



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Proceso : 50001 2331 000 2005 30020 01
Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Pedro Chávez Burgos
Demandado : Departamento del Vaupés
Providencia : Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 26 de enero de 2018 por el Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Pedro Chávez Burgos presentó (fl.1-18) demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Departamento de Vaupés.

Dentro de los **hechos** que se invocan, manifiesta que prestó sus servicios a la demandada nombrado en provisionalidad en el cargo de Jefe de la División Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación Departamental, Código 210, Grado 8, desde el 22 de enero hasta el 21 de septiembre de 2004; y que por Decreto 302 del 21 de septiembre de 2004 se declaró insubsistente su nombramiento, sin que dicho acto tuviera motivación legal alguna, no se designó a alguien en reemplazo por lo cual no se mejoró el servicio y se expidió por causas totalmente ajenas al servicio público y con violación de las normas que rigen el ingreso y retiro del mismo, y que ante solicitud de revocatoria directa se resolvió de manera negativa mediante Decreto 328 del 12 de noviembre de 2004.

Agrega que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se han pronunciado en cuanto a que los funcionarios que desempeñan un cargo de carrera en provisionalidad y son retirados mediante insubsistencia del nombramiento, el acto administrativo se debe motivar y demostrar que se hizo para mejorar el servicio público.

En las **pretensiones** solicita que se declare la nulidad del Decreto 302 del 21 de septiembre de 2004 mediante el cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento de Jefe de la División Administrativa y Financiera, y consecuentemente la nulidad del Decreto 328 de 2004 que resolvió la revocatoria directa que interpuso; a título de restablecimiento del derecho,



pide que se condene a la demandada a su reintegro y a pagarle los salarios, prestaciones sociales y emolumentos dejados de percibir, entre otras.

Como **normas violadas** cita la Constitución Política (Artículos 2, 6, 25, 29, 122, 125, 209 y 229), el Decreto 2400 de 1968 (Artículo 26), la Ley 443 de 1998 (Artículos 1, 2, 5, 7, 8, 37, 39 y 41), Decreto 1568 de 1998 (Artículos 44 y ss.), Decreto 1572 de 1998 (Artículos 4, 133, 136, 148 y 149), Ley 489 de 1998 (Artículos 8, 9, 10 y 11) y Decreto 01 de 1984 (Artículo 36). Como **concepto de la violación**, señala que se transgredieron las disposiciones constitucionales y legales citadas, por cuanto se declaró insubsistente su nombramiento violando los procedimientos de retiro, el debido proceso, sin motivación del acto cuando se ha provisto en provisionalidad un cargo de carrera, con abuso de la facultad discrecional nominadora, y sin mejorar el servicio pues se dejó desierto el cargo; agrega que el acto administrativo fue falsamente motivado, además con abuso y desviación de poder y proferido por funcionario incompetente.

2. La contestación de la demanda

El Departamento del Vaupés en su escrito (fl. 25-35) se opuso a las pretensiones por cuanto no está demostrado que actuara con abuso o desviación del poder, y frente a los hechos aduce que unos son ciertos, otros se deben probar, uno no le consta y los demás son afirmaciones. Manifiesta que el nominador estaba en libertad de disponer de su retiro en cualquier momento, derivado del nombramiento en provisionalidad de manera que no otorgaba prerrogativas de estabilidad, y es errado esgrimir ambiciones politiqueras de la administración; agrega que no se demostró en qué consistió la falsa motivación ni la desviación de poder y que la facultad de remoción no está prohibida al delegarse por el artículo 11 de la ley 489 de 1998. Propone la excepción de "*Inexistencia de la causa invocada*".

3. La sentencia apelada

El Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio en sentencia del 26 de enero de 2018 (fl. 151-158), declaró la nulidad del Decreto 302 del 21 de septiembre de 2004, y como consecuencia ordenó reintegrar al demandante y pagarle derechos laborales dejados de percibir. Dentro de sus consideraciones, expuso:¹

"Conforme a lo anterior y observando lo dispuesto en el Decreto No. 026 del 22 de enero de 2004, mediante el cual se nombró al actor en el cargo de Jefe de la División Administrativa y Financiera, Código 210, grado 8 de la planta de personal administrativa de la Secretaría de Educación Departamental del Vaupés, para el

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.



Despacho es claro que dicho cargo, es de carrera al no encontrarse inmerso en ninguna de las excepciones contempladas por la constitución y por la ley, siendo nombrado el actor en provisionalidad. (...)

En consecuencia, considera el Despacho que no se acreditó que los actos demandados incurrieran en el vicio de infracción a las normas en que debían fundarse, siendo negativa la respuesta al problema jurídico planteado, en este sentido. (...)

De conformidad con lo anterior, acogiendo el criterio de la Corte Constitucional, para el Despacho es claro que el Decreto No. 302 del 21 de septiembre de 2004 está viciado por falta de motivación, pues el señor PEDRO CHAVEZ BURGOS fue nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera, por lo que para su retiro era necesario señalar las razones por las cuales era procedente declarar insubsistente al actor en su cargo a fin de no vulnerarle su derecho al debido proceso, pues como lo indicó la Corte Constitucional, la razón de ser de la figura de la provisionalidad es la temporalidad, no siendo factible que se convierta en la regla general para la designación de los empleados que ocuparan el cargo vacante, por lo que para proveerlo nuevamente la administración debe atender a los parámetros que la ley le impone para el efecto, apareciendo clara la necesidad de indicarle al empleado en provisionalidad las razones por las cuales es removido. (...)

En cuanto al restablecimiento del derecho, el Despacho tendrá en cuenta la subregla jurisprudencial establecida por la Corte Constitucional mediante sentencia SU-556 de 2014, conforme a la cual: (...)"

4. El recurso de apelación

La entidad estatal expresó (fl. 161-164) que la administración obró conforme a la Ley y la jurisprudencia existentes al momento de los hechos de suerte que condenarla es castigarla por aplicarlas pues estaba autorizada para disponer del retiro del demandante en la forma en que lo hizo, con acto no motivado como lo señalaba el Consejo de Estado y el legislador; agrega que el término de cuatro meses por el cual fue nombrado en provisionalidad Pedro Chávez Burgos había terminado para la época de declaratoria de insubsistencia, por lo tanto no fue acertada la decisión de la Juez de condenar al Departamento a indemnizar más allá de dicho lapso, pues es clara la Corte Constitucional al indicar que los pagos por concepto de salarios y prestaciones serán los efectivamente dejados de percibir.

5. Trámite surtido en la segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido (fl. 6, c.TAM); y se corrió traslado para alegatos de conclusión y concepto (fl. 7, c.TAM).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. La parte demandante se pronunció (fl. 8-9, c.TAM); cita que mediante auto del 7 de diciembre de 2016 la entonces Ponente al resolver el recurso de apelación que presentó contra el auto del 13 de julio de 2010 mediante el cual el Juzgado Tercero Administrativo de Villavicencio había improbadado el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes, advirtió que en este tipo de insubsistencias existe la obligación de acatar la reiterada jurisprudencia



de la Corte Constitucional en cuanto a que el acto administrativo por medio del cual se retira del servicio a un empleado en provisionalidad debe ser motivado, pues en caso contrario se estaría violando el debido proceso del funcionario y con ello se debe confirmar la sentencia apelada.

6.2. La parte demandada no presentó escrito de alegatos de conclusión.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no emitió concepto en esta instancia procesal.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, la Sala decide de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la sentencia de primera instancia, como lo pide la parte demandada en su recurso de apelación?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia, de dirimir la disputa puesta a su consideración².

2.2. Sobre las excepciones. Las propuestas. El recurso de apelación no planteó reclamo expreso sobre el tema, por lo cual no amerita pronunciamiento en esta instancia. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 164, CCA)³.

2.3. Este proceso se recibió del Tribunal Administrativo del Meta para ser tramitado únicamente en cuanto a proferir la sentencia; todos los demás trámites, incluido el de notificación, se harán en esa Corporación Judicial remitente.

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, caducidad, legitimación, demás presupuestos exigidos, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

³ C.C.A corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha, como el presente; CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es Código de Procedimiento Civil; CGP es Código General del Proceso; al mencionar C.C, es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fi" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene, "a" es Anexo y "c.pr" es cuaderno de pruebas, y "c.TAC" es del Tribunal de origen. Al indicar a *quo* o *ad quem*, se trata de la primera o la segunda instancia, respectivamente.



3. Principales pruebas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

- a. Acto administrativo que se demanda: Decreto 302 de 2004 (fl. 9).
- b. Documentos laborales del demandante (fl. 9-18, 68-73, 84-88, c.1, c.2).

4. Caso concreto

4.1. El proceso se ocupa de analizar y decidir, si es ilegal el acto administrativo por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de Pedro Chávez Burgos a través del acto administrativo demandado.

La primera instancia accedió a las pretensiones; decisión que fue impugnada con el recurso de apelación que aquí se resuelve.

4.2. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia⁴. Se revisa el texto del recurso de apelación para establecer los motivos de inconformidad, y se extrae como conclusión, que cuestiona lo siguiente:

a). Las actuaciones de la administración rigieron de conformidad con la Ley y la jurisprudencia existente en el momento de los hechos, de suerte que condenarla por haber desplegado esta actuación es castigarla por aplicarlas, pues estaba autorizada para disponer del retiro del demandante de la forma en que lo hizo con acto no motivado como lo señalaba el Consejo de Estado y el legislador.

b). El término de cuatro meses por el cual fue nombrado en provisionalidad Pedro Chávez Burgos había terminado para la época de declaratoria de insubsistencia, por lo tanto no fue acertada la decisión de la Juez de condenar al Departamento a indemnizar más allá de dicho lapso, pues es clara la Corte Constitucional al indicar que los pagos por concepto de salarios y prestaciones serán los efectivamente dejados de percibir.

4.3. En el expediente se demostró:

⁴ Cuando se trata de resolver un recurso de apelación, y teniendo en cuenta que el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (cuanto apela, tanto se decide) descansa sobre dos pilares: la congruencia y la facultad de disposición, significa que la segunda instancia *-ad quem-* deberá pronunciarse solo sobre aquellos cargos expresamente invocados contra la decisión del *a quo* (la primera instancia), pues frente a lo que no se cuestiona en la apelación, se tiene por aceptado y consentido; vale decir, que sólo es dable decidir y conocer aquellas circunstancias a las que ha limitado en forma concreta y expresa la apelación del recurrente, excepto cuando se trata de nulidades (art. 145, C.P.C.; 137 del CGP), excepciones de oficio (art. 164, CCA; 180.6, 187 inc.2, CPACA), y sentencias inhibitorias o ilegales que se revocan y pueden ser desfavorables al apelante único, pues son temas que deben abordarse así no se planteen en el recurso de apelación; hay otras excepciones a la regla general (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, exp. 1999-0200801) derivadas (i) de la facultad del *ad quem* para manifestarse sobre aspectos implícitos de los argumentos de la apelación y, (ii) de los cuerpos normativos que le imponen el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto en específico; también deben observarse principios de convencionalidad sobre el tema.



a). Pedro Chávez Burgos ingresó al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento del Vaupés el 26 de enero de 2004, mediante nombramiento en provisionalidad (fl. 11, 12).

b). Al hoy demandante se le retiró del servicio a través del Decreto 302 de 2004 (fl. 9).

Estas situaciones fácticas y jurídicas objetivas no generaron controversia en el proceso, ni frente a ellas existe discrepancia alguna entre las partes.

4.4. El Consejo de Estado consagra sobre el tema de los servidores públicos designados en provisionalidad (M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 5 de abril de 2018, rad. 54001-23-33-000-2014-00155-01, 2193-15), que *"De acuerdo con lo establecido por el artículo 125 de la Carta Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado se deben proveer a través del sistema de selección de méritos denominado carrera administrativa, que se constituye en el instrumento idóneo para el manejo de quienes ejercen la Función Pública, a fin de facilitar el cumplimiento de los principios y fines estatales, como los de la igualdad, la eficacia y la celeridad.*

"Se tiene, entonces, que 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. Asimismo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa deben hacerse con fundamento en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad sin discriminación alguna.

"Ahora bien, el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de proveer cargos de carrera mediante nombramiento en provisionalidad, en los eventos en que se presentan vacancias definitivas o temporales, entre tanto se asignan en propiedad o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal.

Sobre este tema, la Corte Constitucional (Sentencia T-326 de 2014) estableció: *"(...) 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 (...)"*.

También el Consejo de Estado (M. P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 20 de enero de 2011, rad. 25000-23-15-000-2010-02932-01), 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 (...)".

4.5. Para decidir sobre el primer cargo del recurso de apelación, se cuestiona por parte de la entidad estatal demandada que el *a quo* haya declarado la nulidad del acto administrativo impugnado por la causal de falta de motivación, cuando para ese entonces según aduce, la Ley y la jurisprudencia establecían que el retiro de los servidores públicos designados en provisionalidad se haría sin motivación.

4.5.1. Así, en este cargo de la apelación, el debate se centra en si se requería para el 21 de septiembre de 2004, fecha del acto administrativo cuya nulidad se pidió, que tal decisión estuviera motivada.

4.5.2. Sobre las normas jurídicas aplicables en materia de servidores públicos vinculados en provisionalidad para dicha fecha, se encuentra que la C. Po. (Artículo 125) consagró que "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 fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. // El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. // En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)".

Para el momento de los hechos, el artículo 5 del Decreto 2400 de 1968 prescribía que a los empleos de carrera le corresponden dos clases de nombramiento: i) en periodo de prueba cuando se ha realizado el concurso y i) en provisionalidad cuando el mismo no se ha efectuado, y que en este último caso (Artículo 26) "puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia", lo que se reiteró en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

Y el artículo 8 de la Ley 443 de 1998 establecía sobre el tema en discusión: "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. // Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos. // PARAGRAFO. Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos". Por su parte, el artículo 10 de dicha Ley fijaba "El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses".

A su vez, el Decreto 1572 de 1998 reiteró la posibilidad (Artículo 3) de nombramientos provisionales y consagró:

"Artículo 4°. Entiéndese 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. (...)"

"Artículo 7°. El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.

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

4.5.3. En cuanto a la jurisprudencia aplicable al momento de la expedición del acto administrativo demandado en este proceso, adicional a las providencias citadas atrás, el Consejo de Estado (M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 1 de julio de 2015, rad. 050012331 000-2004-05524-02, 0558-14) consagró que en el caso de provisionales, el retiro procedía *"incluso antes del vencimiento del periodo de la misma, sin que tal decisión conlleve menoscabo al derecho al debido proceso, pues se aplican las mismas reglas que en materia de función pública se predicen en relación con los empleados de libre nombramiento y remoción.*



"La tesis expuesta se reitera en esta oportunidad, en atención a que no es posible equiparar la situación del empleado nombrado provisionalmente para desempeñar de manera transitoria un cargo de carrera administrativa, con la de aquel que se sometió a las etapas que conforman el proceso selectivo y demostró su idoneidad para el ejercicio de la función. (...)

"La provisión de cargos en provisionalidad mientras se hace la designación por concurso de méritos, no conlleva el derecho a que la persona designada permanezca en el cargo hasta tanto se produzca el nombramiento como consecuencia del concurso, puesto que el legislador no ha condicionado el retiro del servicio a la celebración del concurso de méritos. Lo contrario, sería propiciar un fuero de estabilidad que va en contravía del mérito, pilar fundamental de la carrera administrativa, además se conferiría una estabilidad anormal que no propendería en muchos casos al mejoramiento del servicio. (...)

"El buen desempeño del empleado nombrado en provisionalidad tampoco le genera fuero de estabilidad alguno, toda vez que tal comportamiento es el que cabe esperar de todo servidor público. Adicionalmente valga decir, que la declaratoria de insubsistencia de un empleado de carácter provisional no implica sanción alguna ni inconformidad con su desempeño, puesto que tal facultad fue expresamente señalada por el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998".

Respecto del discutido requisito del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad de servidores públicos que se proferiera antes de la expedición de la Ley 909 de 2004 -Como es el caso del aquí demandante-, existía disparidad de criterio entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado acerca de si dicha decisión debía motivarse.

Así y sobre situaciones sucedidas en aquella época, la Corte Constitucional en sentencia SU 917 de 2010, indicó: "(...) 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 (...)" y que "(...) 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 excesos de la Administración, entre otros preceptos constitucionales (...)"



Otras providencias de la Corte Constitucional en las que consagra idéntica postura, además de la que se acaba de transcribir: T-254 de 2006, T-951 de 2004, T-752 de 2003 y T-222 de 2005.

Por su parte, el Consejo de Estado incluso con posterioridad a la transcrita sentencia de unificación de la Corte Constitucional, siguió considerando que los servidores públicos que se encontraban nombrados en provisionalidad podían ser desvinculados mediante acto administrativo no motivado.

En una de las múltiples sentencias proferidas defendiendo su propio criterio y luego de analizar y evaluar el contrario, el que asumía la Corte Constitucional (M. P. Gerardo Arenas Monsalve, 25 de agosto de 2011, rad. 05001-23-31-000-2001-03876-01, 0440-11) consagró: *"Sin embargo, la Sala retomando la argumentación que antecede en esta providencia, reitera la tesis adoptada en materia de retiro del servicio de empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, respecto de los cuales no se predica fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados y su retiro del servicio se puede disponer mediante acto que no requiere ser motivado, sin que tal decisión conlleve menoscabo al derecho al debido proceso, pues se aplican las mismas reglas que en materia de función pública se predicen en relación con los empleados de libre nombramiento y remoción"*.

Otras providencias de nuestra Alta Corte en igual sentido, esto es, decidiendo que eran legales los actos administrativos de insubsistencia de nombramiento de provisionales sin motivación, proferidos estos antes de la Ley 909 de 2004, son: Sala Plena, Sección Segunda, 4 de agosto de 2010, rad. 15001-23-31-000-2001- 00354 01, 0319-08, M.P. Gustavo Gómez Aranguren; M. P. Tarsicio Cáceres Toro, 13 de marzo de 2003, rad. 4972-01, de Unificación; M. P. Gerardo Arenas Monsalve, 23 de septiembre de 2010, rad. 25000-23-25-000-2004-07597-02, 1903-085; M. P. Alfonso Vargas Rincón, 19 de 2010, rad. 76001-23-31-000-2004-01497-01, 0492-07; M. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 23 de junio de 2011, rad. 050012331000-2003-00810-01, 0023-10; M. P. Luis Rafael Vergara Quintero, 21 de noviembre de 2011, rad. 05001-23-31-000-2001-03472-01, 1917-09; M.P. Gerardo Arenas Monsalve, 16 de febrero de 2012, rad. 05001-23-31-000-2002-04318-01, 1119-11; M. P. Alfonso Vargas Rincón, 13 de junio de 2013, rad. 25000-23-25-000-2002-11771-01, 1207-10; y M. P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E), 23 de septiembre de 2015, rad. 05001-23-31-000-2002-02327-01, 3651-13.

Hoy la situación es diferente: Nuestras dos Altas Cortes coinciden en que a partir de la Ley 909 de 2004 (Artículo 41; y Decreto 1227 de 2005, artículo 10) se exige como requisito inexorable de legalidad, la motivación en los

⁵ Cita a su vez como precedentes de respaldo: "Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sent. del 10 de septiembre de 2009. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Esta posición se reiteró igualmente por la Subsección A de esta Corporación en sentencia de abril 16 de 2009, rad. No. 5146-2005. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero".



actos administrativos que declaren la insubsistencia del nombramiento o la terminación del mismo respecto de los servidores públicos designados en provisionalidad; y en este sentido son pacíficas y unánimes desde entonces tanto la aplicación legal como la consagración jurisprudencial en la materia.

De ahí que el Consejo de Estado⁶, regido ahora por la nueva normativa, precisó el alcance de lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario 1227 de 2005, en cuanto al retiro de los servidores públicos vinculados en provisionalidad a partir de aquella:

"(...) 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 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 párrafo 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 (...)". Resaltados no son del original.

La Sala se ha pronunciado sobre el tema (Exp. Mayo de 2020, 2005-20257, M. P. Lida Yannette Manrique Alonso): **"Antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004, se venía diciendo que los funcionarios nombrados en provisionalidad, presentaban dos características implícitas denominadas como "doble fuero de inestabilidad"⁷; la primera porque pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier tiempo y en la mayoría de casos sin necesidad de motivar la decisión⁸ al no estar inscritos en la carrera**

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 18 de marzo de 2015. Rad interno: 0883-2008.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 12 de marzo de 2009. C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero. Rad. 08001-23-31-000-1995-09987-01(2076-05).

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN. Bogotá D.C., cuatro (04) de agosto de dos mil diez (2010). Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00354-01(0319-08). Dicha sentencia dispuso: "En este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de



administrativa, y segundo, puesto que pueden ser desplazados en cualquier tiempo por las personas que habiendo superado las etapas del concurso, se disponen a ocupar el cargo en propiedad. // Tal orientación se apoyaba en que los actos administrativos que declaraban la insubsistencia del nombramiento de un empleado que desempeña un cargo en provisionalidad, se encontraba revestido de una presunción legal, en virtud de la facultad discrecional que le otorga la Ley al nominador, siendo expedidos en aras del buen servicio público, y pudiendo ser ejercidos en cualquier momento, incluso antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga. // Lo anterior encontraba sustento normativo en lo previsto en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, que literalmente dispone: (...). // Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 señaló (...) y siendo en consecuencia procedente el retiro de los provisionales a través del mismo acto que materializa el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, es comprensible que para proferir tal decisión sea necesario acudir a las pautas que rigen la discrecionalidad”.

Y concluía la providencia: “Por tanto la falta de motivación para la declaratoria de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad **con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004**, es causal suficiente para invalidar el acto de insubsistencia.⁹”. Resaltados fuera del original.

4.5.4. Luego es claro que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004, que ocurrió el 23 de septiembre de 2004 y se publicó en el Diario Oficial No. 45.680 de ese mismo día, toda desvinculación que ordene una entidad de un servidor público en provisionalidad, debe estar motivada.

Pero he aquí que para el caso concreto, Pedro Chávez Bustos fue retirado de su cargo mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en provisionalidad, **antes de dicha fecha**: El 21 de septiembre de 2004, a través del Decreto 302 de 2004, que se le notificó y ejecutó ese mismo día (fl. 1, 10).

También es claro que dicho acto administrativo no tiene motivación alguna.

Sin embargo y de conformidad con lo antes expuesto, no le serían aplicables al hoy demandante, la normativa y los criterios jurisprudenciales que exigen la motivación de actos administrativos como el aquí demandado. En su caso, las normas jurídicas y los precedentes contencioso administrativos aplicables, no exigían el requisito de la motivación para la legalidad de este tipo de decisión.

motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura. Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION SEGUNDA. SUBSECCION B. Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil trece (2013). Radicación número: 05001-23-31-000-2002-04388-01(2105-11).



Es necesario precisar que si bien los cambios jurisprudenciales se pueden aplicar para hechos y demandas radicadas antes de su adopción pero cuando todavía hay trámites administrativos y judiciales en curso (M. P. Julio Roberto Piza Rodríguez, 28 de mayo de 2020, rad. 110010315000 20190514101) y también, M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 18 de junio de 2020, rad. 11001-03-15-000-2019-05316-01 y 9 de julio de 2020, rad. 11001-03-15-000-2020-01551-00; M. P. César Palomino Cortés, 25 de abril de 2019, rad. SUJ-014 -CE-S2-2019, 680012333000201500569 01), en este caso no es dable tener en cuenta la actual postura del Consejo de Estado reseñada atrás que da cuenta de la exigencia hoy de motivación, ya que en este caso en particular, ese nuevo criterio se fundamentó en la expresa variación normativa que se expidió en septiembre de 2004 sobre el tema, pero con posterioridad al hecho y acto administrativo cuya legalidad aquí se discute, distinta a las normas jurídicas que sustentaban la posición jurisprudencial entonces vigentes y que se acoge en la presente providencia, por lo que las situaciones de hecho y de derecho son diferentes y por lo mismo, procede la decisión con el criterio entonces aplicable al momento de expedirse la decisión que se cuestiona en este proceso.

Se agrega que ante las diversas y encontradas interpretaciones que suscitó el tema antes de la expedición de la Ley 909 de 2004, como lo expresaron el *a quo* y las partes, y si bien es cierto la sentencia apelada y un auto de ponente del Tribunal remitente del proceso acogían la postura de la Corte Constitucional, también es cierto que dicho criterio como ya se expuso atrás, no fue compartido por el Consejo de Estado desde tiempo atrás; de manera que sin desconocer la autoridad de la Corte Constitucional en los asuntos que se le han atribuido, para el caso específico que aquí se debate resulta aplicable y se acoge el criterio de nuestra Alta Corte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que se considera con mejor sustento fáctico y jurídico específico y concreto por sobre el de aquella, en razón además de su especialidad, el largo lapso continuo en el que lo sostuvo aun con también sentencias de unificación, que incluso mantuvo con posterioridad a una similar de la Corte Constitucional (Sentencia SU 917 de 2010) en providencias donde la analizaba en forma expresa pero no la acogía, y aquí no se trata de aplicar ventajas desproporcionadas ni beneficios particulares e individuales en contra del interés general.

Por lo tanto y como quiera que la desvinculación del demandante quien ocupaba un cargo en provisionalidad se efectuó antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, el acto administrativo que así lo dispuso no requería motivación; en consecuencia, es legal el demandado Decreto 302 de 2004 y se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

También se trae en respaldo, que los servidores públicos nombrados en provisionalidad no ingresan al servicio estatal por méritos sino por decisión discrecional, generosa y sin motivación del jefe de la entidad respectiva, con lo que no adquieren derechos de estabilidad ni procedía un trato igualitario de desvinculación con quienes ocupaban cargos de carrera,



máxime cuando como se demostró, se excluía en la legislación el requisito reclamado por el hoy demandante, y ello no significaba la vulneración del artículo 29 de la C. Po., ya que no impedía el cuestionamiento en vía judicial ante razones otras razones contrarias a la buena y sana administración y al ordenamiento jurídico.

4.6. Frente al segundo motivo de inconformidad planteado en el recurso de apelación en el que cuestionó la condena indemnizatoria impuesta por el *a quo*, por sustracción de materia al prosperar el primer cargo de la impugnación y con ello revocar la declaratoria de nulidad del Decreto 302 de 2004, no procede pronunciamiento alguno en esta instancia, pues de manera consecencial, aquella también queda revocada (Numerales primero, segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada).

5. Otras decisiones

5.1. Costas. No se condena en costas por el trámite en ésta segunda instancia, toda vez que de la conducta de las partes no se evidencia mala fe, ni son constitutivas de temeridad ni de abuso del derecho.

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 en 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.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR los numerales primero, segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia del 26 enero de 2018, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Villavicencio; y en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. DECLARAR que no hay condena en costas.

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, y



(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.

La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado



YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada