CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil once (2011)

REF: Expediente No. 25000 23 25 000 2003 08546 01 (1245-2009)

Actor: MIGUEL ÁNGEL LOZANO VERA C/ DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - SECRETARÍA DE SALUD

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES **- F A L L O-**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 17 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimatoria de las súplicas de la demanda instaurada por el señor MIGUÈL ÁNGEL LOZANO VERA, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo emitido por el Secretario de Salud de Cundinamarca, mediante el cual declaró insubsistente su nombramiento provisional en el cargo de Profesional Especializado, Código 335, Grado 09, de la Planta Global de la Secretaría de Salud de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor MIGUEL ÁNGEL LOZANO VERA, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de obtener la nulidad de la Resolución

Nº 1731 de 29 de mayo de 2003, suscrita por el Secretario de Salud de Cundinamarca, mediante el cual declaró insubsistente su nombramiento provisional en el cargo de Profesional Especializado, Código 335, Grado 09, de la Planta Global de la Secretaría de Salud de Cundinamarca; así mismo solicitó la nulidad del Oficio No.SS-DAF-TH-0332, de la misma fecha, por la cual le fue comunicada la decisión contenida en el acto administrativo anterior.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la Entidad demandada su reintegro al cargo que ocupaba, o a otro de igual o superior jerarquía, con funciones afines o que sea ascendido a un cargo de superior jerarquía como funcionario de carrera administrativa; que se condene a la demandada al pago de todas las sumas de dinero correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo o a uno similar o al de ascenso, desde la fecha de su retiro y hasta su reintegro; y que se declare que no hubo solución de continuidad en la prestación de sus servicios.

Relató el actor en el acápite de hechos, que fue vinculado al Ente accionado mediante Resolución No. 1138 del 7 de mayo de 1998, por cuatro meses, en el cargo de Profesional Especializado, Código 3115, Grado 09, de la Secretaría de Salud Departamental, nombramiento que fue prorrogado por Resolución No. 2261 de 4 de septiembre de 1998.

Que posteriormente fue incorporado a la Dirección de Vigilancia y Control de la Secretaría en mención, mediante Acta No. 377 de 21 de noviembre de 1999.

Indicó, que por virtud de la Resolución No. 823 de 26 de abril de 2000, fue encargado de la Subdirección Administrativa del Hospital Mario Gaitán Yanguas del Municipio de Soacha; situación que culminó, mediante Resolución No. 0614 de 18 de abril de 2001, regresando de ésta manera a la Secretaría de Salud para continuar desempeñando las funciones que le correspondían de acuerdo con el cargo que ocupaba.

Que fue declarado insubsistente mediante Resolución No. 1731 de 29 de mayo de 2003, hecho que lo motivó a instaurar Acción de Tutela, que fue resuelta por el Juzgado 54 Penal del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de tutelar sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral, al debido procedo, salud y vivenda digna, ordenando en consecuencia su reintegro inmediato mientras incoaba el respectivo proceso ordinario; decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Mencionó, que es Economista de la Universidad Tadeo Lozano, especializado en Planificación de Desarrollo y en Gerencia de Servicios de la Salud y que cuenta con más de 20 años de experiencia profesional en el sector público, 15 de los cuales fueron prestados al servicio de la Gobernación de Cundinamarca, en los que nunca fue sancionado disciplinariamente.

Invocó como normas violadas los artículos 11, 13, 25 y 29 de la Constitución Política; 1, 7, 10, 15 y 16 de la Ley 443 de 1998; así como los Decretos Nos. 1330 y 1572 de 1998.

Señaló, que la Administración al proferir el acto acusado vulneró su derecho a la vida.

Sostuvo, que existió una persecución laboral y probablemente política, toda vez, que fue evidente la discriminación y violación a su derecho a la igualdad y que al ser removido sin justificación alguna del empleo que venía desempeñando, se desconocieron sus derechos al trabajo y a la estabilidad laboral.

Indicó, que con la expedición del acto censurado se desconocieron los principios de publicidad y debido proceso, así como la obligación constitucional y legal de motivar las decisiones que adopta la Administración, pues en él no están contenidas las razones que motivaron la insubsistencia.

Sostuvo, que el acto de su remoción fue expedido de manera irregular, toda vez, que el funcionario que lo profirió no tenía competencia para retirarlo de la Entidad, porque el Decreto 2004 de 29 de abril de 2001, que lo facultaba fue expedido de manera extemporánea.

Por último, indicó que la Entidad jamás lo convocó para que participara en el correspondiente concurso que le permitiera ser nombrado en propiedad en el cargo que ocupaba; circunstancia que le impedía retirarlo del servicio, porque no se había confeccionado lista de elegibles para proveer el empleo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de Cundinamarca, mediante apoderado judicial, se opuso a todas las pretensiones planteadas en la demanda. Al efecto, expresó que en razón a que el demandante era un empleado nombrado en provisionalidad, su retiro se produjo en ejercicio de la facultad discrecional y que en tal sentido, no había necesidad de motivar el acto de insubsistencia.

Expresó, que el hecho de haber sido un funcionario excelente no le genera fuero alguno de estabilidad.

Precisó, que el actor no fue convocado a concurso, en razón de la declaratoria de inexequibilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil y las Comisiones Seccionales, por parte de la Corte Constitucional.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de providencia de 17 de abril de 2009, negó las súplicas de la demanda.

En primer lugar, manifestó que no se pronunciaría de fondo respecto del Oficio por el cual le fue notificado al accionante la declaratoria de su insubsistencia, toda vez, que el mismo no es un acto definitivo.

Sostuvo, que el hecho de que el libelista desempeñara un cargo de carrera administrativa, no le generaba derecho para alegar las garantías que ésta otorga, porque para ello es necesario haber superado las etapas de un concurso público.

Adujo, que si bien la Entidad accionada no lo llamó a participar en el correspondiente concurso que le permitiera ser nombrado en propiedad, lo cierto, es que tal situación no le genera estabilidad alguna en el empleo.

Sostuvo, que en razón a que el actor fue vinculado mediante nombramiento provisional, era claro, que el nominador podía en ejercicio de la facultad discrecional declararlo insubsistente sin necesidad de motivar el acto y sin atender a ningún procedimiento previo.

Argumentó, que si bien, la declaratoria de inexequibilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conllevó a que los empleados nombrados con carácter provisional se quedaran indefinidamente en sus cargos, ello no les genera derecho de estabilidad.

Señaló, que el peticionario no demostró que el acto censurado fue expedido con desviación de poder, como quiera, que no aportó prueba alguna que evidenciara su configuración.

Alegó, que el nominador si tenía competencia para expedir el acto acusado, toda vez, que el Decreto 2004 de 29 de octubre de 2001, fue expedido por el Gobernador de Cundinamarca en ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 7º del artículo 305 Constitucional y no en ejercicio de las facultades extraordinarias que por el término de seis meses le concedió la Asamblea Departamental a través de la Ordenanza No. 004 de 10 de abril de 2001, como erradamente lo señaló el actor.

Por último, agregó que el acto de delegación cumplió con los requisitos que exige el artículo 10 de la Ley 489 de 1998, toda vez, que de un lado, esta contenido por escrito y de otro, señaló expresamente la autoridad delegataria precisando las funciones que transfiere.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación.

Al respecto, hizo referencia a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se ha considerado la necesidad de motivación del acto de insubsistencia de los empleados que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, guardó silencio.

La parte demandada, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda.

El Ministerio Público, guardó silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con la glosa planteada por el demandante en el recurso de alzada, corresponde a la Sala resolver si el acto por el cual la Entidad

demandada, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado, Código 335, Grado 09, de la Planta Global de la Secretaría de Salud de Cundinamarca, adolece del vicio de: *"falta de motivación".*

DEL FONDO DEL ASUNTO

A fin de decidir el objeto de la controversia, la Sala inicialmente estudiará la figura del empleado provisional, para luego, de acuerdo con el acervo probatorio obrante al interior del proceso, establecer si la Resolución por la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad hecho al actor adolece del vicio alegado.

DE LA SITUACIÓN DEL EMPLEADO PROVISIONAL

El principio general de carrera administrativa actualmente, previsto en nuestra Carta Política en su artículo 125[1], se consagró como una garantía para los servidores públicos que les permite la permanencia en los cargos públicos, este principio ha atravesado por diversas condiciones circunstanciales de las dinámicas políticas, que inevitablemente en veces la han convertido en la excepción

Anteriormente, en la Constitución de 1886 en su Título V, y específicamente en su artículo 62[2] se consagraron varias disposiciones relativas a las reglas

---

[1] ***Constitución Política de 1991,Artículo 125.*** *(Adicionado con un parágrafo final, mediante acto legislativo 01 de 2003, julio3). 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 los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley..."*

[2] **Constitución Política de 1886. Artículo 62.** *"La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público. El presidente de la república, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido. A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de*

generales sobre el acceso, organización, administración y vinculación al servicio público; no obstante en los primeros cincuenta años de su vigencia se torno en una figura extinta, pero que renació con la expedición de la Ley 165 de 1938[3], en la que se proyectaron los principios fundamentales del mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y el acenso en la misma.

Fue a partir del Decreto 1732 de 1960[4] que en forma expresa se contemplo la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados provisionales. Aunque esta figura inicialmente se estableció con una duración de 15 días, término que una vez cumplido habilitaba al provisional para separarse del cargo, en tanto que no podía continuar ejerciendo las funciones del empleo, lo cierto es, que con el paso del tiempo adquiría vocación de permanencia, pues en caso de persistir la ausencia de lista de candidatos elegibles para proveer el cargo, el mismo debía ser provisto en provisionalidad por el nominador.

No obstante, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968[5],

---

ejercer libremente el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción".

[3] **Ley 165 del 16 de noviembre de 1938.** ***"Por la cual se crea la carrera administrativa".*** Como lo indica su artículo 20, empezó a regir el 1° de julio de 1939. **Artículo 4°.** *"Para los efectos de la presente Ley, quedan comprendidos en la carrera administrativa todos los empleados públicos que presten sus servicios en los ramos fiscal y administrativo, conforme a los artículos 39 y 40 del Código Político y Municipal,* ***con las siguientes excepciones: a)*** *los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad y sus secretarios;* ***b)*** *Los agentes del presidente de la república o de los gobernadores, intendentes y comisarios, y aquellos que aunque no tengan tal carácter, su designación tenga una significación esencialmente política, como los secretarios de los ministros, gobernadores, intendentes y comisarios;* ***c)*** *Los empleados nombrados por las cámaras legislativas, por las asambleas departamentales y por los concejos;* ***d)*** *Los empleados y agentes de policía y resguardos de rentas;* ***e)*** *Los empleados del ramo electoral;* ***f)*** *los funcionarios del ministerio público;* ***g)*** *los empleados de la presidencia de la república;* ***h)*** *los que estén incorporados en carreras especiales; e* ***i)*** *los demás que, a juicio del gobierno, tengan funciones políticas o económicas que se rijan por un estatuto distinto del de la carrera administrativa".*

[4] **Decreto 1732 de 18 de julio de 1960.** *Sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa".* Como lo indicó el Parágrafo de su artículo 18, reguló de manera especial la Carrera Diplomática y Consular, dedicando todo el Capítulo VI. **Este Decreto fue derogado por el artículo 65 del Decreto 2400 de 1968, menos sus artículos 178 y 179, referentes a la Junta Directiva de Cajanal y al Consejo Directivo de la Esap, respectivamente.**

[5] **Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968** *"Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones".* Este Decreto en su artículo 65, derogó el Decreto 1732 de 1960. Además fue reglamentado por el Decreto 1950 de 1973. **Y fue**

en tanto que admitió el ingreso automático de la misma, favoreciendo a los empleados que estuvieron desempeñando el empleo de carrera, solo por el hecho de estarlo haciendo al momento de la expedición de la ley; obviando con ello que uno de los pilares básicos es el mérito que se debe demostrar previo al ingreso en el servicio público, situación que encontró su fin solo hasta el año 1997, con la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional del artículo 22 de la Ley 27 de 1992 en la sentencia C-030.

Su artículo 5° estableció por primera vez, las clases de nombramiento: ordinario, en período de prueba y **provisional**; de manera que, la designación en el empleo de libre nombramiento y remoción tiene el carácter de nombramiento ordinario; el nombramiento en empleo de carrera recae sobre los seleccionados por el sistema de mérito y se produce inicialmente en periodo de prueba que no puede exceder los 6 meses, término que luego de superado habilita la inscripción en el escalafón y la ratificación en el cargo; y **el nombramiento provisional,** se produce cuando se trata de *"proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera",* **y no puede exceder de cuatro meses.** y el artículo 25 [6], contempló dentro de las causales de retiro del servicio, la insubsistencia del nombramiento.

En lo que al retiro concierne, en su artículo 26 [7] señaló, que *"**el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera,** puede ser **declarado***

---

derogado en los Títulos de Carrera Administrativa y Administración de Personal por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.

[6] **Artículo 25.** *"la cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: **a. Por declaración de insubsistencia del nombramiento; b.** Por renuncia regularmente aceptada; **c.** Por supresión del empleo; **d.** Por retiro con derecho a jubilación; **e.** Por invalidez absoluta; **f.** Por edad; **g.** Por destitución; y **h.** Por abandono del cargo".*

[7] ***El artículo 26** fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-734 de 2000, confirmada en Sentencia C-1003 de 2003. "El nombramiento hecho a una persona para ocupar un **empleo** del servicio civil, **que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia.** Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera".*

insubsistente libremente *por la autoridad nominadora,* ***sin motivar la providencia"***, no obstante debe dejarse constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Y agregó, que los nombramientos de los empleados de carrera solo podían ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos por la ley o reglamento que regule la respectiva carrera; declaratoria de insubsistencia que conllevaba la pérdida de los derechos de carrera. Si el empleado inscrito en el escalafón ocupaba un cargo que se declarara de libre nombramiento y remoción, perdería su derecho dentro de la carrera, salvo traslado a empleo de carrera con funciones y requisitos equivalentes, como lo informa su artículo 49 [8].

En efecto es claro, que por orden legal, la designación del empleado provisional tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado; tal circunstancia permite deducir, que dicho nombramiento no tiene el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, no otorga la estabilidad propia del sistema; así las cosas, su desvinculación se producirá dentro de las hipótesis del artículo 25 ibídem, que bien desarrolló el artículo 26, pero con la ambigüedad relacionada a que la insubsistencia es propia de los que no pertenecen a una carrera, esto es, los nombramientos ordinarios o sea los de libre nombramiento y remoción, pues para los de carrera existen los motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios de insatisfactoria.

Pues bien, observa la Sala que el análisis sistemático de estos preceptos permite deducir la siguiente percepción, que reviste especial importancia para aclarar los nexos entre la cesación definitiva de las funciones de los empleados provisionales y los actos discrecionales de insubsistencia.

La manera como quedó redactado el precepto, en principio, no sería extendible a los funcionarios provisionales, pero tampoco estos vínculos

---

[8] **Artículo 49** *"Los empleados inscritos en el escalafón que ocupen* ***cargos que se declaren de libre nombramiento y remoción, perderán su derecho dentro de la carrera"***. El aparte subrayado fue declarado inexequible por la Corte Suprema en Sentencia de 10 de abril de 1970.

generan derecho de estabilidad; de tal suerte, que la ambigüedad se resuelve en la identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, lo cual origina en forma lógica que la cesación definitiva de funciones comporta identidad de dispositivo de los señalados en el artículo 25 literal a), es decir, que el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, pueda y deba hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, pensar lo contrario supone atribuir al nombramiento provisional consecuencias que no tiene, es decir, someterlo al procedimiento del inciso 2º del artículo 26, sin que se comporte hipótesis material, porque el ingreso de estas personas no ocurrió previo un sistema de selección de mérito, lo cual como puede apreciarse, conduce a que la identidad material del ingreso al servicio por nombramiento ordinario comparta analogía real con el ingreso al servicio público por nombramiento en provisionalidad.

Esta identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, encuentra disposición expresa en el Decreto 1950 de 1973, por medio de su artículo 107[9], que preceptúa que tanto el nombramiento ordinario como el provisional, pueden ser declarados insubsistentes sin motivación de la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que le asiste al Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados.

Tal identidad que comparte el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, en razón de que puede declararse su insubsistencia sin motivación alguna, persiste aún, en razón de que la Carta Política de 1991 en su artículo 125, preceptuó como causales de retiro para los empleados de carrera, no solo la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario, las demás

---

[9] **Artículo 107.** ***" En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.***

"En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".

causales previstas en la Constitución, sino también las demás contempladas por ***"la ley"***; última parte de la disposición Superior, que habilita de manera expresa la aplicación de lo prescrito en esta particular materia de tiempo atrás, por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

El empleado provisional seguía teniendo vocación de permanencia al interior del servicio público y no era de otra manera cuando la Ley 61 de 1987[10], con la estipulación de las excepciones al término de 4 meses de duración de la figura, habilitó tres posibilidades de ocupar un cargo en provisionalidad: la ordinaria ante la carencia de lista de elegibles, la del que ocupaba el cargo del empleado a quien se le otorgó comisión de estudios y la de quien laboraba en el cargo que fue prorrogado por solicitud de la entidad interesada debidamente motivada.

El nombramiento provisional, con las Leyes 27 de 1992[11] y Decretos Reglamentarios y con la Ley 443 de 1998 [12], pasó a convertirse en figura suplente del encargo, que se constituyó en el derecho preferencial de los empleados escalafonados para ocupar los cargos de carrera; de suerte que, la provisionalidad en virtud de la segunda Ley, admitió varias excepciones a su temporalidad de 4 meses, aunque en el Parágrafo de su artículo 8°, expresamente contempló la imposibilidad de la prórroga de dicho término al

---

[10] **Ley 61 de 30 de diciembre de 1987** *"Por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones".* **Esta Ley fue derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.** En el artículo 4° reiteró que la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción se hace por nombramiento ordinario y la de **empleos de carrera previo concurso por** *"nombramiento en periodo de prueba* ***o por ascenso y por nombramiento provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera ...".***

[11] **Ley 27 de 23 de diciembre de 1992** *"Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones".* **Esta Ley fue derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.** El artículo 10 reiteró que la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hacía por nombramiento ordinario y los de carrera previo concurso, por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso, agregó, que mientras se efectuara la selección para ocupar un empleo de carrera, gozaban de derecho preferencial para ser encargados los empleados inscritos en el escalafón, siempre que reunieran los requisitos para su desempeño y en caso contrario podía acudirse al **nombramiento provisional.**

[12] **Ley 443 de 11 de junio de 1998** *"Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones".* Esta Ley **fue derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004,** salvo sus artículos 24, 58, 81 y 82, relacionados con los concursos que puede adelantar la ESAP, su naturaleza jurídica, la creación del Sistema Único de Información de Personal y la hoja de vida de los servidores públicos, respectivamente.

igual que el impedimento para proveer nuevamente el empleo a través de dicho mecanismo.

Las causales de pérdida de los derechos de carrera, en tanto que siguen siendo las mismas que se dispusieron en la normativa que le precede a estas Leyes, permiten sin lugar a dudas afirmar la vigencia de los artículos 5º, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968 y del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

El Decreto 1572 de 1998[13] en su artículo 7º, expresamente habilitó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del empleado provisional, a través de acto expedido por el nominador, es más, facultó a este para darlo por terminado mediante resolución, en cualquier momento antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga; disposición que corrobora aun más que la cesación de funciones del empleado provisional, puede y debe hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, que también aplica para los empleados con nombramiento ordinario.

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004[14], cuando establece que las clases de nombramiento son ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal, con lo que se torna aun más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005[15], varía la situación, pero solo en el evento de darse por terminado el nombramiento provisional antes de

---

[13] **Decreto 1572 de 5 de agosto de 1998** *"Por el cual se reglamente la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998".*

[14] **Ley 909 de 23 de septiembre de 2004** *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".*

[15] **Decreto 1227 de 21 de abril de 2005** *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998".*

cumplirse el término, caso en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

De manera pues, que la existencia de los provisionales no es extraña a las normas legales, pues esta figura se creo con el objeto de que se ocuparan los empleos de carrera administrativa cuando no ha precedido al nombramiento la selección por concurso designación que en principio no podía exceder los cuatro meses, sin embargo a raíz de la declaratoria de inexequibilidad[16] de la existencia y funcionamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano dependiente y subordinado del Departamento Administrativo de la Función Pública impidió por falta de competencia, que las diferentes entidades estatales, adelantaran sus propios concursos de méritos para proveer en propiedad los cargos de carrera del Estado, coyuntura que generalizó el abastecimiento de los mismos nombramientos en provisionalidad.

De todo lo anterior emerge con claridad, que *in factum* no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario;

---

[16] La Corte Constitucional precisó en la sentencia C-372 de 1999 que el Congreso en desarrollo de los artículos 113 y 130 de la Constitución Política, señalará la estructura de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano autónomo e independiente, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial. La Corte consideró, por una parte, que si la Comisión Nacional del Servicio Civil establecida por la Constitución es un organismo único encargado de administrar y vigilar por regla general el sistema de carrera, ningún sentido tiene la existencia de comisiones independientes a nivel territorial, no previstas por aquélla, cuya función descoordinada e inconexa desvertebraría por completo la estructura que la Constitución ha querido configurar en los términos descritos, frustrando los propósitos esenciales de sus artículos 125 y 130. Además, si lo que se predica del régimen de carrera en las contralorías es su carácter especial, a tal punto que frente a ellas ninguna atribución puede cumplir la Comisión Nacional del Servicio Civil, menos todavía puede admitirse la existencia de cuerpos similares a ella en las contralorías de los departamentos y municipios.

que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación *in absurdo*, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

A esta altura del proceso, se advierte que se continua la línea jurisprudencial, plasmada en la sentencia de 13 de marzo de 2003 [17], proferida en el radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro, tesis ratificada en providencia proferida por la Sala de Sección de 4 de agosto de 2010, expediente 319-2008, actor Aura Alicia Pedraza Villamarín, en la que igualmente se consideró que el acto de desvinculación de un funcionario provisional, no requiere motivación alguna, conclusión a la que arribó la Sala, luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura, pero precisando que la exigencia de no motivación del acto que declara la insubsistencia del provisional encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004[18]

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta, que el acto de nombramiento en provisionalidad y la declaratoria de insubsistencia de la actora se produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998, es decir; cuando aún no se había promulgado la Ley 909 de 2004 y su Decreto reglamentario, la declaratoria de su insubsistencia no requería motivación, situación que no implica que el acto de retiro no este sujeto a control contencioso, sí la parte interesada

---

[17] *Sentencia de 13 de marzo de 2003, radicado 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo. Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro.*

[18] *Sentencia de 23 de septiembre de 2010, radicado 0883-2008, Actor María Stella Albornoz Miranda. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve "... A juicio de la Sala, en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P.), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad...".*

acredita cualquiera de las causales de anulación del acto administrativo previstas en el artículo 84 del C.C.A.

LO PROBADO EN EL PROCESO

Se tiene que en el proceso reposan las siguientes pruebas **documentales:**

Resolución No. 1138 de 7 de mayo de 1998, por la cual el Gerente General para la Salud de la Gobernación de Cundinamarca, nombra en provisionalidad al demandante para desempeñar el cargo de Profesional Especializado, Código 3115, Grado 09, de la Dirección Administrativa y Financiera de la Gerencia para la Salud. (Folio No. 32).

Resolución No. 002261 de 4 de septiembre de 1998, mediante la cual el Gerente General para la Salud de la Gobernación de Cundinamarca, prorrogó el anterior nombramiento hecho al actor. (Folios Nos. 33-34).

Resolución No. 0823 de 26 de abril de 2000, a través de la cual el Secretario de Salud de la Gobernación de Cundinamarca, encargó al accionante en el empleo de Subdirector Administrativo, Código 070, del Hospital Mario Gaitán Yanguas de Soacha, Primer Nivel de Atención, Grado Corporativo Cuatro, de la Secretaría de Salud, mientras se nombra al titular. (Folio No. 35).

Resolución No. 0614 de 18 de abril de 2001, por la cual el Secretario de Salud de Cundinamarca, terminó el anterior encargó hecho al demandante. (Folio No. 38).

Oficio SSC-DAD-TH 237 de 30 de enero de 2002, proferida por la Dirección Administrativa y Financiera, Grupo Talento Humano, del Departamento de Cundinamarca, por el cual se le comunica al accionante que como resultado del proceso de reestructuración hecho mediante Resolución No. 0067 del 25 de enero de 2002, ha sido incorporado dentro de la Planta Global de la

Secretaría de Salud de Cundinamarca en el cargo de Profesional Universitario 335 09 TR, ubicado en la Dirección de Vigilancia y Control. (Folio No. 52).

Resolución No. 1731 de 29 de mayo de 2003, mediante la cual el Secretario de Salud del Departamento de Cundinamarca, declaró insubsistente el nombramiento provisional hecho al actor en el cargo de Profesional Especializado, Código 335, Grado 09 de la Planta Global de la Secretaría de Salud de Cundinamarca. (Folio No. 3). **Oficio SS-DAF-TH-0332 de 29 de la misma fecha,** por el cual le fue comunicada dicha decisión. (Folio No. 2).

Resolución No. 2448 de 8 de julio de 2003, suscrita por el Secretario de Salud del Departamento de Cundinamarca, mediante la cual reintegra al accionante en el cargo que venía ejerciendo como Profesional Especializado, Código 335, Grado 09 de la Planta Global de la Secretaría de Salud de Cundinamarca, en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal de Circuito de Bogotá, que tuteló sus derechos a la estabilidad laboral, debido proceso, salud y vivienda digna. (Folios Nos. 5-6).

EL CARGO ENDILGADO DE "FALTA DE MOTIVACIÓN"

Antes de realizar el estudio del cargo de anulación respecto de la Resolución enjuiciada, que el accionante denominó como *"falta de motivación"*, es del caso recordar que los vicios que atacan la presunción de legalidad de los actos administrativos son de dos clases; los **vicios formales**, que operan de pleno derecho, habida cuenta que representan la vulneración a la objetividad del ordenamiento jurídico y los **vicios materiales**, que por el contrario, no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la Administración.

De manera particular, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla como vicios **formales,** los de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como **vicios materiales:** su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

El vicio formal de infracción de las normas en las que el acto debe fundarse, referidas dichas normas, a todas aquellas que componen el ordenamiento jurídico, por manera que objetivamente implica la confrontación del acto con la norma superior, se trata entonces de un problema de derecho; **la incompetencia,** que consiste en que la autoridad administrativa adopta una decisión sin encontrarse legalmente facultada para ello, teniendo en cuenta que no se puede salir del marco constitucional y legal que le señala su competencia; y, **la expedición irregular**, que acontece cuando se emite el acto sin sujeción a un procedimiento y unas fórmulas determinadas.

El vicio material de desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, es una causal implícita en el Derecho administrativo, porque forma parte de la garantía constitucional básica al debido proceso; **la falsa motivación**, que se traduce en el error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y **el desvío de poder**, que es la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el Legislador.

De lo anterior se advierte, que el cargo que el demandante denominó como *"falta de motivación",* en sentido estricto no se constituye como patología del acto administrativo, en tanto que de conformidad con lo visto, el mismo se encuentra incurso en el vicio material de **violación al debido proceso**, habida cuenta, que el cargo lo estructuró en el entendido de que como ocupaba un cargo de carrera, su retiro debió ser **motivado**.

Dilucidado lo anterior, debe señalarse que tal como lo dispone la normativa que regula la materia, al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero de estabilidad alguno, con lo que en consecuencia **procede su retiro sin que sea menester la motivación del acto de insubsistencia,** en consideración a que su nombramiento no requiere de ningún procedimiento, contrario a lo que sucede para el caso de los empleados de carrera, pudiéndose equiparar al cargo de libre nombramiento y remoción.

Además, se resalta que la permanencia del servidor público en el cargo ocupado en provisionalidad por encima del término previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad como tampoco al nominador le surge la obligación de motivar el acto de insubsistencia, porque tal circunstancia carece de la entidad suficiente para modificar la condición que legalmente ostenta el empleado provisional.

Aunado a ello, se tiene que el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, claramente establece que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo en el servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente **sin motivación** alguna por la autoridad nominadora, pues éste se presume expedido por razones del servicio público.

En tal sentido, es claro que no prospera el cargo formulado.

Así las cosas, y de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia, la Sala procederá a confirmar la decisión del Tribunal que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMASE por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia, la sentencia apelada de 17 de abril de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por el señor MIGUEL ÁNGEL LOZANO VERA, contra DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN **LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**