



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Arauca, Arauca, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020).

Proceso : 50001-3331-005-2008-00241-01
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante : ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado : Municipio de Villavicencio
Tema : Terminación de nombramiento provisional
Decisión : Se confirma la decisión

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Octavo Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio el día 24 de junio de 2016, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en cumplimiento del Acuerdo No. PCSJA19-11448 de fecha 19 de noviembre de 2019, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que remitió a este Tribunal procesos del sistema escritural que se encontraran para sentencia en el Tribunal Administrativo del Meta.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA¹ instauró demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el Decreto No. 117 del 31 de marzo de 2008, proferido por el Municipio de Villavicencio.

1.2. Pretensiones y condenas²

El demandante las solicitó de la siguiente manera:

***“PRIMERA:** Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Decreto No. 117 del 31 de marzo de 2008, por medio del cual el Alcalde Municipal de Villavicencio, dio por terminado el nombramiento de carácter provisional hecho al señor ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA, mediante Resolución No. 0761 del 25 de abril de 2003, en el cargo de Técnico, Nivel Técnico, código 401, Grado 05.*

***SEGUNDA:** A título de restablecimiento del derecho y como consecuencia de la nulidad solicitada, ordenar al Municipio de Villavicencio, reintegre a ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCÍA, al cargo que se encontraba al momento de su desvinculación o al que en derecho le corresponda.*

¹ En adelante demandante

² Folio 3 del expediente.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

TERCERA: *Que a título de indemnización se reconozca y pague a favor de ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA, el valor total de todos los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos que hubiere podido recibir en virtud de su relación de servicio.*

CUARTA: *Se declare que para todos los efectos legales y prestaciones no hubo interrupción en la prestación del servicio.*

QUINTA: *Disponer que la sentencia se cumpla en los términos de los Art. 176, 177 y 178 del C.C.A.”*

1.3. Hechos o fundamento del medio de control³

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, se tienen:

- ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA mediante Resolución No. 0761 del 25 de abril de 2003, fue nombrado de manera provisional en el cargo de Técnico, Código 401, Grado 05 adscrito a la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Villavicencio.

- A través de la Resolución No. 1253 del 2005, se reclasifica el cargo de TECNICO, nivel técnico, código 401, grado 05 en TECNICO OPERATIVO, código 314, grado 05. Por ello, ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA, fue reclasificado en el mismo.

- El Municipio de Villavicencio a través del Decreto No. 117 del 31 de marzo de 2008, declaró la terminación de nombramiento de ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA en el cargo de carrera que desempeñaba de manera provisional, a fin de dar cumplimiento a una orden judicial que ordenaba el reintegro de una persona que ostentaba derechos de carrera administrativa.

- El Municipio de Villavicencio al expedir el acto administrativo de insubsistencia, incurrió en falsa motivación y desviación de poder.

1.4. Fundamento de derecho y normas violadas

Se citan como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 1, 2, 13, 25, 29 y 209.
Ley 769 del 2002: artículo 4°.

Como sustento de lo anterior, señaló el actor que la entidad demandada expidió el acto administrativo de terminación del nombramiento con falsa motivación y desviación de poder, ya que el mismo no obedeció a la prestación del buen servicio sino por el contrario, a los intereses del nominador, quien para prescindir de sus servicios encontró en la orden judicial de reintegro la excusa perfecta para desvincularlo.

³ Folios 4 a 5 del expediente.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

Por su parte indicó, que su vinculación se dio por la necesidad que tenía la entidad demandada de contratar personal que cumpliera las exigencias previstas en la Ley 769 de 2002, experiencia que no tenía ninguno de los otros que ocupaban cargo similar; sin embargo, ello ni fue tenido en cuenta a la hora de su desvinculación.

1.5. Contestación de la demanda⁴

La demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, manifestando como razones de su defensa que en el acto administrativo demandado no se configura ninguna de las causales de anulación teniendo en cuenta que el mismo fue i) expedido por el funcionario competente; ii) contiene una motivación adecuada, suficiente, consistente y proporcional a los fines perseguidos que no eran distintos al cumplimiento de una orden judicial; y iii) no se violó la estabilidad en el empleo del demandante en tanto que desempeñaba un cargo de carrera en provisionalidad.

Así mismo, la persona reintegrada por orden judicial pertenecía a la planta global del Municipio de Villavicencio, ubicada en el Concejo Municipal; sin embargo, ello no implicaba que su reintegro debiera ser dentro de esa misma Corporación.

Por último, en cuanto a lo alegado por el demandante sobre la violación del artículo 4° de la Ley 769 de 2002, era claro que ello no guardaba relación con los fundamentos fácticos y jurídicos del acto administrativo demandado, ya que al momento en que fue desvinculado del servicio no estaba nombrado ni ejercía funciones de tránsito y transporte.

2. SENTENCIA APELADA⁵

El Juzgado Octavo Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio, en providencia de fecha 24 de junio de 2016, resolvió:

“PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. NEGAR la condena en costas (...).”

Como sustento de su decisión, el *a quo* señaló que el demandante fue nombrado en provisionalidad en el cargo de técnico, código 401, grado 05, mediante la Resolución No. 0761 del 25 de abril de 2003.

Posteriormente, el Municipio de Villavicencio, en virtud del ajuste de la planta de cargos de la administración, reclasificó al demandante en el cargo de técnico operativo, nivel técnico, código 314, grado 05.

El Tribunal Administrativo del Meta, en sentencia del 28 de junio de 2007, declaró la nulidad del Acuerdo No. 043 del 10 de diciembre de 2000, que había

⁴ Folios 150 a 154 del expediente.

⁵ Folios 322 a 326 del expediente.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

suprimido el cargo que ocupaba EVANGELISTA ALVAREZ HERRERA, ordenando en consecuencia, el reintegro del mismo al que ejercía antes de su desvinculación o a uno de similar categoría.

Se encontraba acreditado en el plenario, que para ocupar el cargo de técnico operativo de la dirección de matrículas y licencias, existía el requisito de tener un título de técnico en administración e instrucción en técnica de conducción acreditada por el Ministerio de Transporte, el cual cumplía el demandante. Empero, no era determinable que la creación del mismo hubiere sido con fundamento en la norma alegada por ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA -*artículo 4 de la Ley 769 de 2002*-.

Adicionalmente, se demostró que el demandante por ostentar un cargo perteneciente a la planta global de personal del Municipio de Villavicencio, fue reubicado en diferentes oportunidades en varias dependencias.

Entre tanto, el Despacho consideró que las resoluciones de nombramiento del demandante en el cargo de técnico y/o técnico operativo, no especificaron la dependencia en la que ejercería la función pública. Por consiguiente, ese requisito específico que alegaba el actor tener con respecto a los demás -*un título de técnico en administración e instrucción en técnica de conducción*- no era indispensable para mantener su vinculación, en tanto que ello no fue impedimento para reubicarlo en varias dependencias.

Por ello, era claro que del contenido del acto acusado, el criterio determinante para ejercer el estudio de viabilidad para desvincular a un empleado técnico operativo nombrado en provisionalidad, para reintegrar a EVANGELISTA ALVAREZ HERRERA, como servidor público en carrera administrativa por mandato judicial, obedeció a la experiencia específica en el cargo, que pudo verificarse luego de examinar hojas de vida de varios empleados, entre ellas la del demandante, conforme lo informó la Directora Técnica de Talento Humano.

Teniendo en cuenta que la carga de la prueba prevista en el artículo 177 del C.P.C., le correspondía al demandante y que analizado el material probatorio no se pudo demostrar que el Decreto No. 117 del 31 de marzo de 2008 se hubiere expedido con falsa motivación y desviación de poder, era del caso denegar las pretensiones de la demanda.

No hubo condena en costas, al no haberse evidenciado una conducta temeraria o de mala fe de la parte vencida.

2.2. RECURSO DE APELACIÓN⁶

El demandante interpuso y sustentó dentro de la oportunidad legal el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda.

Indicó que el fallo no realizó un estudio y valoración conjunta de las pruebas aportadas al expediente, ya que de las mismas se demuestra que la entidad

⁶ Folios 328 a 333 del expediente

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

demandada incurrió en falsa motivación al expedir el acto administrativo demandado al señalar que SACRISTÁN GARCÍA era el único que no tenía los estudios suficientes para permanecer en el cargo, ello comparándolo con las hoja de vida de las demás personas que estaban en la misma condición; sin embargo, y teniendo en cuenta los informes rendidos por la Dirección de Talento Humano, se tiene que no se incluyó la de GONZALO BETANCOURT GARZON, que también se encontraba en ese cargo de carrera *-técnico operativo-* en provisionalidad.

Tampoco era cierto que no cumpliera con el requisito de estudios técnicos para ocupar el cargo, ya que ello fue necesario demostrar al momento de su vinculación a la entidad demandada, tal y como así se hizo en su oportunidad.

A su vez, fue desacertado que el fallador de primera instancia sostuviera que el demandante no había cumplido con la carga de la prueba.

La sentencia de primera instancia desconoció el precedente judicial al considerar que el actor se encontraba en un cargo en provisionalidad que no le otorgaba estabilidad de permanencia en el mismo.

Ese tipo de vinculación *-provisionalidad-* no era razón suficiente para que el acto administrativo proferido por la entidad demandada fuera contrario a derecho, vulnerando sus garantías.

Si la decisión de retirarlo se hubiere dado con fundamento en el mejoramiento del servicio dejando solo a los servidores con las más altas calidades para el empleo, la entidad no solo debía analizar los estudios de cada uno de ellos, sino además, la experiencia en el cargo, en cumplimiento de los fines y principios de la función administrativa. En ese sentido, pareciera que el Municipio de Villavicencio se limitó solo a buscar falencias en su hoja de vida.

Se demostró dentro del proceso que el demandante cumplía con el requisito de experiencia en el cargo por encima de sus demás compañeros, situación que no fue observada por la entidad demandada, por el contrario, lo que hicieron fue buscar falencias en su hoja de vida.

3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Meta procedió a admitir el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 24 de junio de 2016 proferida por el Juzgado Octavo Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio. Posteriormente, se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión; y vencido este, el traslado al Ministerio Público ante esa Corporación, para que emitiera concepto.

3.1. Alegatos de segunda instancia.

Solo el demandante presentó sus alegatos de conclusión, reafirmando lo expuesto en la primera instancia.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

3.2. Concepto del Ministerio Público.

El Representante del Ministerio Público Delegado ante el Tribunal Administrativo del Meta, no emitió concepto dentro del presente asunto.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

El Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, dispuso el tema de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” (Subrayado de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la demanda fue presentada el día 1° de agosto de 2008, es claro que se deberá regir por las normas anteriores a la Ley 1437 de 2011, esto es, el Decreto – Ley 01 de 1984.

En este sentido, según el artículo 133 del Decreto – Ley 01 de 1984 “Código Contencioso Administrativo”, al Tribunal se le asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

4.2. Ejercicio oportuno de la acción

El numeral 2° del artículo 136 del CCA preceptúa lo siguiente:

“ARTÍCULO 136. Modificado por el art. 23, Decreto Nacional 2304 de 1989, Modificado por el art. 44, Ley 446 de 1998 Caducidad de las acciones.

(...) 2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.” (Subrayado de la Sala)

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

En el presente caso se tiene que el acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA en el cargo de Técnico Operativo, nivel técnico, código 314, grado 5 fue notificado el día 1° de abril de 2008. Así entonces, los cuatro meses de que trata la norma fenecían el 2° de agosto de 2008.

Como quiera que el demandante interpuso la demanda de Nulidad y Restablecimiento del derecho el día 1° de agosto de 2008, es claro que la misma se presentó dentro de la oportunidad legal.

4.3. Problema jurídico

La controversia consiste en dilucidar si el acto administrativo demandado, esto es, el Decreto No. 117 del 31 de marzo de 2008, a través del cual se ordenó la terminación del nombramiento en provisionalidad en el empleo de carrera administrativa que venía ejerciendo ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA, estuvo ajustado a derecho o si por el contrario, la entidad demandada para la expedición del mismo incurrió en causal de falsa motivación o desviación de poder.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala inicialmente analizará las normas y la jurisprudencia aplicable al asunto, para luego referirse al material probatorio relevante allegado al plenario y por último, se descenderá al caso concreto.

4.3.1. Normas aplicables en materia de empleados vinculados en provisionalidad

4.3.1.1. Régimen General

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".

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

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

"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".

Respecto del régimen de la carrera administrativa, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-326 de 2014, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, indicó:

"(...) La carrera administrativa es el mecanismo preferente para el acceso y la gestión de los empleos públicos, en donde quien supere satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos adquiere un derecho subjetivo de ingreso al empleo público, exigible tanto a la Administración como a los funcionarios públicos que están desempeñando el cargo ofertado en provisionalidad. Por esta razón, la Corte ha sostenido que los cargos ejercidos en provisionalidad no pueden equipararse a los de carrera administrativa en cuanto a su vinculación y retiro, en tanto existen marcadas diferencias entre los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos provisionales (...)"

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de 20 de enero de 2011⁷, precisó que los concursos de méritos tienen fundamento en el artículo 125 Constitucional, los cuales se constituyen en *"(...) el mecanismo idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación, las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos a quien mejor pueda desempeñarlo. El concurso por su propia naturaleza de competitividad se aparta de todo tipo de influencias por asegurar imparcialidad e igualdad. Así las cosas, la finalidad de los concursos es que la vacante existente se llene con la mejor opción, es decir, con aquel concursante que haya obtenido el más alto puntaje, parámetro que evalúa y califica el mérito del aspirante para ser elegido o nombrado (...)"*.

Resulta importante señalar que desde el punto de vista objetivo, los empleos se clasifican en empleos de carrera que se constituyen en la regla general y los de libre nombramiento y remoción que se constituyen en la excepción.

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, ésta clasificación encuentra fundamento en la naturaleza de las funciones propias de los empleos, teniendo los de carrera, funciones técnicas o administrativas, subordinadas o de ejecución, en tanto los empleos de libre nombramiento y remoción, les corresponde funciones de dirección, manejo y confianza.

Desde esa perspectiva el artículo 5 ibídem precisa que los empleos de carrera le corresponden dos clases de nombramientos: i) en periodo de prueba cuando se ha realizado el concurso y ii) en provisionalidad cuando no se ha realizado

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA Bogotá, D.C., veinte (20) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-15-000-2010-02932-01(AC).

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

el mismo; a su turno al empleo de libre nombramiento y remoción le corresponde un nombramiento ordinario. En efecto la mencionada norma refiere:

"Artículo 5. Para la provisión de los empleos se establecen tres clases de nombramientos. Ordinario, en período de prueba y provisional. Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios. La autoridad nominadora, en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo. Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en períodos de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito, de acuerdo con los reglamentos de cada carrera. Una vez que la persona designada haya superado satisfactoriamente el período de prueba y que su nombre sea inscrito en el respectivo escalafón, será ratificado en su cargo como empleado de carrera. Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder cuatro meses".

Ahora bien, específicamente en lo que tiene que ver con el nombramiento provisional, el artículo 8 de la Ley 443 de 1998, definía tal figura en los siguientes términos:

"Art. 4. Entiéndase por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata".

En el mismo sentido, el Decreto 1572 de 1998 en los artículos 3 y 8 establecía:

"Artículo 3.- Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, y se requiera su provisión temporal, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales cargos si acreditan los requisitos de estudio y experiencia y el perfil para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrán hacerse nombramientos provisionales".

"Artículo 8.- Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo. Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera, tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional. El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente Ley. Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito".

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye la Sala que el nombramiento provisional corresponde a empleos propios de la carrera administrativa y se

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

habilita dicha figura en tanto no se haya realizado el respectivo concurso de méritos para proveer de manera definitiva el empleo respectivo.

En tal sentido se pronunció la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU 917 de 2010, en la que se indicó respecto de la desvinculación de los empleados con nombramiento provisional que:

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

Posteriormente, con la expedición de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentos se precisaron las condiciones bajo las cuales se puede acudir a la figura del nombramiento provisional para proveer transitoriamente un empleo en carrera que se encuentra vacante.

En efecto, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 establece que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de su cargo, el mismo será provisto en forma provisional, *"sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera"*.

A su turno, el Decreto 1227 de 2005, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, en lo que tiene que ver con los empleos temporales y los provisionales, en el párrafo transitorio de su artículo 8° dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio; dicho encargo o nombramiento provisional no puede superar los 6 meses, término dentro del cual se debía convocar a concurso y reitera que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

El Decreto 1227 de 2005 fue modificado por el Decreto 3820 de 2005, en el sentido de establecer que la prórroga tanto del encargo como del nombramiento provisional, se prolongaría hasta la superación de las circunstancias que las originaron, previa autorización de la Comisión del Servicio Civil.

4.3.1.2. De la motivación del acto administrativo 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

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción Constitucional y la de lo Contencioso Administrativo.

La Honorable 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 desvinculación debía necesariamente estar motivado, buscando diferenciar lo arbitrario de lo discrecional. Así por ejemplo, en la sentencia de unificación SU 917 de 2010, 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 (...)"

Por su parte, el Honorable 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.

Precisamente la Ley 909 de 2004 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, en su artículo 41 dispuso lo siguiente:

"Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- 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 (...)*

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

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

A su vez, el Decreto 1227 de 2005, en los artículos 9 y 10, dispuso lo siguiente:

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

"Artículo 9°. 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.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

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

Como consecuencia de este cambio normativo, el Honorable Consejo de Estado en providencia del 23 de septiembre de 2010⁸, 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 así:

"(...) La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2° 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 parágrafo 2°, 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 (...)"

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 18 de marzo de 2015. Rad interno: 0883-2008.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

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.

Respecto a las razones de la motivación del acto administrativo que dispone el retiro del servicio de los empleados con nombramiento en provisionalidad, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha señalado que ésta debe atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario; en efecto la Alta Corporación⁹, 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.

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).

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó:

"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".

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "A", C.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Exp. 2012-00378-00 (AC).

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional (...)".

La Honorable Corte Constitucional se ha referido 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.

Acerca del significado de la expresión razón suficiente, la alta Corporación concluyó en varias oportunidades 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.

En efecto indicó la Corte¹⁰:

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

4.3.1.3. De la falsa motivación

Ha sostenido el Honorable Consejo de Estado que la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.¹¹

Entonces para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias:

¹⁰ T-407 del 4 de agosto de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá D.C., Veintitrés (23) de junio de dos mil once (2011). Radicado: 11001- 03-27-000-2006-00032- 00 - 16090. Demandante: DIANA CABALLERO AGUDELO Y GLORIA I. ARANGO GÓMEZ. Demandado: U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN. Asunto: Acción pública de nulidad contra la Resolución 11670 del 29 de noviembre de 2002 expedida por la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera DIAN.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

a) que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o

b) que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Por lo que, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión.

Todo lo anterior implica que quien acude a la jurisdicción para alegar la falsa motivación, debe, como mínimo, señalar cual es el hecho o los hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión y que en realidad no existieron, o, en qué consiste la errada interpretación de esos hechos.

4.3.1.4. Desviación de poder

Se tiene reconocido que la desviación de poder tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que les ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. Esta causal de nulidad se da tanto cuando se busca un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente.

Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa (satisfacción del interés general, búsqueda del bien común, mejoramiento del servicio público), como el específico para cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce.

La causal de desviación de poder en la expedición de un acto administrativo de insubsistencia debe ser probada por quien la alega, es decir, tiene la carga procesal de allegar los elementos de prueba que desvirtúen la presunción que acompaña el acto de desvinculación, esto es, que fue expedido en beneficio del buen servicio público, al respecto, el órgano de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en providencia del 15 de marzo de 2018¹², indicó:

"(...) En efecto, el desvío de poder, consiste en una causal material de anulación de los actos administrativos, según el cual la intención con la cual la autoridad

¹² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ Bogotá D.C., quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 85001-23-33-000-2014-00015-01(0377-15)

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

adopta una decisión persigue un fin diferente al previsto por el Legislador y obedece a un propósito particular, personal o arbitrario. Sin embargo, en lo que respecta al tema probatorio, frente a este vicio, es necesario acudir al principio procesal onus pro dandi, incumbit actori, que de manera expresa se encuentra previsto en el artículo 167 del C.G.P. según el cual, por regla general a la parte interesada le corresponde probar los hechos que alega a su favor para la consecución de un derecho (...)"

En este sentido, tal como lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, cuando se impugna un acto de naturaleza discrecional, alegando que en su expedición no mediaron razones de mejorar el servicio, es indispensable para desvirtuar la aludida presunción, aducir y allegar la prueba que así lo demuestre, de tal forma *"que se deben concretar y probar los motivos distintos a la buena marcha de la administración que determinan la expedición del acto de insubsistencia, por de lo contrario, se llegaría al extremo de juzgar con base en meras apreciaciones subjetivas, lo cual no es posible, toda vez que por disposición legal, toda decisión judicial debe estar fundada en la prueba regular y oportunamente allegada al proceso (...)"*¹³

4.3.2. Material probatorio relevante

Es importante señalar que se aportan con la demanda los siguientes documentos los cuales, a pesar que puedan estar en copias simples serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial de la Sala Plena del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁴, pues no cuentan con reparos de ningún tipo. Ellos son:

- Copia de la Resolución No. 0761 del 25 de abril de 2005, proferida por el Municipio de Villavicencio, por medio de la cual se hizo el nombramiento en provisionalidad del ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA, en el cargo de Técnico, nivel técnico, código 401, grado 05 (folio 44 del expediente).
- Copia de la Resolución No. 1253 del 2005, a través de la cual se reclasifica la denominación del cargo de TECNICO, nivel técnico, código 401, grado 05 en TECNICO OPERATIVO, código 314, grado 05. Por ello, ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA, fue reclasificado en el mismo (folios 42 a 43 del expediente).
- Copia de la sentencia de fecha 28 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, dentro de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por EVANGELISTA ALVAREZ HERRERA contra el Municipio de Villavicencio, en donde se resolvió:

"PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas.

¹³CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá D.C., Veintiséis (26) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23- 25-000-2003-06984-01(1205-10).

¹⁴ Sala Plena del Consejo de Estado sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014. Expediente: 11001-03-15-000-2007-01081-00. Actor: Adriana Gaviria Vargas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Acuerdo No. 043 del 10 de diciembre de 2000, por medio del cual el Concejo Municipal de Villavicencio establece la estructura administrativa, la planta de personal y clasificación de empleos del Concejo de Villavicencio, respecto de la supresión del cargo de carrera administrativa que ocupaba EVANGELISTA ÁLVAREZ HERRERA.

TERCERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 148 del 30 de abril del 2001, por medio del cual el Concejo Municipal de Villavicencio, retiró del servicio a EVANGELISTA ÁLVAREZ HERRERA.

CUARTO: Ordenar al Municipio de Villavicencio que reintegre a EVANGELISTA ÁLVAREZ HERRERA, al cargo que ocupaba antes de su desvinculación o a uno de igual categoría.

QUINTO: Ordenar a título de indemnización el pago de los salarios y prestaciones causadas para ese empleo, con sus correspondientes aumentos, desde el momento de la desvinculación, hasta cuando se produzca el reintegro cabalmente.

SEXTO: Compensar, restando de la anterior condena, la suma recibida por concepto de indemnización por retiro y cesantía definitiva.

SÉPTIMO: Declarar que no ha existido solución de continuidad en la relación de servicio por causa del ilegal retiro, en consecuencia si fuere pertinente dispóngase la reinscripción en el régimen de carrera administrativa. (...). (Folios 113 a 131 del expediente)".

- Copia del Decreto No. 117 del 31 de marzo de 2008 "Por la cual se da por terminado un nombramiento de carácter provisional", proferido por el Municipio de Villavicencio, en donde se dispuso lo siguiente:

"1. Que la Administración Municipal de Villavicencio, debe dar cumplimiento al Fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, Expediente radicado con el No. 50-001-23-31-004-2001-40281-00, en el que ordena el reintegro del señor EVANGELISTA ALVAREZ HERRERA al cargo que ocupaba antes de su desvinculación o a uno de igual categoría y además el pago de los salarios y prestaciones causadas para ese empleo, con sus correspondientes aumentos, desde el momento de la desvinculación, hasta cuando se produzca el reintegro cabalmente, entendiéndose que no hay solución de continuidad.

2. Que el Decreto No. 1227 de abril del 2005 mediante el cual se reglamentó parcialmente la Ley 909 de 2004, y el decreto ley 1567 de 1998, en el título segundo, capítulo primero en lo referente a la provisión de empleos, el artículo séptimo determina que: "La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuara teniendo en cuenta el siguiente orden: 7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por orden judicial.

3. Que dentro de la Planta Global de la Administración Municipal, figura el cargo de TECNICO OPERATIVO, código 314, grado 05, que corresponde al perfil de TITULO DE TECNICO EN ADMINISTRACION. Que el cargo antes mencionado fue reclasificado mediante Resolución No. 1253 de 16 de septiembre del 2005, dando cumplimiento al Decreto Reglamentario No. 785 de 2005.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

4. Que mediante Resolución No. 0761 del 25 de abril del 2003, se nombró en provisionalidad al señor ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.348.186 expedida en Villavicencio (Meta), para desempeñar el cargo de TECNICO, Nivel Técnico, Código 401, Grado 05.

5. Con fundamento en lo manifestado, la Administración Municipal debe dar por terminada la provisionalidad del señor ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.348.186 expedida en Villavicencio (Meta), quien desempeña el cargo de TECNICO OPERATIVO, Nivel Técnico, Código 314, Grado 05, con el fin de poder incorporar de acuerdo al fallo en mención al señor EVANGELISTA ALVAREZ HERRERA, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.341.179 expedida en Villavicencio (Meta), quien ostentaba derechos plenos de carrera administrativa y se encuentra inscrito en el registro público de carrera. (...)

DECRETA

ARTICULO PRIMERO: Dar por terminado el nombramiento de carácter provisional hecho al señor **ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 17.348.186 expedida en Villavicencio (Meta), mediante Resolución No. 0761 del 25 de abril del 2003, en el cargo de TECNICO OPERATIVO, Nivel Técnico, Código 314, Grado 05, con el único propósito y fin de dar cumplimiento al Fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, conforme a los considerandos (...).” (Folios 15 a 17 del expediente)

- Copia del informe relacionado con la terminación de la provisionalidad de ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA, suscrito por la Directora de Técnica de Talento Humano, que manifestó:

“(...) La Administración Municipal procedió a examinar las Hojas de Vida de los funcionarios WILLIAM ENRIQUE MUÑOZ ORTEGA, YENNY ESPERANZA MARTINEZ BARRIOS, ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA y JULIETH ESPERANZA HERNANDEZ GARZON, con el fin de verificar cuál de estos funcionarios acreditaba menos estudios en su historia laboral. Todo lo anterior con el fin de incorporar en ese empleo al señor EVANGELISTA ALVAREZ HERRERA al cargo de TECNICO OPERATIVO, código 314, grado 05.

Una vez efectuado este estudio en forma detallada se estableció que quien tiene menos experiencia específica en el cargo es el señor ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA.” (Folio 18 de expediente)

- Copia del informe de los cargos de técnicos operativos, código 314, grado 05 al 2 de abril de 2008, visible a folio 30 a 32 del expediente, en donde se relaciona las personas que lo ejercían tanto en carrera administrativa como en provisionalidad, siendo estos últimos los siguientes:

- ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA, dependencia despacho del Alcalde, fecha de ingreso 25 de abril de 2003.
- JULIETH ESPERANZA HERNANDEZ GARZON, dependencia educación, fecha de ingreso 4 de febrero de 2003.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

- WILLIAM ENRIQUE MUÑOZ ORTEGA, dependencia educación, fecha de ingreso 2 de febrero de 2004.
- YENNY ESPERANZA MARTINEZ BARRIOS, dependencia hacienda, fecha de ingreso 27 de mayo de 2003.
- GONZALO BETANCOURT GARZON, dependencia infraestructura, fecha de ingreso 1° de marzo de 2008.

- Copia de los formatos únicos de hoja de vida de JULIETH ESPERANZA HERNANDEZ GARZON, ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA, YENNY ESPERANZA MARTINEZ BARRIOS y WILLIAM ENRIQUE MUÑOZ ORTEGA (folios 205 a 220 del expediente).

4.3.3. Caso concreto

Descendiendo al sub judice, se tiene que de acuerdo con las pruebas allegadas al plenario se encuentra probado que ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA, fue vinculado con nombramiento en provisionalidad en el cargo de Técnico, código 401, grado 05, el cual posteriormente fue reclasificado en el de técnico operativo, código 314, grado 05, adscrito al Municipio de Villavicencio desde el 25 de abril de 2003 y hasta el 30 de marzo de 2008.

De igual forma, está probado que para el 2° de abril de 2008 en la planta global del Municipio de Villavicencio se encontraban vinculados en provisionalidad un total de cinco empleados en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, grado 05, según el informe expedido por la Dirección de Talento Humano de dicho ente.

El Municipio de Villavicencio a través del Decreto No. 117 del 31 de marzo de 2008, declaró insubsistente el nombramiento de ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA, en el cargo de Técnico Operativo, Código 314, grado 05.

De acuerdo con lo consignado en la parte considerativa del acto administrativo que dispuso el retiro del demandante, encuentra la Sala que la razón fundamental para tal determinación fue la necesidad por parte del Municipio de Villavicencio de dar cumplimiento a una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta con fecha 28 de junio de 2007.

En dicha providencia judicial, se ordenó a título de restablecimiento del derecho, el reintegro de EVANGELISTA ÁLVAREZ HERRERA, al cargo que ocupaba antes de su desvinculación o a uno de igual categoría.

Bajo esa premisa, la entidad demandada determinó que el cargo que se asimilaba al ocupado por quien había sido desvinculado del servicio y que debía ser reintegrado era el de técnico operativo, código 314, grado 05, dentro del cual se desempeñaban en ese momento en provisionalidad un total cinco personas, entre los que se encontraba el aquí demandante.

Así las cosas, como quiera que la orden de reintegro debía recaer en el cargo de técnico operativo, código 314, grado 05 de la planta global de empleos del Municipio de Villavicencio en el cual se desempeñaban cinco empleados con

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

vinculación en provisionalidad, correspondía a la entidad demandada adoptar un criterio objetivo que le permitiera seleccionar a uno de ellos, sin que su decisión estuviera enmarcada en el capricho o la arbitrariedad.

En tal virtud encuentra la Sala que la entidad demandada tuvo en cuenta dos criterios a efectos de seleccionar la persona a ser desvinculada. El primero, la antigüedad de quienes desempeñaban el cargo de técnico operativo, código 314, grado 05 en provisionalidad. Y el segundo, relacionado con la experiencia específica.

Frente al primer criterio expuesto, se observa que la entidad demandada lo que hizo fue realizar el estudio con relación a las hojas de vida de JULIETH ESPERANZA HERNANDEZ GARZON, ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA, YENNY ESPERANZA MARTINEZ BARRIOS y WILLIAM ENRIQUE MUÑOZ ORTEGA, dejando de lado la de GONZALO BETANCOURT GARZON, como quiera que los cuatro primeros mencionados se encontraban dentro de una misma situación fáctica, que era que sus nombramientos se habían llevado a cabo entre los años 2003 y 2004, cosa distinta de lo que ocurría con el último en mención, que fue en el año 2008.

Ante esa circunstancia, la Sala considera que la entidad demandada lo que pretendió fue atender a un criterio de igualdad entre quienes se encontraban en una misma condición que era la antigüedad en el cargo.

Ahora bien, si en gracia de discusión se tuviera en cuenta lo manifestado por el demandante sobre la existencia de falsa motivación por haberse abstenido la entidad demandada de incluir dentro del estudio respectivo, la hoja de vida de GONZALO BETANCOURT GARZON, lo cierto es que no existe prueba alguna allegada al plenario que pudiera demostrar que ese servidor a pesar de haber recién ingresado a la planta de empleos del Municipio de Villavicencio gozaba de menos experiencia específica que SACRISTÁN GARCÍA, carga probatoria que incumbía a la parte que la alegaba, en este caso, al actor.

En lo que respecta al segundo criterio, se observa que efectivamente revisadas las hojas de vida de JULIETH ESPERANZA HERNANDEZ GARZON, YENNY ESPERANZA MARTINEZ BARRIOS, WILLIAM ENRIQUE MUÑOZ ORTEGA y ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA, este último contaba con la menor experiencia específica en el cargo *-1 año, 8 meses y 4 días-* en comparación con la de los demás que eran de 7 años, 6 meses y 34 días; 5 años y 2 meses; 10 años y 2 meses, respectivamente.

Bajo los argumentos antes expuestos, es claro que la falsa motivación no se configura en el presente caso, toda vez que las consideraciones de hecho o de derecho que fueron tenidas en cuenta por la entidad demandada para disponer el retiro del servicio del aquí demandante, no solo encuentran soporte probatorio, sino que además fueron debidamente calificadas.

En efecto respecto a las consideraciones de derecho, referente al cumplimiento de una sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, la misma fue debidamente calificada por la entidad demandada, en tanto se le dio el

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

alcance correspondiente, esto es, el reintegro de EVANGELISTA ALVAREZ HERRERA a la planta de empleos del Municipio de Villavicencio.

Y respecto de las consideraciones de hecho, referidas a que ENDREY ALFONSO SACRISTAN GARCIA era la persona que para la fecha de cumplimiento de la sentencia judicial, tenía la menor experiencia específica y que además no acreditaba ninguna circunstancia de protección que conllevara a su permanencia en el cargo.

Por otro lado, el demandante sostiene que el acto administrativo demandado no fue debidamente motivado, en razón a que su experiencia laboral sumada a las funciones que ejercía eran mucho mejor respecto a los demás empleados que desempeñaban el mismo cargo, teniendo en cuenta además de sus estudios y conocimientos.

Al respecto, ha de señalar la Sala que dicho argumento no tiene vocación de prosperidad, por cuanto, tal como lo ha señalado la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado¹⁵, el correcto ejercicio y desempeño de las funciones de un empleado, es la conducta esperada de quien presta sus servicios en las entidades del Estado, de tal forma que el cumplimiento sobresaliente o satisfactorio de sus funciones, no implica que un empleado vinculado en provisionalidad caracterizado por una estabilidad laboral relativa, pase a ser beneficiario de una estabilidad mayor en el empleo, y que por esa razón, no sea posible su eventual desvinculación del cargo.

Por último, el actor sostiene que el acto administrativo demandado adolece de nulidad por cuanto la terminación del nombramiento en provisionalidad no tuvo por objeto el mejoramiento de la calidad del servicio prestado, sino que denota un ejercicio arbitrario del poder, en tanto que su hoja de vida superaba en experiencia y estudios la de los demás empleados nombrados en su misma situación.

De lo antes mencionado y aun no habiéndolo alegado de manera expresa el demandante en el recurso de apelación, a juicio de la Sala dichos argumentos van dirigidos a plantear una posible desviación de poder, en el entendido que los fines de la administración municipal fueron distintos al mejoramiento del servicio obedeciendo al contrario, a un propósito particular, personal o arbitrario, que no era cosa distinta a retirarlo del cargo a pesar de estar más calificado que quienes permanecieron en el Municipio.

Sin embargo, se tiene que de ninguna manera acreditó que como consecuencia de la expedición del acto administrativo que lo declaró insubsistente, se haya afectado o desmejorado la prestación del servicio, ya que no bastaba demostrar cumplir con los requisitos mínimos para el desempeño del cargo, sino que además, le correspondía allegar las pruebas necesarias a fin de evidenciar que la prestación del servicio por parte de quienes igualmente se encontraban vinculados en provisionalidad en el empleo, era deficiente o que

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Providencia del 11 de abril de 2018., M.P. Carmelo Perdomo Cueter. Radicado interno 2645-14.

*Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
 Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
 Demandado: Municipio de Villavicencio*

no garantizaba el correcto funcionamiento de los servicios a ellos encomendados.

El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil aplicable por virtud de la remisión expresa que hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo preceptúa:

“Artículo 177. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. (Subrayado de la Sala)

La norma transcrita desarrolla el tradicional aforismo de acuerdo con el cual quien afirma un hecho debe probarlo. Ello significa, que los procesos que cursan ante el Juez de lo Contencioso Administrativo quien pretende determinado efecto jurídico debe acreditar los supuestos de hecho de las normas en que se ampara, luego, en general, corresponde la carga de la prueba de los hechos que sustentan sus pretensiones, en principio, al demandante, al paso que concierne al demandado demostrar los sucesos fácticos en los cuales basa sus excepciones o su estrategia de defensa. Si aquél no cumple con su *onus probandi*, la consecuencia que habrá de asumir será la desestimación, en la sentencia, de su *causa petendi*; si es el demandado, en cambio, quien no satisface la exigencia probatoria en punto de los supuestos fácticos de las normas cuya aplicación conduciría a la estimación de sus excepciones o de los argumentos de su defensa, deberá asumir, consiguientemente, una fallo adverso a sus intereses.

Sobre la carga de la prueba, el Honorable Consejo de Estado en sentencia de fecha 4 de febrero de 2010. Radicación número: 70001-23-31-000-1995-05072-01(17720). Actor: ULISES MANUEL JULIO FRANCO Y OTROS. Demandado: MUNICIPIO DE SANTIAGO DE TOLU Y OTROS, consideró:

“(…) 2.3.2. Las reglas de la carga de la prueba y su aplicación al sub júdice.

La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto”. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir - incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente- con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta - la aludida carga -, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba -verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida-.

En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que desplieguen en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo sido acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.

Como fácilmente puede advertirse, el aspecto en últimas más trascendente de las reglas de la carga de la prueba se concreta en las consecuencias que se derivan de su no satisfacción, esto es, del no ejercicio de los derechos a la aportación o solicitud de práctica de pruebas o a la formulación de alegaciones dentro del proceso, si se tiene en cuenta que la finalidad de éste, para las partes, es la estimación o desestimación de la(s) pretensión(es) formulada(s) y que, por ello, dentro de él se lleve a cabo una instrucción encaminada a proporcionar al juzgador los elementos necesarios para que pueda efectuar la comparación entre los fundamentos de tal(es) pretensión(es) y el ordenamiento jurídico. Y el de las consecuencias del incumplimiento de la carga de probar o de alegar es el aspecto más relevante, habida cuenta de que la parte que desee obtener un resultado favorable a sus pretensiones necesitará probar y alegar todo aquello que sea útil y pertinente para la defensa de su posición.

En otros términos, «no existe un deber de probar, pero el no probar significa en la mayoría de los casos la derrota»; las reglas de la carga de la prueba sirven para establecer cuál de las partes tendrá que soportar el resultado desfavorable derivado de una actividad probatoria o de la falta de alegación o de una alegación incompleta¹³, pues aunque el juez no disponga de todos los hechos cuyo conocimiento hubiera resultado necesario para fallar en uno u otro sentido, la prohibición de «non liquet» le obliga a resolver, en todo caso. Es entonces cuando las reglas de la carga de la prueba le indicarán en cabeza de cuál de las partes recaía la obligación de haber acreditado un determinado hecho y, por consiguiente, a quién corresponderá adscribir, en la sentencia, las consecuencias desfavorables derivadas de su no demostración, pues dichas reglas, precisamente, permiten al fallador cumplir con su función de resolver el litigio cuando falta la prueba, sin tener que abstenerse de dirimir, de fondo, la cuestión, para no contrariar, con un pronunciamiento inhibitorio, los principios de economía procesal y de eficacia de la función jurisdiccional. De ahí su importancia, pues

“[S]i no existiera esta regla de juicio que faculta al juez para evitar el non liquet cuando falte la prueba, sería muy frecuente el fracaso del proceso y la consiguiente pérdida de tiempo, trabajo y dinero para el Estado y las partes. La justicia y la función jurisdiccional del Estado resultarían entorpecidas y frustradas en infinidad de ocasiones al no ser posible la sentencia de mérito, a la vez que se fomentaría la incertidumbre jurídica en las relaciones sociales, la repetición indefinida de procesos para el mismo litigio, y se permitiría que quienes tengan interés en esa situación caótica puedan fácilmente burlar los

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01

Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA

Demandado: Municipio de Villavicencio

finde de interés público del proceso y la jurisdicción, ocultando pruebas y entorpeciendo la actividad oficiosa del juez.

La carga de la prueba es, por consiguiente, una medida imprescindible de sanidad jurídica y una condición sine qua non de toda buena administración de justicia.

Por otro aspecto, según opinan varios autores, es la guía imprescindible y fundamental del juzgador en la solución de los litigios, que orienta su criterio en la fijación de los hechos que sirven de base a su decisión: "sustrae el derecho al arbitrio de la probabilidad y lo coloca bajo la égida de la certeza".

Por ello, no ofrece discusión alguna que la persona interesada en reclamar del Estado el reconocimiento y restablecimiento de un derecho tiene la carga probatoria de acreditarlo.

En suma, a juicio de la Sala el acto administrativo demandado se encuentra debidamente motivado y no amerita su anulación, toda vez que de la lectura del contenido del mismo se incorporan razones suficientes para declarar la insubsistencia de un nombramiento provisional del demandante, ello en atención a que se indican las circunstancias particulares y concretas, tanto de hecho como de derecho para proceder a su desvinculación laboral y no se vislumbra arbitrariedad por parte de la entidad demandada.

Como quiera que el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del acto demandado, es improcedente por lo tanto, acceder a la prosperidad de lo pretendido en ese sentido, siendo entonces, que la Sala confirme la decisión de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda.

5. Otros aspectos

5.1. Costas. La Sala se abstendrá de condenar en costas¹⁶, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera merecedor a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo – Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁶, Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

Radicación: 50001-3331-005-2008-00241-01
Demandante: ENDREY ALFONSO SACRISTÁN GARCÍA
Demandado: Municipio de Villavicencio

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el veinticuatro (24) de junio del año dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Octavo Mixto Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO.- ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo –Electrónico si aparece registrado o postal- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

CUARTO.- ORDENAR que en firme la presente providencia en el Tribunal Administrativo del Meta, se devuelva por la Secretaría de esa Corporación Judicial, el expediente al Despacho de origen-Juzgado de primera instancia, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que este proveído fue aprobado por la Sala en sesión virtual de la fecha


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada