 2017 expedido por el Alcalde de Municipio de El Espino, mediante el cual, se declaró la terminación de la provisionalidad, en el cargo que desempeñaba.

Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicitó, se ordene al Municipio de El Espino a reintegrar a la señora DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ, en el mismo cargo que venía desempeñado, en idénticas condiciones a la que tenía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría.

Solicitó igualmente que, se condene a la entidad demandada al pago de los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir desde la fecha de su ilegal desvinculación y hasta que se produzca su reintegro. Para los efectos de prestaciones sociales en general, se declarará que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio por parte de la demandante.



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

Finalmente pidió, que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.1 Hechos. (fls. 3-5)

Los hechos en que se fundamenta la demanda son, en síntesis, los siguientes:

La señora DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ, se vinculó con el Municipio de El Espino para desempeñar el cargo de Psicóloga (Profesional código 219 grado 2) adscrita a la Comisaria de Familia, mediante nombramiento provisional, tomando posesión del cargo el 29 de mayo de 2012.

Mediante Decreto No. 019 del 24 de mayo de 2017 expedido por el Municipio demandado, resolvió desvincular del cargo a la señora RAMOS DÍAZ, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, sustituido por el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto único reglamentario 1083 de 2015, que dispone que antes de cumplirse el término de duración del encargo, la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Adujo que el Decreto 019 de 2017, puede entenderse motivado cuando las calidades del empleado que se nombra, permitan ver sin mayor dificultad que el servicio que se pretende prestar con el nombramiento se encontrará mejor garantizado y cuya eficiencia será superior al estado en que se encontraba, es decir que, el remplazo no tendrá otra finalidad que el mejoramiento de la función pública.

En este caso, la desvinculación de la demandante, se di por cumplirse el término de duración de la provisionalidad, argumentos que no corresponde a la realidad, atendiendo a que a la fecha de presentación de la demanda no se había efectuado ningún nombramiento en el referido cargo, existiendo efectivamente un desmejoramiento del servicio.

Por lo anterior, la señora DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ debía permanecer en provisionalidad, hasta tanto se proveyera el concurso en carrera de psicóloga de la Comisaría de Familia de El Espino, y no ser desvinculada como lo realizó el ente demandado, es decir, justificando su decisión en ña terminación de la



492

Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

prórroga de los seis meses, y por ello es claro que existió una indebida motivación del acto administrativo contenido en el Decreto No. 019 del 24 de mayo de 2017 que declaró la insubsistencia.

1.2 Normas violadas y concepto de la violación

El demandante considera que con la expedición del acto administrativo demandado, se vulneraron las siguientes normas: 1, 2, 6, 13, 25, 29, 42, 43, 53, 90, 124 y 125 de la Constitución Política de Colombia; Leyes 909 de 2004 y 443 de 1998.

Aduce que constitucionalmente es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de mérito respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario, circunstancia que para este caso no se cumplió.

2. LA CONTESTACIÓN (Fls. 95-189)

Dentro del término establecido para ello y a través de apoderado judicial, la entidad demandada se opuso a todas las pretensiones de la demanda, en consideración a los siguientes argumentos:

Luego de hacer alusión a diferentes sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, adujo que ambas corporaciones manejan la misma postura y criterio jurídico, bajo el cual, no cabe duda que en vigencia de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, compilado por el Decreto 1083 de 2015, la motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, debe estar motivado, lo cual no está en discusión en este caso.

No obstante, el objeto del litigio que verdaderamente se está debatiendo en el *Sub iudice*, radica en determinar si, el hecho de aducir como motivación del acto de desvinculación el vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad que es de 6 meses o de sus prórrogas, puede ser considerada como una razón suficiente que mantenga incólume la presunción de legalidad del acto acusado, o por el contrario, no sea tal que ineluctablemente deba



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

desaparecer del ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, y tomando en consideración que no existe una posición uniforme al interior de la Corporación de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y que la Corte Constitucional ha mantenido incólume la posición frente al caso particular, en cuanto a que el vencimiento del término del nombramiento es motivación suficiente para la desvinculación de un empleado en condición de provisionalidad, la entidad accionada procedió a realizar un análisis respecto de la prevalencia del precedente de esta última, llegando a la conclusión que es el precedente constitucional el que debe ser aplicado para resolver el presente asunto.

Así las cosas, concluyó la demandada que de conformidad la jurisprudencia de la Corte Constitucional no se violaron las normas que se citan como vulneradas, pues de un lado, el acto administrativo se expidió de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente y con plena observancia del precedente judicial aplicable, máxime si se tiene en cuenta la apoderada de la parte actora no allegó ningún medio de prueba con el que acreditara la configuración de las causales invocadas y en esas condiciones el juez administrativo no puede hacer una confrontación para determinar si mantiene o no la legalidad el acto.

En ese orden de ideas, no pueden ser de recibo los argumentos esbozados en el acápite de concepto de la violación, por cuanto, conforme a la obligación de motivar el acto de desvinculación de empleados en provisionalidad y teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Constitucional y también la del Consejo de Estado, en cuanto a que la terminación del nombramiento en provisionalidad es razón suficiente para que sea legítima la referida desvinculación, es claro que el acto demandado está debidamente motivado y por tal razón no puede ser declarada su nulidad.

3. LA PROVIDENCIA APELADA (Fls. 389-399)

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Duitama, en sentencia de primera instancia proferida el 31 de mayo de 2019, accedió a las pretensiones de la demanda, en cuya parte resolutive indicó lo siguiente:

“(...) PRIMERO. – Declarar la nulidad del Decreto 019 del 24 de mayo de 2017, expedido por el Alcalde del Municipio de El Espino, mediante el cual, se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora DIANA MARÍA



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

RAMOS DÍAZ (...) en el cargo de Profesional Universitario, Psicólogo, Código, Código 2019, grado 02 de la Comisaria de Familia de El Espino.

SEGUNDO. CONDENAR a título de restablecimiento del derecho, al municipio del El Espino – Boyacá, a pagar a la señora DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ todos los salarios y prestaciones sociales a que tenga derecho desde la fecha en que fue desvinculada del cargo hasta el momento de ejecutora de esta providencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses no pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

(...)

TERCERO. Negar las demás pretensiones de la demanda.

(...)"

Para fundamentar su decisión, puso de presente varias sentencias proferidas por el Consejo de Estado, a través de las cuales se analizaron diferentes casos relacionados con la motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad, en las que se observan criterios opuestos, acogiendo finalmente la posición que considera es la que se mas se armoniza con los valores, principios, garantías y derechos que en materia laboral consagra la Constitución Política y que está sustentada en la SU -917 de 2010 mediante la cual, la Corte Constitucional fijó las subreglas que debían aplicar el nominador al expedir el acto administrativo de retiro del servicio del empleado vinculado en provisionalidad.

En esa medida, la Corte Constitucional definió como circunstancias para proceder al retiro del servicio, la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos, la imposición de sanciones disciplinaria, la calificación insatisfactoria, u otra razón específica atinente al servicio prestado o que debía prestarse. Es decir, que para resolver el caso concreto, adujo el *A quo* que, los actos administrativos de retiro del servicio de los funcionarios provisionales, necesariamente deben estar motivados y dicha motivación no puede erigirse tan solo en la finalización del término o prórroga del nombramiento, sino que deben esgrimirse razones de índole objetivo que respalden tales decisiones.

En este asunto, se debe tener en cuenta que tanto en el acto administrativo acusado, como en los argumentos que respaldan la defensa, se alega que la terminación del nombramiento se fundamentó en el contenido del artículo 1º del Decreto 4968 de 2005 y en la comunicación No. 0-2012EE-22885 del 24 de



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 15238333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

mayo de 2012, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es decir, que como nombramiento en provisionalidad debía hacerse por seis meses, vencido ese lapso procedía el retiro del servicio, argumentos de los cuales se apartó el juez de primera instancia.

Lo anterior, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 y teniendo en cuenta las subreglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional y la jurisprudencia del consejo de Estado, el nombramiento en provisionalidad se extiende en principio, hasta cuando se efectuó el nombramiento en periodo de prueba, y en los casos de vacancia temporal hasta cuando finalice la situación administrativa que le dio origen, luego el argumento según el cual, el retiro del servicio se fundamenta en la finalización de la prórroga de seis meses del nombramiento, no consulta los postulados constitucionales y legales que se han analizado.

En lo que se refiere a la pretensión de reintegro, puso de presente que mediante el Acuerdo No. 007 de 2008, el Consejo de El Espino – Boyacá, creó la Comisión de Familia. En dicho acuerdo se estipuló que la jornada de funcionamiento sería la provista en el literal b), numeral 1º del artículo del artículo 22 de la Ley 909 de 2004, esto es, de medio tiempo, aspecto que quedó consignado en el acto de nombramiento de la demandante, es decir, el Decreto 023 de 2012, horario que no se compadece con las previsiones del artículo 87 de la Ley 1098 de 2006 que consagra la atención en las Comisarias de Familia debe ser permanente.

En tales condiciones, consideró el juez de instancia que, si se llegara a ordenar, se incurriría en un desconocimiento a la prohibición consagrada en el artículo 128 de la Constitución Política, según el cual, “nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un cargo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, pues se acreditó la existencia de un convenio de asociación, entre los municipios de Guacamayas y El Espino, en los términos del párrafo 1 del artículo 84 de la Ley 1098 de 2006, hipótesis en la cual la misma persona podría prestar el servicio en las dos municipalidades.

Luego como en el proceso con Radicado 15238-33-33-001-2017-00257-00, se ordenó el reintegro de la demandante al cargo de Profesional Universitaria (Psicóloga) en la Comisaria de Familia del Municipio de Guacamayas, decisión



494

Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

que se adoptó teniendo en cuenta el orden cronológico tanto del nombramiento como de la desvinculación del servicio del servicio, es evidente que, en este caso solo procede el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales a que tenga derecho.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Dentro de la oportunidad para ello, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque la misma, para lo cual argumentó lo siguiente (CD Fls. 403):

Desconocimiento del precedente judicial de la Corte constitucional y el Consejo de Estado.

El fallo de primera instancia se fundamentó en las sentencias SU- 917 de 2010 de la Corte Constitucional y la proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 19 de agosto de 2018 en el expediente de tutela con número de radicación 11001-03-15-000-2018-00452-01, en la cual se estableció que el vencimiento del término de la provisionalidad, no es razón suficiente para dar por terminado el nombramiento de un funcionario nombrado en provisionalidad.

No obstante, desconoce el *A quo* que con posterioridad a los fallos aludidos, la Sección Primera del Consejo de Estado al resolver una acción de tutela interpuesta contra una sentencia, dictó fallo del 26 de noviembre de 2018, concluyendo que en la sentencia objeto de la tutela no se incurrió en defecto sustantivo, ni se aplicó normas diferentes a las correspondientes para el caso en particular.

En la sentencia que motivó la acción de tutela, se analizó lo relacionado a la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado en provisionalidad cuando tal motivación se basa en el vencimiento del término para el cual fue designado el funcionario, señalando que dicha posibilidad resulta admisible siempre y cuando esta situación se encuentre expresamente reglada por la ley o una motivación constitucionalmente admisible, como por ejemplo, la provisión definitiva del cargo, calificación insatisfactoria o el vencimiento del periodo por el cual ha sido designado, siempre que la ley establezca esa posibilidad.



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

Adicionalmente, luego de hacer un análisis de los diferentes criterios adoptados sobre la motivación de los actos de retiro de empleados provisionales, concluyó respecto de la postura consistente en tener como razón suficiente el vencimiento del término de la provisional, que es la acogida por las secciones primera, Segunda y cuarta del Consejo de Estado, mientras que la sección quinta no la acepta.

Es de anotar que son más las providencias que sí reconocen el vencimiento del término de la provisionalidad como razón suficiente para desvincular a un funcionario que ocupe un empleo de carrera, lo que nos indica que en el presente debe acogerse la tesis mayoritaria acogida por las Secciones Primera, Segunda y Cuarta del Honorable Consejo de Estado, aunado a que dicha tesis ya fue objeto de revisión por parte de la Honorable Corte Constitucional en sentencia T – 407 del 4 de agosto de 2016, la cual se erige como un precedente vertical de obligatorio cumplimiento en el presente evento, respecto del cual no hubo pronunciamiento por parte del Juez de Primera instancia.

Así las cosas, ante la disparidad de criterios y en aras de garantizar el principio de la seguridad jurídica y el respeto al precedente judicial vertical de obligatorio cumplimiento, consideró el apelante que debe acogerse la tesis mayoritaria, aceptada por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional a la cual ya se hizo alusión, y ha sido objeto de **REVISIÓN** por parte de la Honorable Corte Constitucional en sentencia T – 407 DEL 4 DE AGOSTO DE 2016, habida consideración que dicho precedente judicial ha sido expedido por quien, por mandato Constitucional es la encargada de garantizar la guarda de la supremacía de la Constitución Política.

5. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el traslado para presentar alegatos de conclusión, las partes se pronunciaron dentro de la oportunidad y de la siguiente forma:

5.1 Parte demandante (Fls. 421 -422)

Precisó que la sentencia emitida por el juzgado Primero Administrativo de Duitama de fecha 31 de mayo de 2019, contiene un estudio minucioso frente a



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

hechos y pretensiones que fueron formuladas, así como el estudio respecto a la contestación de la demanda y correspondientes alegaciones que en tiempo las partes formularon.

Las pretensiones fueron acogidas en la medida en que para el juez de primera instancia fue claro que existió ausencia de motivación en el acto administrativo demandado contenido en el Decreto 019 de 24 de mayo de 2017, pues tal motivación supone la sujeción al principio de legalidad, al ser la forma en la administración da cuenta a los administrados, de las razones que la llevan a su proceder en determinada manera.

5.1 Parte demandada (Fls. 423-481)

El apoderado del ente territorial demandado, realizó un recuento jurisprudencial respecto del tema objeto de la controversia y reiteró⁴⁸²- que con fundamento en dichos pronunciamientos quedó absolutamente acreditado que el hecho de no contener el acto administrativo un plazo determinado de duración, no le resta legitimación o competencia funcional al nominador para aplicar la norma que establece que dicho nombramiento no puede exceder de 6 meses.

5.2. Ministerio Público (fls. 482-486)

El representante del Ministerio Público, emitió concepto No. 120 de 2019, a través del cual, solicitó a esta Corporación, confirmar a sentencia apelada, con fundamento en lo siguiente:

Para la Corte Constitucional la motivación de los actos administrativos tiene fundamento en el principio de publicidad establecido por el artículo 209 de la Constitución Política, como uno de los principios que orientan la función administrativa. Particularmente, la motivación es aquella en la que se plasman las razones de hecho y de derecho que dan lugar a la decisión que se expide.

A partir de lo anterior, puede afirmarse que los actos administrativos deben estar motivados expresando las disposiciones normativas y las razones de hecho que dieron lugar a la decisión que se adopta.



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

Para establecer si se incurre en esta causal de nulidad del acto administrativo, se hace necesario examinar los antecedentes fácticos y jurídicos del mismo, para llegar a la concluir que existe una incongruencia entre los motivos invocados por el funcionario y la decisión final. Así, habrá falsa motivación cuando al analizar el acto administrativo se evidencia la divergencia entre la realidad fáctica y/o jurídica con los motivos esgrimidos en el acto administrativo.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que: (i) la falsa motivación puede estructurarse cuando en las consideraciones que contiene el acto, se incurre en un error de hecho o de derecho, ya sea porque los hechos aducidos en la decisión son inexistentes o, cuando existiendo éstos son calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, y (ii) quien impugna un acto administrativo bajo el argumento de encontrarse falsamente motivado, tiene la carga probatoria (*onus probandi*) de demostrarlo, dado que sobre los actos de la administración gravita una presunción de legalidad que debe ser desvirtuada por quien pretenda impugnarlos.

Además también se puede afirmar que los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son: i) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta; ii) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y iii) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideró el Agente del Ministerio público que, el acto administrativo acusado se encuentra incurso en causal de nulidad por cuanto la motivación del acto está cimentada en el vencimiento del término de la prórroga del nombramiento, razón que, como se acotó en apartes anteriores, no tiene la entidad o virtualidad suficiente para fundamentar jurídicamente la decisión del retiro del servicio del demandante.



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

II. CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO.

Se contrae en determinar la ilegalidad o legalidad del Decreto No. 019 de 24 de mayo de 2017 suscrito por el Alcalde del Municipio de El Espino, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento de la señora, DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ en el cargo de Psicóloga, Código 219, grado 02, nivel Profesional en la modalidad de medio tiempo, aduciendo como razón para fundamentar la decisión el vencimiento del término para el cual fue nombrada.

2. TESIS DEL CASO SUB EXÁMINE

De acuerdo a lo anterior, la Sala concreta las tesis argumentativas del caso para dirimir el objeto de la Litis, e igualmente anuncia la posición que asumirá así:

- Tesis argumentativa propuesta por la *A quo*.

Consideró que le asiste razón a la parte demandante en sus pretensiones, pues tal como lo ha sostenido la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, el solo vencimiento del termino para el que fue efectuado un nombramiento en provisionalidad, no constituye razón suficiente para dar por terminado el mismo toda vez que en la motivación se deben citar razones propias del servicio.

Lo anterior, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 y teniendo en cuenta las subreglas jurisprudenciales fijadas por la Corte Constitucional y la jurisprudencia del consejo de Estado, el nombramiento en provisionalidad se extiende en principio, hasta cuando se efectuó el nombramiento en periodo de prueba, y en los casos de vacancia temporal hasta cuando finalice la situación administrativa que le dio origen, luego el argumento según el cual, el retiro del servicio se fundamenta en la finalización de la prórroga de seis meses del nombramiento, no consulta los postulados constitucionales y legales que se han analizado.

- Tesis del apelante- parte demandada.



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 15238333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

Luego de hacer un análisis de los diferentes criterios adoptados sobre la motivación de los actos de retiro de empleados provisionales, señaló respecto de la postura consistente en tener como razón suficiente el vencimiento del término de la provisional, que es la acogida mayoritariamente por las secciones primera, Segunda y cuarta del Consejo de Estado, en tanto que la sección quinta no la acepta.

Así las cosas, ante la disparidad de criterios y en aras de garantizar el principio de la seguridad jurídica y el respeto al precedente judicial vertical de obligatorio cumplimiento, consideró el apelante que debe acogerse la tesis mayoritaria, aceptada por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional a la cual, se hizo alusión.

- **Tesis de la Sala**

La señora DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ se encontraba desempeñando en provisionalidad el cargo de Profesional Universitario, Código 219 grado 02 como Psicóloga de la Comisaría de Familia del Municipio de El Espino. En este orden de ideas, considera la Sala que el acto administrativo a través del cual se dio por terminado su nombramiento y que motivó el presente proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, estaba gobernado por el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en el entendido que, las causales de retiro de un empleado que desempeñe un empleo de carrera en provisionalidad, están previstas en su artículo 41, y el empleador sólo puede darlos por terminados mediante acto motivado.

Respecto a las razones de la motivación del acto administrativo que dispone el retiro del servicio de los empleados con nombramiento en provisionalidad, el Consejo de Estado ha señalado que ésta debe atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario. A su vez, la Corte Constitucional ha utilizado al principio de "*razón suficiente*" para analizar el contenido del acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, entendiendo por tal criterio que el acto administrativo de retiro del servicio debe expresar las circunstancias particulares y concretas, tanto de hecho como de derecho, por las cuales se decide declarar la insubsistencia de un nombramiento provisional, en forma clara, detalladas y precisas.



Demandante: Diana María Ramos Díaz
 Demandado: Municipio de El Espino
 Expediente: 15238333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

En consecuencia, no corresponde a una decisión objetiva y conforme a los intereses generales el retiro por el vencimiento de término.

Para efectos de absolver los interrogantes jurídicos planteados, comenzará la Sala por analizar i) marco Jurídico y Jurisprudencial; ii) Normas aplicables en materia de empleados vinculados en provisionalidad; iii) De la motivación del acto de retiro de los empleados vinculados en provisionalidad; iv) Caso Concreto.

3 Marco Jurídico y Jurisprudencial.

Como primera medida, es importante precisar que para la fecha en que se produjo la terminación del nombramiento provisional del actor en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 407, grado 01, esto es, el 02 de febrero de 2017¹, ya se encontraba vigente la Ley 909 de 2004, reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, norma que indica en su artículo 1º que los empleos que hacen parte de la función pública son: i) los empleos públicos de carrera, ii) los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, iii) los empleos de período fijo y iv) los empleos temporales.

3.1 Normas aplicables en materia de empleados vinculados en provisionalidad.

La Constitución Política estableció en el artículo 125 el régimen de carrera administrativa como el mecanismo para el ingreso y desempeño de cargos públicos en los órganos y entidades del Estado, salvo las excepciones legales; en efecto indica el mencionado artículo:

"Artículo.- 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que file la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. En 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 y la Ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción".

¹ Ver folio 41 Decreto 012 de 2017 "por medio del cual se termina un nombramiento en provisionalidad"



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

(Destacado por la Sala)

A su turno, el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, respecto de la carrera administrativa estableció:

"Artículo 27. Carrera Administrativa. La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna". (Destacado por la Sala)

Por su parte, el artículo 9° del Decreto 1227 de 2005, dispuso que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron. Igualmente, en el párrafo transitorio del artículo 8°, dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin convocatoria previa a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad **o por razones de estricta necesidad del servicio; encargo o nombramiento provisional que no puede superar los 6 meses,** término dentro del cual se debe convocar a concurso, reiterándose que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

Seguidamente, el mencionado Decreto fue modificado por el **Decreto 3820 de 2005**, en el que se estableció que la prórroga de las citadas figuras se hará hasta que se superara las circunstancias de su origen, con la autorización previa de la CNSC, siendo dicha disposición igualmente modificada por el **Decreto 1937 de 2007**, en el que se amplió el espectro de la prórroga, en el sentido de no requerirse autorización de la CNSC para proveer vacancias temporales de empleos de carrera. Sin embargo, con la expedición del **Decreto 4968 de 2007**, se dispuso que le corresponde a la CNSC, resolver las peticiones de autorización **para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, término dentro del cual si no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entiende**



Demandante: Diana María Ramos Díaz
 Demandado: Municipio de El Espino
 Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

prorrogado o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

Es importante aclarar que previamente a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, el nombramiento en provisionalidad tenía unos procesos específicos señalados en el artículo 8 y s.s. de la Ley 443 de 1998, y las disposiciones reglamentarias contenidas en los artículos 107 del Decreto 1950 de 1973 y 7º del 1572 de 1998, permitían separar del cargo a los servidores de manera discrecional.

Sin embargo, en vigencia de la Ley 909 de 2004, las causales de retiro de un empleado que desempeñe un empleo de carrera en provisionalidad, están previstas en su artículo 41, y el empleador sólo puede darlos por terminados mediante acto motivado, tal como lo establece esta disposición en su parágrafo 2º, así:

- 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) **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;*
- 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;*
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5º 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 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. (Negrilla fuera de texto)

En igual sentido, el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

909, señaló lo siguiente:

“Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”. (Negrilla y subrayado fuera del texto)

Nótese como esta disposición modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen.

3.2. De la motivación del acto de retiro de los empleados vinculados en provisionalidad.

La desvinculación de los empleados vinculados con nombramiento en provisionalidad, particularmente en lo que tiene que ver con la necesidad o no de motivar el acto administrativo que así lo disponga, previo a la expedición de la Ley 909 de 2004, estuvo marcada por la disparidad de criterios entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado.

En efecto, mientras la Corte Constitucional de manera constante y reiterada sostenía que el empleado vinculado en provisionalidad, gozaba de una estabilidad relativa lo cual implicaba que el acto administrativo que disponía su vinculación debía necesariamente estar motivado, buscando diferenciar lo arbitrario de lo discrecional. Así por ejemplo, en la sentencia de unificación SU- 917 de 2010, la Corte indicó:

“(...) El derecho a la motivación de los actos administrativos no existe por la pertenencia a un cargo de carrera sino por el hecho de no haber sido excluidos de ese deber por el Legislador. Además, ello es una garantía derivada del derecho fundamental al debido proceso -predicable tanto de actuaciones judiciales como administrativas-, del respeto al Estado de derecho, del principio democrático y del principio de publicidad como canales para controlar los eventuales exceso de la Administración, entre otros preceptos constitucionales (...)”. (Destacado por la Sala

Esta tesis ha sido reiterada en diferentes oportunidades por la Corte Constitucional”, una de las cuales, la sentencia T-147 de 2013, indicó:

“(...) La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

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". 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 celeridad.

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

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 de hecho de pertenecer a un cargo de carrera.

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 periodo 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 remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación (...)" (Destacado por la Sala) (...).

A su turno el Consejo de Estado, si bien en un primer momento sostuvo la tesis según la cual los servidores que se encontraban nombrados en provisionalidad podían ser desvinculados mediante acto administrativo no motivado, teniendo como soporte legal las normas anteriores a la Ley 909 de 2004, particularmente los artículos 13 y 30 de la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, lo cierto es que en la actualidad la posición jurisprudencial pacífica y constante, es la contraria, es decir, los servidores públicos que se encontraban nombrados en provisionalidad, a efectos de su desvinculación, debe realizarse a través de acto administrativo motivado.

Ahora bien, como consecuencia del cambio normativo, el Consejo de Estado en providencia del 23 de septiembre de 20105, precisó el alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario No. 1227 de 2005, respecto al retiro de los servidores vinculados en provisionalidad:



Demandante: Diana María Ramos Díaz

Demandado: Municipio de El Espino

Expediente: 152383333001201700258-01

Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

"(...) 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 párrafo 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, 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 párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos 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 (...)" (Destacado por la Sala)

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

Ahora bien, teniendo en cuenta que tal como se ha indicado en precedencia, la controversia en este asunto se refiere concretamente a la razón o justificación del acto administrativo que resolvió el retiro del demandante, esto es, el vencimiento del término por el cual se realizó su nombramiento, es importante mencionar que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, se han pronunciado en diferente sentido respecto de si es procedente tomar como justificación válida o razón suficiente el solo hecho de la terminación de plazo o término del nombramiento provisional, o si por el contrario, la motivación debe obedecer a otras razones que tienen que ver directamente con el servicio.



800

Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª Instancia

Así por ejemplo, en sentencia T- 753 de 20 de septiembre de 2010, con ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo expuso, que las desvinculaciones de quienes desempeñan cargos en provisionalidad deben ser motivadas y que el vencimiento del término establecido en el nombramiento provisional constituye una razón del acto administrativo. En este sentido señaló:

“(…) Acorde con las consideraciones generales de la presente sentencia, el propósito que persiguen los preceptos Constitucionales y legales, con relación a la motivación de los actos administrativos que deciden la terminación de los nombramientos en provisionalidad, es proteger el derecho fundamental al debido proceso y el derecho a la defensa.

La Procuraduría General de la Nación, mediante la comunicación ya referenciada, le informó al Señor Gustavo Andrés Becerra Mejía, los motivos por los cuales no se renovarían su nombramiento en la entidad, en los siguientes términos *"Ante el vencimiento del término previsto de su nombramiento en provisionalidad, que tendrá lugar el próximo 29 de octubre de 2009, comedidamente le solicito hacer entrega de su cargo al jefe inmediato"*.

En el caso bajo revisión se evidencia que, en la práctica, la entidad accionada aplicó el precitado postulado constitucional, por cuanto, mediante la comunicación SG No. 5344, de manera muy breve y sumaria indicó las razones por las cuales se terminaba el nombramiento en provisionalidad.

Para la Sala dicha comunicación constituye un acto administrativo, cuyo objeto fue producir efectos jurídicos tendientes a desvincular a un funcionario público que estaba en la entidad en un cargo de carrera administrativa en calidad de provisional. Lo que indica que en el presente caso la acción de tutela es improcedente para obtener la motivación de un acto administrativo, como quiera que al actor le informaron que las razones por las cuales terminaba su vinculación, obedecieron al vencimiento del término de 6 meses, establecido en el decreto de nombramiento provisional que efectuó el organismo de control.

Por lo anterior y, si lo considera pertinente, el demandante bien puede acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a dirimir la controversia que plantea relacionada con la decisión de la entidad accionada de desvincularlo, a fin que se juzgue si dicho acto se ajustó o no al ordenamiento jurídico.

(...)."

Por su parte, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado² en sentencia de tutela proferida el 30 de mayo de 2014, interpuesta contra decisiones judiciales que negaron las pretensiones del demandante tendientes a la nulidad del acto administrativo de retiro del servicio, negó la tutela de los derechos invocados, en consideración a que era fundamento válido del acto

² Consejo de Estado radicada bajo el número 11001-03-15-000-2014-0082400 (AC), promovida por Bárbara Aurelina Bejarano Navarro contra el Tribunal Administrativo del Chocó. MP. Alfonso Vargas Rincón



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 15238333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

administrativo de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad, el vencimiento de los términos.

En oposición con lo anterior, una de las primeras decisiones de la Sección Segunda del Consejo de Estado que se refirieron a la ilegalidad de la insubsistencia con fundamento en el vencimiento de los términos del nombramiento en provisionalidad se encuentra en la sentencia proferida el 26 de junio de 2008³, con ocasión de la demanda de nulidad de la Resolución N° 0352 del 14 de marzo de 2001, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 1 de la planta de personal de la Administración Central del ente territorial por la superación del término legal de nombramiento en calidad de provisionalidad según el artículo 5^o del Decreto 1572 de 1998.

En dicha providencia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que los nombramientos así efectuados atendían una situación administrativa transitoria mientras se proveía el cargo a través de concurso de méritos que debía realizar la Comisión Nacional del Servicio Civil, pero la perentoriedad en las provisionalidades según el Decreto 1572 de 1998, tenía como finalidad la prestación del servicio en tanto se agotara el proceso de selección a través de un concurso de méritos, así como evitar la dilación indefinida de nombramientos que desconocieran el artículo 125 Superior. Así las cosas, consideró que el vencimiento del término del nombramiento en provisionalidad constituía una falsa motivación, en tanto el cargo no podía proveerse a través de un concurso de méritos.

Del mismo modo, la referida corporación, ha señalado que la razón o motivación que sustenta el acto administrativo de retiro de un empleado provisional, debe atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario; en efecto la Alta Corporación, señaló:

"(...) Ahora bien, frente al contenido de la motivación correspondiente, puede entenderse de las providencias previamente reseñadas que esta no puede ser arbitraria, y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

³ Radicado número 68001-2315-000-2001-01916-01(0606-07) Acto Fabio Alexander Ordoñez Amaya, demandado Municipio de Bucaramanga



Demandante: Diana María Ramos Díaz
 Demandado: Municipio de El Espino
 Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia del contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda de nulidad el acto. Dijo la Corte:

*"(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra atiente al servicio que está prestando y deberá prestar el funcionario concreto".
 (...)"*

En este punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política, por ello, la motivación en caso de retiro de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional).

A su vez, la Corte Constitucional, en el pronunciamiento unificatorio aludido, es decir, SU-917 de 2010, se refirió al contenido de la motivación aduciendo para el efecto lo siguiente:

"(...) 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 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 (...)"

Adicionalmente, indicó la Alta Corporación que:

"Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurriría 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"



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

La Corte Constitucional igualmente, ha utilizado al principio de "*razón suficiente*" para analizar el contenido del acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad.

Expresamente sostuvo:

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 predicán directamente de quien es desvinculado"⁶³. 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"⁶⁴. (Subraya la Sala)

El anterior criterio fue ratificado en en la sentencia T-407 del 4 de agosto de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Allí se recogió lo dicho por la misma Corte en oportunidades anteriores. De ese modo, se concluyó que el término bajo análisis implica que el acto administrativo de retiro del servicio exprese las circunstancias particulares y concretas, tanto de hecho como de derecho, por las cuales se decide declarar la insubsistencia de un nombramiento provisional, en forma de explicaciones claras, detalladas y precisas, así:

Así las cosas, en la sentencia SU-917 de 2010 esta Corte sostuvo que un acto está debidamente motivado siempre y cuando en él esté incorporada una "razón suficiente" del despido o terminación. Pero, ¿qué significa que exista una "razón suficiente"?

En la misma decisión, esta Corporación puntualizó que "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 predicán directamente de quien es desvinculado".

Entonces, "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". Eso significa razón suficiente (...)" (Destacado por la Sala)



Demandante: Diana María Ramos Díaz
 Demandado: Municipio de El Espino
 Expediente: 15238333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que si bien, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional admiten sin discusión alguna la necesidad de motivación del acto de desvinculación con fundamento en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, lo cierto es que, no hay uniformidad sobre su contenido en relación con el vencimiento del término. Entonces, debe esta Sala adoptar una de las dos tesis para resolver el caso.

Para el efecto, es importante mencionar que este Tribunal en providencia del 23 de marzo de 2017, sostuvo que⁴, el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, que establece que *"Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, el nominador por resolución motivada podrá darlos por terminados"*, debe ser interpretado de conformidad con los principios constitucionales que rigen el Estado Social de Derecho y la teleología que informa el servicio público, de manera que si al vencerse el término del nombramiento no hay provisión definitiva porque no se ha realizado el concurso de mérito o no se ha expedido la lista de elegibles y el cargo ha sido desempeñado por una persona idónea, con las aptitudes y requisitos exigidos por la ley, con moralidad, imparcialidad, así como un desempeño satisfactorio, no corresponde a una decisión objetiva y conforme a los intereses generales el retiro por el vencimiento de término.

Más recientemente en providencia de 4 de abril de 2018, con ponencia del Dr. Fabio Iván Afanador García, señaló *"los motivos que soporten el retiro de un empleado vinculado en provisionalidad en un cargo escalafonado, no pueden responder a argumentos superficiales o vanos que carezcan de comprobación, en cambio debe tratarse de razones viables y posibles de constatarse o verificarse, es decir, que estén precedidas de soporte fáctico, para determinarse con ello que contienen motivos reales y válidos que ameritan la decisión de la administración de separar el funcionario nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera administrativa"*.⁵ (Destacado por la Sala)

⁴ Sentencia del 23 de marzo de 2017 Expediente No. 1500133330062013 00006-01 Municipio de Garagoa. MP. Dra. Clara Eliza Cifuentes Ortiz

⁵ Tribunal Administrativo de Boyacá, M. P. Fabio Iván Afanador García. Sentencia del 4 de abril de 2018. Exp. No. 2009-00200-01.



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 15238333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

En consecuencia, es claro que después de la sentencia SU-917 de 2010, la Corte Constitucional modificó su jurisprudencia sobre la razón suficiente del acto administrativo, en el sentido de exigir un contenido material que atienda de forma idónea los requerimientos del Estado Social de Derecho y de limitar la arbitrariedad en las decisiones de desvinculación de servidores que desempeñan empleos en provisionalidad.

En efecto, el acto de retiro que se fundamenta en el vencimiento del término, constituye una referencia acerca de la naturaleza provisional del nombramiento y no atiende las finalidades de la función administrativa⁶, pues el legislador al establecer un periodo de tiempo específico en estos eventos, buscó agilizar la provisión de los cargos a través de un concurso de méritos como lo exige el artículo 125 Superior, y no la creación de una nueva forma de vinculación al servicio público y por consiguiente, de desvinculación.

En las anteriores condiciones y por todo lo expuesto anteriormente, la Sala mantiene la tesis jurisprudencial según la cual, no es una razón suficiente del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad que desempeña un cargo que debe ser provisto en carrera, el vencimiento del término.

5. Caso Concreto.

Al proceso fueron allegados los siguientes elementos de prueba que resultan útiles a efectos de resolver los problemas jurídicos planteados:

La Comisión Nacional del Estado Civil, a través de comunicación No. 0-2012EE-22885 del 24 de mayo de 2012, autorizó al Alcalde Municipal de El Espino para proveer mediante nombramiento provisional el empleo de Psicóloga, Código 2019, Grado 02 por un término de 6 meses (fls. 17 y 18).

Por virtud de lo anterior, el Alcalde del Municipio de El Espino expidió el Decreto 029 del 29 de mayo de 2012, a través del cual, nombró a la demandante en provisionalidad en el cargo de Psicóloga, Código 219, Grado 02, en la Comisaria de Familia del citado municipio por un término de seis meses., cargo del cual tomó posesión la misma fecha de sus nombramiento (fls. 19-20 y 21)

⁶ Artículo 229 de la Constitución Política.



Demandante: Diana María Ramos Díaz
 Demandado: Municipio de El Espino
 Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

Mediante Decreto No. 019 de 24 de mayo de 2017, expedido por el Alcalde del Municipio de El Espino, se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad de la señora DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ en el cargo de Psicóloga, Código 219, Grado 02, en la Comisaria de Familia del citado municipio (fls. 22-25). En dicho acto administrativo, se señalaron como razones para tomar tal decisión, las siguientes:

“(…)

9. Que la suspensión de este andamiaje normativo hace imperativo reconocer que ante la inexistencia actual de la obligación que tenía la administración de solicitar autorización a la CNSC, el jefe de cada entidad está en posibilidad de hacer tales nombramientos sin limitaciones diferentes a las previstas en la Ley 909 de 2004.

10. Que mediante Acuerdo No. 007 de 2008, el Honorable Consejo Municipal de El Espino, creó la Comisaria de Familia como una dependencia de la Administración Municipal.

11. Que el Alcalde Municipal, mediante el Decreto 019 de 2008, creó los empleos de Comisario de Familia y Profesional Universitario, bajo la modalidad de medio tiempo, previsto en el artículo 22 de la ley 909 de 2004, catalogándolos como empleos de carrea administrativa.

12. Que mediante comunicación de fecha 24 de mayo de 2012m, la Comisión Nacional del Servicio Civil, autorizó al ejecutivo municipal del el Espino, la Provisión mediante nombramiento provisional, por un término ni superior a seis (6) meses el empleo de Profesional Universitaria (Psicóloga), Código 219,m grado 02 de la planta de la administración municipal de El Espino.

13. Que mediante Decreto No. 023 del veintinueve (29) de mayo de 2012, la señora DIANA MARIA RAMOS DÍAZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.610.133 expedida en Guacamayas, fue objeto de nombramiento provisional en el empleo PSICÓLOGA código 219, Grado 02, del Nivel Profesional, bajo la modalidad de medio tiempo, en la planta de personal del Municipio de El Espino, por el término de 6 meses, contados a partir de la fecha de posesión correspondiente.

14. Que la señora DIANA MARIA RAMOS DÍAZ, tomó posesión del empleo el veintinueve (29) del mayo de dos mil doce 2012, según consta en el acta de posesión.

15. Que de conformidad con la circular No. 003 de junio de once (11) de 2014, a partir del 12 de junio de 2014, las entidades tiene la facultad legal para proveer transitoriamente sus empleos de carrera que se encuentren en vacancia definitiva o temporal, a través del encargo y excepcionalmente a través del nombramiento en provisionalidad, sin necesidad de solicitar autorización.

16. que revisado el acto administrativo de nombramiento contenido en el decreto



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 15238333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

No. 023 del 29 de mayo de 2012, se pudo advertir que la primera prórroga iría desde el día veintinueve (29) de noviembre de 2012 hasta el día veintiocho (28) de mayo de 2013; que su segunda prórroga iría desde el veintinueve (29) de mayo de 2013 hasta el veintiocho (28) de noviembre de 2013; que su tercera prórroga iría desde el veintinueve (29) de noviembre de 2013, hasta el 28 de mayo de 2014; que su cuarta prórroga sería desde el veintinueve (29) de mayo de 2014 hasta el veintiocho (28) de noviembre de 2014; que su quinta prórroga sería desde el veintinueve (29) de noviembre de 2014 hasta el veintiocho (28) de mayo de 2015; que su sexta prórroga iría desde el veintinueve (29) de mayo de 2015, hasta el veintiocho (28) de noviembre de 2015; que su séptima prórroga iría desde el veintinueve (29) de noviembre de 2015 hasta el veintiocho (28) de mayo de 2016; que su octava prórroga iría desde el veintinueve (29) de mayo de 2016 hasta el veintiocho (28) de noviembre de 2016 y su novena prórroga iría desde el 29 de noviembre de 2016 y terminaría el veintinueve (29) de mayo de 2017.

17. Que el Artículo 10° del Decreto 1227 de 2005, sustituido por el artículo 2.2.5.3.4 del decreto único reglamentario 1083 de 2015, sustituido a su vez por el Decreto 648 del 19 de abril de 2017, dispone (...) antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga **del nombramiento provisional, el nominador**, por Resolución motivada, podrá darlos por terminados.

18. Que la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia T-360 del 12 de junio de 2015 confirmó un fallo del Honorable Consejo de Estado, en sede de tutela, sentencia en la cual, el Consejo de Estado negó el amparo, por considerar que el Tribunal accionado se fundamentó en la normativa aplicable al asunto, en las pruebas allegadas al proceso y decidió de conformidad con el precedente judicial que rige la materia objeto de debate, pues la desvinculación de la accionante atendió a lo previsto en el literal n) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que en relación con las casuales de retiro del servicio establece: “por las demás que determine la Constitución política y las leyes” y concluyó sosteniendo: “en consonancia con lo anterior, el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, prevé **“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”** (resalta la Sala) (...)

19. que la honorable Corte Constitucional, en la sentencia T 407 de fecha 4 de agosto de 2017, expedientes T-5.490.947 y T-5.509.816 con ponencia del Honorable Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, frente a la posibilidad de retiro de provisionalidad por vencimiento del término del nombramiento manifestó:

“(…) Recientemente, la Sala Segunda de Revisión profirió la sentencia T-360 de 2015. En dicha decisión se recogieron las principales reglas sobre la obligación que tiene la administración de motivar los actos de desvinculación de funcionarios públicos nombrados en provisionalidad. **De la misma manera, dicha providencia se pronunció sobre la expiración del plazo del cargo como “razón suficiente” para la desvinculación de provisionales.** A continuación la Sala, por considerarlo procedente para la solución del caso y respetando el precedente, reiterará dicha jurisprudencia.

(...)

Como se mencionó en la parte motiva esta providencia, la Corte ha manifestado que las razones que se utilicen para motivar un acto de esta naturaleza, deben estar fundadas en



504

Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 15238333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

hechos comprobables y argumentos constitucionalmente admisibles. Así, estableció que son admisibles razones puntuales como i) la provisión definitiva de un cargo, ii) la imposición de sanciones disciplinarias, iii) la calificación insatisfactoria. **No obstante**, la regla fijada por las sentencias SU-917 de 2010 y reiterada por la T-360 de 2015, también pueden existir otras circunstancias que justifiquen el retiro de otras circunstancias que justifiquen el retiro del cargo que se discute. Tal es el caso de la expiración del plazo en el nombramiento.

Este motivo de desvinculación resulta constitucionalmente admisible a la luz de la jurisprudencia constitucional, específicamente, de las sentencias SU-917 de 2010, T-753 de 2010 y T-360 de 2015. En aquellas decisiones la Corte aceptó que no son causales taxativas los motivos de desvinculación de un cargo en provisionalidad y que, como sucede en este caso, la expiración o el vencimiento del término del contrato resulta razonable a la luz de la Constitucionalidad y vigencia de los derechos fundamentales (...)"

Obra igualmente en el expediente Oficio ALC-DES-2018-153 del 17 de septiembre de 2018, suscrita por el Alcalde Municipal de El Espino, a través de la cual, manifiesta que:

"(...) el cargo de PSICOLOGO ADSCRITO A LA COMISARIA DE FAMILIA, actualmente forma parte de la planta de personal del Municipio de El Espino, para lo cual, se crea acto administrativo de creación de empleo.

2. Con relación a si con posterioridad de la desvinculación de la señora DIANA MARÍA RAMOS DÍAZ, el cargo ha sido provisto, me permito manifestar que a la fecha dicho empleo no ha sido provisto.

3. Por último me permito informar que dicho empleo no ha sido ofertado por el sistema de convocatoria pública de carrera o cualquier otro. (...)" (fl. 306)

CONCLUSIÓN.

Del anterior recuento se desprende que, la única motivación que sirvió como fundamento del retiro de la señora DIANA MARIA RAMOS DIAZ fue el vencimiento del término del nombramiento provisional, aunado a que para dicha fecha, no existía personal inscrito en carrera administrativa para desempeñar el cargo, ni había lista de elegibles vigente, pues, como ya se vio, luego del retiro de la demandante del cargo de Psicóloga, Código 219, Grado 02, en la Comisaria de Familia del municipio de El Espino, no ha provisto, ni ofertado.

Así las cosas y conforme a lo expuesto en párrafos anteriores, para la Sala no resulta razón suficiente en el *Sub lite*, el vencimiento del término del nombramiento de la actora para motivar su retiro del servicio, como quiera que el fundamento del acto administrativo no se relaciona con aspectos atinentes con la prestación de servicio. Adicionalmente, es preciso advertir que, en la hoja de vida



Demandante: Diana María Ramos Díaz
Demandado: Municipio de El Espino
Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

del demandante visible a folios 190 a 297 del plenario, no se observa constancia ni registro alguno de prestación deficiente del servicio, ni mucho menos se evidencian llamados de atención alguno o sanciones por faltas disciplinarias.

Es claro entonces, que el incumplimiento del deber de motivar en debida forma los actos administrativos de insubsistencia a los empleados provisionales, además de lesionar el derecho fundamental al debido proceso, hace procedente su nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho.

Por lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia, adicionándola en el sentido de indicar que las sumas ordenadas por concepto de restablecimiento del derecho, corresponden a los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho, únicamente por virtud del tiempo de servicio prestado en el Municipio de *El Espino*, es decir, conforme a la modalidad con la que fue realizado su nombramiento, que fue, medio tiempo.

COSTAS

En cuanto a las **costas en segunda instancia**, se condenará a la parte demandada, puesto que fue vencida en el proceso, conforme lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Para la fijación y liquidación de las agencias en derecho se procederá conforme lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la Sala N° 5 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo de Oral del Circuito de Duitama, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

ADICIONAR la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019 por el Juzgado



Demandante: Diana María Ramos Díaz
 Demandado: Municipio de El Espino
 Expediente: 152383333001201700258-01
Nulidad y Restablecimiento del Derecho- sentencia 2ª instancia

Primero Administrativo de Oral del Circuito de Duitama en el sentido de indicar que las sumas ordenadas por concepto de restablecimiento del derecho, corresponden a los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho la demandante, únicamente por virtud del tiempo laborado en el Municipio de *El Espino*, conforme a la modalidad con la que fue realizado su nombramiento, que fue, medio tiempo.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandada, conforme lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP.

TERCERO: Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al Despacho de origen para lo de su cargo. Déjense las constancias de rigor.

POR SECRETARIA INCORPORESE COPIA DE LA PRESENTE PROVIDENCIA, AL PROCESO RADICADO CON EL NUMERO. 15238-33-33-001-2017-00257-00, PARA LOS EFECTOS A QUE HAYA LUGAR.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, en sesión de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

Magistrado

FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Magistrado

FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
 NOTIFICACION POR ESTADO
 El auto anterior se notifica por estado
 del 215 de hoy 13 DIC 2019.

El secretario