



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas.

ASUNTO: SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN: 70-001-33-33-004-2014-00265-01
M DE C: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
DEMANDANTE: SAMUEL BARTOLO ALVAREZ CASTILLO.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE SINCELEJO.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Decide el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (municipio de Sincelejo) contra la sentencia proferida el 12 de junio de 2017, por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, que accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES.

1. LA DEMANDA¹.

El señor **SAMUEL BARTOLO ALVAREZ CASTILLO**, por conducto de apoderado judicial², en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho formuló demanda en contra del municipio de Sincelejo, **solicitando:**

“Que se declare la nulidad del Decreto 459 del 1 de septiembre de 2014, a través del cual, se declaró insubsistente al señor Samuel Bartolo Álvarez Castillo del cargo de Profesional Universitario – Código 219 - Grado 18 del Municipio de Sincelejo.

Que en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro del señor Samuel Bartolo Álvarez Castillo del cargo de Profesional Universitario – Código 219 - Grado 18 del Municipio de Sincelejo.

Que igualmente a título de Restablecimiento del Derecho, al señor Samuel Bartolo Álvarez Castillo se le reconozcan y paguen los salarios, primas técnicas, bonificaciones y

1 Folios 1-22

2 Folio 23 memorial poder.

prestaciones sociales legales, dejadas de percibir desde su desvinculación el 2 de septiembre de 2014, hasta el día en que sea reintegrado al cargo que desempeñaba, junto con los incrementos legales que se llegaren a efectuar.

Que se declare, que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad hasta el día en que legal y efectivamente se produzca el reintegro del demandante.

Que se condene a la entidad demandada al pago de 100 SMLMV, por concepto de reparación, por los perjuicios morales que causó el Decreto 459 del 1 de septiembre de 2014.

Que se condene en costas a la entidad demandada” (SIC)

Como **fundamentos fácticos**, en la demanda se afirmó que:

“El señor Samuel Bartolo Álvarez Castillo, se desempeñó como servidor público del Municipio de Sincelejo desde el 2 de enero de 2006 hasta el 1 de septiembre de 2014, inicialmente lo hizo como Técnico Operativo Código 314 Grado 21, Adscrito a la Secretaría General hasta el 22 de junio de 2011, fecha en la cual, por su excelencia y grandes resultados en la labor que venía cumpliendo, fue promovido para el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 18, para prestar sus servicios como profesional en la OFICINA DE INFORMATICA de la Alcaldía de Sincelejo.

3.2. Para el ejercicio del último cargo, es decir, para el de Profesional Universitario Código 219 Grado 18, el convocante fue nombrado mediante Decreto No. 384 del 20 de junio de 2011; cargo del que tomó posesión el 23 de junio de 2011.

3.3. De acuerdo con el acto administrativo de nombramiento y según consta en una certificación entregada al convocante, el cargo de profesional para el que el éste fue nombrado, aparece en la Alcaldía de Sincelejo como de libre nombramiento y remoción, no obstante, según el art. 2 del Decreto 360 de 20131 emanado de la Alcaldía Municipal, dicho empleo público pertenece a su planta global de cargos, es decir, hace parte de los empleos que no son directivos ni son de confianza, de hecho, así lo supone su nomenclatura Profesional Universitario-, a las luces de lo normado por el art. 5 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 785 de 2005.

3.4. El señor Álvarez Castillo, se dedicaba a apoyar la dependencia “Punto Vive Digital” de la Institución Educativa Técnico Industrial ITI, del Municipio de Sincelejo, por mandato de la Resolución No. 1402 de 2014.

3.5. Desde el 23 de junio de 2011, fecha en que el convocante tomó posesión del cargo de Profesional Universitario, desempeñó fielmente las funciones encargadas por la entidad, nunca se le realizó un llamado de atención, ni se le ordenó o sugirió que le diera un cambio de dirección a la labor que estaba a su cargo, siempre mantuvo buenas relaciones con la administración del municipio, en términos cordiales y asertivos y nunca tuvo una diferencia con dicha administración, de manera que se encontraba prestando un buen servicio, de hecho, su trabajo fue elogiado en varias oportunidades, incluso por quienes ocupaban cargos del nivel directivo y de confianza en la entidad.

3.6. *El señor Samuel Bartolo Álvarez Castillo, es Ingeniero de Sistemas, cuenta con ocho años de experiencia en el sector público en el área de informática, es decir, en el área para la cual fue nombrado Profesional Universitario; además, el convocante ha participado en innumerables eventos académicos en los que ha enriquecido su formación profesional, tales como (i) Diplomados: *Docencia Universitaria con énfasis en competencias laborales, y, (ii) Cursos - seminarios: *Contratación On Line, *Contratación estatal Ley 1150 de 2007 y Decretos Reglamentarios.*

Es decir, en el ámbito académico, el señor Álvarez Castillo es una persona bien preparada, no sólo para desempeñar el cargo del que lo declararon insubsistente, sino que además, se encuentra apto para asumir cualquier otro cargo incluso si es de mayor jerarquía.

3.8. *De otra parte, en el ámbito de experiencia profesional, el señor Samuel Bartolo Álvarez Castillo, ha ejercido funciones relacionadas con el ejercicio de su cargo por espacio de ocho (8) años y ocho (8) meses.*

3.9. *Hecho prueba de todo lo que se ha mencionado, es que la Oficina de Talento Humano de la Alcaldía de Sincelejo, el 2 de septiembre de 2014, le otorgó un RECONOCIMIENTO A LA EXCELENCIA, por la labor que el actor venía desempeñando en su cargo en la Alcaldía.*

3.10. *El servicio no mejoró después de que se profirió el acto cuestionado, todo lo contrario, dejó de prestarse, pues, para el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 18, no se ha nombrado a ninguna persona, lo que demuestra que la motivación del acto cuestionado nada tuvo que ver con el buen servicio.*

En virtud de lo anterior, en relación con los verdaderos motivos que dieron origen al acto demandado, señalamos los siguientes:

3.11. *Al demandante le fue reconocido el pago de una sanción por la mora en la consignación de las cesantías a través de la Resolución No. 4777 del 19 de diciembre de 2013.* 3.12. *Luego de efectuar el pago de la prestación en cuestión, la administración municipal manifestó a través del Oficio No. 0100 10.02.270 del 20 de agosto de 2014, que los pagos realizados fueron mal liquidados, por lo que solicitó al demandante su consentimiento para revocar directamente la Resolución No. 4777 del 19 de diciembre de 2013, que contenía el derecho del demandante a recibir la aludida prestación.*

3.13. *El demandante no prestó su consentimiento para que la administración realizara la revocatoria en mención, pues, para él el Oficio No. 0100-10.02.270 del 20 de agosto de 2014 resultó muy carente de argumentos que permitieran concluir que se realizó un pago superior al que tenía derecho, primero, porque la liquidación de lo que se pagó la elaboró la misma administración de acuerdo con unos procedimientos internos de revisión y visto bueno que el actor conoce de primera mano, como empleado de más de ocho años de la misma, y segundo, porque en ella no se expresan las razones jurídicas según las cuales, las liquidaciones hechas en la Resolución No. 4777 del 19 de diciembre de 2013, no debían efectuarse teniendo en cuenta el último salario del demandante, sobre todo, al encontrarse la administración en mora de realizar esos pagos.*

3.14. *En las condiciones antedichas, en reunión que se efectuó en el mes de agosto de 2014, funcionarios de la administración municipal, le advirtieron al demandante, que por no acceder a la revocatoria de la Resolución No. 4777 del 19 de diciembre de 2013, y, de no efectuar el pago de lo que supuestamente recibió de más, la entidad tomaría medidas drásticas en su contra.*

3.15. *Así las cosas y como quiera que el demandante no asumió ninguna de las dos conductas en el hecho anterior descritas, se produjo su declaratoria de insubsistencia como Profesional Universitario Código 219 Grado 18.*

3.16. *El demandante ha sufrido graves perjuicios morales por la expedición del acto que lo dejó sin empleo; ese acto lo calificó mal socialmente y le bajó su auto estima; lo dejó sumido en una gran depresión porque afectó mucho a su familia, por esta razón se encuentra en tratamiento médico psiquiátrico. En la actualidad para sobrellevar toda esa situación emocional le tocó someterse a medicamentos relajantes y antidepresivos” (SIC)*

En al acápite de **normas violadas y concepto de violación**, se invocaron, como vulneradas, los artículos 1, 2, 25, 29, 53, 83, 90, 123, 125, y 209 de la Constitución Política; Arts. 2 y 5 de la Ley 909 de 2004, Decreto Ley 2400 de 1968 y Decreto 1227 de 2005, manifestando que existió violación directa del artículo 53 de la Constitución Política, porque aparece que la vinculación del señor Samuel Bartolo Álvarez Castillo, es o debe ser la de un empleado de libre nombramiento y remoción, cuando en la realidad, las funciones a él asignadas por la administración mediante acto administrativo y en efecto desempeñadas, no corresponden a las de “dirección”, “conducción”, “orientación institucionales” “especial confianza”, “asesoría institucional directa”, “administración y manejo directo de recursos”, “asesoría a las corporaciones de elección popular” (Lit. a, b, c, d, e y f No. 2 art. 5 L909/04).

Afirmó la parte demandante, que el marco jurídico aplicable a la relación laboral de las partes, a las luces del principio constitucional en mención, no puede ser el mismo que gobierna las relaciones de los empleados que sí cumplen las mencionadas funciones, que están reservadas para que las ejerciten empleados de libre disposición del alcalde, de libre nombramiento y remoción; forma de vinculación, que por demás está decirlo, es la excepción a la regla general de acceso al sistema de empleo público (art.5 L. 909/04).

Expresó asimismo que en el presente asunto las funciones que venía desempeñando el actor, fueron a él encomendadas a través de la Resolución No. 1402 de 2014, según la cual, textualmente -en relación con el punto Vive Digital-, debía “apoyar dicha dependencia en el logro de sus objetivos”, dependencia que se encuentra cargo de su director (que no es el alcalde), y que está adscrita a la Institución Educativa Técnico Industrial Antonio Prieto (ITI) de Sincelejo, que a su vez está subordinada a la Secretaría de Educación Municipal.

En estas condiciones, el demandante cuando prestó sus servicios, no se encontraba en las circunstancias de excepción descritas en el art. 5 de la Ley 909 de 2004, para catalogarse dentro sistema de empleo público como funcionario de libre nombramiento y remoción, por lo que se repite, en estricto sentido no es constitucionalmente posible aplicarle, las regulaciones relativas a los empleados de libre nombramiento y remoción en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, sobre todo, si dichas normas resultan desfavorables para los derechos del trabajador, frente a otras normas que sí regulan el escenario en el que realmente prestó sus servicios el demandante.

Frente a la desviación de poder, expuso que el acto demandado no pretendió el mejoramiento del servicio prestado por el señor Samuel Bartolo Álvarez Castillo como Profesional Universitario Código 219 Grado 18 en el Municipio de Sincelejo, puesto que en ninguna parte del acto que se cuestiona, se hace referencia al servicio que venía desempeñando el señor Álvarez Castillo, no se califica en forma negativa, ni se hace alusión a que la administración considerara procedente cambiar el manual de funciones y requisitos mínimos para el desarrollo del cargo, para que alguien con mayores estudios o experiencia lo ocupara; tampoco se mencionaron otras circunstancias que permitieran por lo menos inferir, que las razones por las cuales se realizó la declaratoria de insubsistencia, tuvieran que ver con el buen servicio.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.³

El municipio de Sincelejo dio repuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones, solicitando sean negadas.

A los hechos, contestó señalando que era cierto la vinculación del actor con el municipio de Sincelejo, en los cargos señalados en la demanda, pero señala que los cargos ocupados tenían la connotación de libre nombramiento y remoción, por lo que lo afirmado respecto de la naturaleza del mismo, era una apreciación subjetiva de la parte actora. Que era cierto que nunca se le llamó la atención y que fue trasladado por mandato de la Resolución No. 1402 de 2014, para apoyar a la dependencia punto vive digital; a los demás hechos, se refirió señalando que no contenían apreciaciones subjetivas que no eran ciertas.

En su defensa, argumentó que la persona vinculada a través de nombramiento provisional, no goza de fuero de estabilidad, por el contrario, está inmersa en una situación inestabilidad y pueden ser desvinculadas discrecionalmente o como consecuencia del nombramiento de la persona que superó todas las etapas del

3 Folios 63 a 71.

concurso. Que el hecho de haber ejercido el cargo con rectitud y de manera diligente no son razones suficientes para predicar que el acto de retiro se expidió con desviación de poder y que no hay pruebas que indique que el actor fue despedido por razones diferentes al mejoramiento del servicio.

Propuso las excepciones que denominó, inexistencia de la obligación por el carácter de la vinculación del actor y legalidad del acto administrativo, aduciendo que el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, obedece a la facultad discrecional del nominador sin que para el ejercicio de la facultad, que en todo caso debe ejercerse dentro de los límites de la discrecionalidad, debe mediar motivación alguna.

Expuso que, la Ley prevé que los directores y responsables de las instituciones puedan rodearse de su entorno más próximo, es decir, de toda su confianza, quienes están llamadas a materializar las políticas del director o nominador; son funcionarios que se erigen en un complemento insustituible para ejecutar la idea institucional, la misión y las metas del director o responsable de la entidad. De este modo, siendo el empleo desempeñado por el demandante, un cargo de libre nombramiento y remoción en el que debe existir cierto grado de confianza entre el nominador y el servidor, era viable el retiro del servicio mediar la declaratoria de insubsistencia y sin necesidad de motivación alguna, citando el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

1.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁴

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Sincelejo, dictó sentencia el 12 de junio de 2017, accediendo a la nulidad; señalando que el acto administrativo por medio del cual se desvinculó a la demandante debía ser debidamente motivado, atendiendo a que el cargo del actor, era de carrera, estando en provisionalidad.

A título de restablecimiento del derecho ordenó el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a otro que resulte equivalente y para el cual acredite los requisitos de ley, igualmente, reconocer la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro del servicio y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro, sin que existe solución de continuidad; sumas que se reconocerán indexadas, aplicándose los ajustes al valor, según lo contemplado en los artículos 187 del CPACA; negó el pago de perjuicios morales y condenó en costas a la parte demandada.

Para sustentar su conclusión, el a quo, exteriorizó que el cargo del actor no era de libre nombramiento y remoción., señalando que los cargos de libre nombramiento y remoción están sometidos a reserva de ley, no estando legitimada la mismas para producir el

4 Folios 204-212 cuaderno de primera instancia.

efecto de que la regla general se convierta en excepción y que debía existir un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada; y el cargo elegido deberá cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades, en este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, quedando excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política, ni resulta ser fundamental el *intuitio personae*.

Expresó que, si bien el cargo estaba adscrito al Despacho del Alcalde, ello inmediatamente no lo determina como uno de libre nombramiento y remoción pues era necesario que se cualifique dentro de las características establecidas en la Ley 909 de 2004, que para el caso no se daba, porque, no era un cargo que cumpla un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional ni se comprueba que implica especial confianza, ya sea por que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato del Alcalde.

Indicó que, por lo general, los cargos en el nivel profesional, como es en el que está nombrado el demandante, no tienen la calidad de libre nombramiento y remoción, pues son cargos que buscan es el cumplimiento de las misión institucional y las directrices impartidas por los directivos, ellos no tienen funciones de manejo, conducción u orientación. Tampoco es un cargo asistencial o de apoyo, pues su función es simplemente ejecutiva. De igual forma, el perfil profesional del demandante, ingeniero de sistemas, no puede considerarse como de esos que son de confianza del Alcalde, pues un Ingeniero de Sistemas se encarga de implementación de programas y su soporte, sin que dentro de sus funciones se encuentre una que determine un grado de confianza con el Alcalde, sus funciones son por lo tanto plenamente realizables por un empleado de carrera sin que tenga la connotación de empleado de libre nombramiento y remoción.

Dijo que, si en gracia de discusión el mencionado cargo, estuviera dentro de los que se consideran de libre nombramiento y remoción, dicha condición desapareció a al ser trasladado por necesidad del servicio, a un Punto Vive Digital, dependencia que no hace parte del círculo de confianza del Alcalde.

Teniendo en cuenta lo anterior y estando el actor nombrado en provisionalidad, encontró que el acto administrativo que declaró la insubsistencia de su nombramiento como Profesional Universitario Código 219, Grado 18, Decreto 459 de 1 de septiembre de 2014, fue expedido por la autoridad nominadora sin que en él se expusieran ni siquiera sumariamente los motivos que llevaron a la administración a adoptar tal decisión, como tampoco a largo del proceso, demostró que hubiese tenido alguna razón justificada o no para prescindir de los servicios laborales de la demandante, de manera que se hubiesen proporcionado así a la actora los argumentos o herramientas necesarias para refutar la decisión administrativa; lo cual, en el decir de la jurisprudencia constitucional, se configura como una violación al derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 29 de la Carta Política, lo que determina, entonces, la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, el municipio de Sincelejo formuló recurso de apelación, solicitando su revocatoria con las siguientes razones:

Indicó el recurrente que en el expediente reposaban prueba que demostraban que el cargo de profesional universitario código 219 grado 18 ocupado por el actor, era de libre nombramiento y remoción, como lo son el decreto 384 del 20 de junio de 2011, el Decreto 459 del 1 de diciembre de 2014 y la certificación expedida por el Jefe de Recursos Humanos del municipio de Sincelejo, donde se hace constar la naturaleza del cargo, siendo así, conforme el inciso final del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, no era necesario que el municipio de Sincelejo motivara el acto de retiro del servicio, apoyando su argumento en sentencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, sobre la desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción.

En tal sentido, denunció que no se configura la falta de motivación como ninguna otra causal de anulación y que si en gracia de discusión se aceptara que el cargo era de carrera administrativa, no era necesario motivar el actor, pues ella solo procede cuando se da por terminado el nombramiento antes de vencerse el término de la provisionalidad, por lo que si observa, desde el acto de nombramiento del actor 23 de junio de 2011 al 1 de septiembre de 2014, cuando fue declarado insubsistente, medio un lapso superior a los 6 meses, por lo que no existía obligación de motivar el acto.

Por último, mostró su reparo contra el restablecimiento del derecho ordenado, puesto que la misma, excede los topes y condiciones que ha establecido la Corte

5 Folios 338-342

Constitucional en la Sentencia SU 556 del 24 de julio de 2014, excediendo la condena el límite de 24 meses establecido por la jurisprudencia constitucional.

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Admitido el recurso de apelación por parte del Tribunal Administrativo, se dispuso correr traslado por escrito a la partes para alegar y concepto del Ministerio Público⁶, etapa procesal en la que no se emitió pronunciamiento alguno.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para desatar la alzada, de conformidad con el numeral 1^a del artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se solicitó la nulidad del **Decreto 459 del 1 de septiembre de 2014**, expedido por el Alcalde Municipal de Sincelejo, a través del cual, se declaró insubsistente al señor Samuel Bartolo Álvarez Castillo del cargo de Profesional Universitario – Código 219 - Grado 18 del Municipio de Sincelejo.

2.3. CUESTIÓN PREVIA. IMPEDIMENTO MANIFESTADO POR EL MAGISTRADO RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.

El magistrado RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY, presentó memorial en cual expone que se considera impedido para participar en el debate del presente asunto, como quiera que su esposa es contratista del Concejo Municipal de Sincelejo de Sincelejo – Sucre, lo cual encuadra en la causal establecida en el numeral 4 del artículo 130 de la Ley 1437 de 2011.

El mismo, se estima no configurado por las siguientes razones:

El Concejo Municipal como órgano coadministrador, carece de personería jurídica y procesal para comparecer por sí mismo a un proceso, y por tanto, su representación legal corresponde al respectivo ente territorial, de conformidad con el artículo 314 de la Constitución Política. Sumado a lo anterior, el artículo 51 de la Ley 179 de 1994, faculta, entre otros, al presidente del respectivo órgano (Concejo), para que contrate y comprometa a nombre de la persona jurídica de la cual hace parte, las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección.

6 Folios 1-12 cuaderno de primera instancia.

El artículo 51 de la Ley 179 de 1994, dispone:

*"Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, **tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley.** Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las disposiciones legales vigentes".*

En la sección correspondiente a la Rama Legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; igualmente, en la Sección correspondiente a la Rama Judicial serán ejercidas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

*En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y **Concejos**, las Contralorías y Personerías Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.*

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación".

De acuerdo con lo expuesto, el argumento traído a colación con miras a la declaratoria de impedimento, no puede entenderse como una eventualidad predicable para conocer del asunto, ya que si bien es cierto que la cónyuge del H. Magistrado Rufo Carvajal es asesora externa del Concejo Municipal de Sincelejo, en el caso concreto, esta Corporación no hace parte de la Litis, como tampoco se le ha conferido poder para actuar dentro del presente asunto, por tanto, no guarda relación con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.

A lo anterior se agrega que, si bien es cierto Concejo Municipal por carecer de personería jurídica no puede ser parte en el proceso, sino que deba comparecer en juicio por conducto del ente territorial, ello no implica que sea el municipio de Sincelejo quien ocupe el lugar de parte, dentro del proceso.

Por lo antepuesto, es un hecho que el vínculo contractual de la cónyuge del H. Magistrado Rufo Carvajal, por sí solo no constituye impedimento, como quiera que no implica poder decisorio, ni tampoco se advierte que hubiera intervenido en el asunto representando al Concejo, por ello, no se afecta la serenidad ni la imparcialidad necesaria que debe acompañar al H. Magistrado. En consecuencia, no se encuentra acreditado el supuesto impedimento, lo que conlleva indefectiblemente a no aceptar el mismo, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 130 de la Ley 1437 de 2011 y el Art. 141 del C.G.P.

Determinado, lo anterior, pasa la Sala en consecuencia a establecer el problema jurídico y la respuesta del Tribunal al mismo.

2.3.1. PROBLEMA JURÍDICO.

La parte actora en su postura inicial indicó que el cargo que ostentaba el actor Profesional Universitario – Código 219 - Grado 18 del Municipio de Sincelejo, no era de libre nombramiento y remoción y por tanto al declararlo insubsistente se debió expedir un acto motivado, lo cual no ocurrió, considerando además que, en la expedición del acto demandado, se incurrió en desviación de poder, porque no fueron razones del servicio las que llevaron a su desvinculación sino a otros intereses ajenos al mismo.

Por su parte, el municipio de Sincelejo al contestar la demanda y en su defensa, rechaza la postura del demandante, indicando que el cargo del actor era de libre nombramiento y remoción y por tanto procedía su retiro por declaratoria de insubsistencia sin motivación, potestad que se ejerció dentro de los límites legales y sin incurrir en desviación de poder alguna.

El A quo, estimó que el cargo del actor, cuando fue declarado insubsistente no respondía al concepto de libre nombramiento y remoción, por lo que su retiro conforme las reglas de la designación en provisionalidad debió ser motivado, circunstancia que no acaeció, razón por la cual, dispuso la anulación del acto y el restablecimiento del derecho del actor, ordenando su reintegro y pago de salarios y prestaciones dejados de recibir desde el retiro del servicio hasta que se materialice el mismo.

Inconforme la parte demandada, municipio de Sincelejo, como se vio, mostró su desacuerdo con la sentencia de primera instancia, formulando recurso de apelación solicitando su revocatoria, porque, no era necesario motivar el acto de retiro, dada la naturaleza del cargo que era de libre nombramiento y remoción, además porque si era de carrera, solo es necesario cuando el nombramiento en provisionalidad se da por terminado antes del vencimiento de los seis (6) meses del nombramiento y, porque el restablecimiento del derecho excede los límites establecidos por la Corte Constitucional en la sentencia SU 556 de 2014.

Efectuada la reconstrucción anterior, considera la Sala, que **el problema jurídico** gira en torno a determinar si el acto de retiro del servicio del actor, debió o no ser motivado y por ende, se configura la causal de anulación.

En caso de ser positiva la respuesta anterior, se deberá establecer, si el restablecimiento del derecho ordenado por el Juez de Primera Instancia, se encuentra acorde con el precedente judicial de la H. Corte Constitucional sobre reintegro de empleados designados en provisionalidad.

2.4. ANÁLISIS DE SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO

I. PRIMER REPARO. No obligatoriedad de motivación del acto de retiro.

De conformidad con las normas que regulan el ingreso a la función pública, la clasificación de cargos, responde a empleos de carrera, de libre nombramiento y remoción, de elección popular, periodo fijo, trabajadores oficiales y empleados temporales, lo cual se deriva de la redacción del artículo 125 de la Constitución Política⁷, teniendo como norte, que la generalidad indica que los cargos sean de carrera; características y clasificación que no queda sujeta al arbitrio del empleador público, sino que responde a unas connotaciones especiales, como se pasa a ver, además de estar sometido a reserva de Ley⁸.

La regulación del empleo público en Colombia, determina que el ingreso a la función pública en cargos de carrera administrativa obedece al principio al mérito, a través de los concursos que para el efecto se convoquen, no obstante las vacantes transitorias pueden ser provistas, mediante nombramiento en encargo y la figura de la provisionalidad, el último de los cuales responde a la discrecionalidad del nominador en cuanto a la designación, más no al retiro, por cuanto la tesis actual, fundada en vigencia de la Ley 909 de 2004, apunta a que su retiro del servicio es reglado, dada la necesidad de motivación⁹.

En cuanto a los cargos de libre nombramiento y remoción, su nombramiento es ordinario y responde a la discrecionalidad del nominador, tanto en su designación y retiro. Siendo la naturaleza del empleo de libre nombramiento y remoción, mírese como el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece como causal de retiro del servicio para este tipo de empleos, la **declaratoria de insubsistencia del nombramiento**, siendo la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. Criterio este, que de igual forma, lo expone el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, al disponer que “*en cualquier*

7 El artículo 125 de la Constitución Política previó que los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera administrativa, sin embargo, exceptuó de dicha regla aquellos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los que la ley determine.

8 Ver Sentencia C – 533 de 2010. Corte Constitucional, igualmente en Sentencia C – 387 de 1996, se dispuso que, “*Para establecer cuándo un empleo es de libre nombramiento y remoción, la jurisprudencia ha señalado varios criterios, entre ellos, que el cargo debe tener fundamento legal; que al ejercer el legislador dicha facultad no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, “la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción”. Además, es necesario que exista un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada; y que “la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política”. Además de los anteriores criterios, debe el legislador tener en cuenta dentro de la estructura del Estado, las funciones de dichos cargos a fin de definir cuáles pertenecen al sistema de carrera y cuáles son de libre nombramiento y remoción”*

9 Criterio de estabilidad intermedia que pregona el precedente de la Corte Constitucional.

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”¹⁰.

La Corte Constitucional en sentencia C -1003 del 2003, expuso que dentro de los actos administrativos que no necesitan motivación están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción. La declaratoria de insubsistencia (decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004, vigente para la época en que fue declarado insubsistente el actor, en su artículo primero, luego de definir el objeto de la misma estableció que hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales

Asimismo, el artículo 3º ibídem al indicar el campo de aplicación de dicha norma en su literal C, señaló:

c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados.

El artículo 5º, al referirse a la clasificación de los empleos públicos estipuló:

“Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

(.....)

Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

(:::)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces;

Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio

10 ARTICULO 26 del Decreto 2400 de 1968. 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.

directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(....)

En la Administración Descentralizada del Nivel Territorial:

Presidente, Director o Gerente;

Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.”

Se puede apreciar que la normatividad reguladora de la función pública establece como regla general, los cargos son de carrera y de forma excepcional de libre nombramiento y remoción¹¹, los cuales responden al desarrollo de los siguientes criterios identificadores a saber: I) dirección, conducción y orientación; II) especial confianza; II) manejo de dinero y bienes.

Cuando el criterio a analizar es el de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, los cargos de libre nombramiento y remoción en Administración Descentralizada del Nivel Territorial se circunscribe a *Presidente; Director o Gerente; Vicepresidente; Subdirector o Subgerente; Secretario General; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones y Jefes de Control Interno y Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces.*

Cuando el análisis debe hacerse desde el criterio de especial confianza, los cargos de libre nombramiento y remoción de la Administración Descentralizada del Nivel Territorial serán aquellos que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo del Director o Gerente de la Empresa, presidente o director.

Cuando el ejercicio del cargo comporta la administración y manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, la norma no enlista los cargos, como en los acápite anteriores, razón por la cual, será el análisis de funciones las que determinen si el cargo ejercicio corresponde por su naturaleza a uno de libre nombramiento y remoción o no.

Ahora bien, frente a la competencia del legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, la cual como se anotó previamente, goza de reserva de Ley, la Corte Constitucional, ha señalado en Sentencia C- 1777 de 2001, que:

La facultad de establecer los casos exceptivos de la regla general de pertenencia a la carrera administrativa, en el nivel nacional y en cualquier ámbito territorial, presenta una naturaleza legislativa¹². Además, la respectiva clasificación de los cargos públicos se hará

¹¹ En sentencia T- 372 de 2012, la Corte Constitucional señaló que, “el artículo 125 de la Constitución establece la regla general de la carrera administrativa para proveer los empleos públicos, siendo los de libre nombramiento y remoción una excepción que debe ser creada y definida por la ley”

"en cuanto a sus funciones y finalidad dentro del contexto orgánico y funcional en que se realizarán"¹³.

En efecto, tal facultad se encuentra sujeta a unos precisos límites, pues el legislador goza de discrecionalidad para ejercer la atribución, la cual es per se limitada. De excederse, la actuación sería arbitraria y violatoria no sólo del principio general de la carrera administrativa, sino también de otros principios y derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento superior¹⁴. En efecto, para la Corte es claro el carácter restrictivo que debe guiar el ejercicio de la atribución legislativa a efectos de clasificar cargos públicos por fuera del sistema de carrera administrativa, en las distintas modalidades autorizadas constitucionalmente. En su jurisprudencia ha señalado al respecto lo siguiente:

"La ley, si bien puede plasmar excepciones al precepto según el cual "los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera", no está autorizada para convertirlos en regla general, en cuanto, si le fuera posible hacerlo, resultaría desvirtuando un principio superior fundamental. Toda excepción es de interpretación restrictiva, lo que en esta materia se traduce en que las previstas por el legislador deben hallarse plenamente justificadas"

Expresando como criterios admisibles que justifican la clasificación o determinación de cargos con naturaleza de libre nombramiento y remoción que:

"Así las cosas, para la clasificación de un cargo como de libre nombramiento y remoción, la Corte ha deducido ciertas pautas que deben ilustrar la labor del legislador al momento de expedir la respectiva regulación, la cuales se resumen en la existencia de un fundamento legal para adelantar esa clasificación, un principio de razón suficiente que justifique la determinación y la exigencia de confianza plena o el desarrollo de una decisión política en la función a ellos asignada. El contenido de esos requisitos se concreta en los siguientes términos:

"(...) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del **sistema de carrera**, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación"¹⁷.

El ejercicio de esta atribución exceptiva a efectos de señalar dentro de los cargos y empleos estatales los que habrán de considerarse como de libre nombramiento y remoción tiene que reunir, entonces, dos tipos de consideraciones. De una parte, como ya se hizo mención, debe tratarse del cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, de otra parte, ha de referirse a aquellos cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades:

"Siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades."

Argumentando la Corte Constitucional, en la misma providencia, sobre el criterio de confianza que:

“De conformidad con las consideraciones establecidas en el apartado 3o. de esta providencia, el ejercicio de la atribución legislativa a efectos de clasificar dentro del sistema de carrera administrativa, los cargos de libre nombramiento y remoción, como toda facultad exceptiva, debe ser interpretada en forma restrictiva y estar debidamente justificada. El sustento de esa clasificación de cargos está dada, por un lado, en relación con la naturaleza de la función que se va a desempeñar la cual tiene que ser de dirección, manejo, conducción u orientación institucional, a través de la cual se adopten políticas o directrices fundamentales y, de otro lado, por el elemento de la confianza en aquellos empleos en donde sea necesaria para quienes tienen a su cargo esa clase de responsabilidades de dirección, manejo, conducción de políticas o directrices fundamentales mencionadas.

El elemento de la confianza ha sido acogido en la jurisprudencia de esta Corte, siempre y cuando su aplicación responda a un contenido calificado; pues, como lo ha señalado esta Corporación, no se trata de la confianza mínima exigible en el desempeño de cualquier cargo o función públicos por virtud del compromiso asumido en calidad de servidores públicos al servicio del Estado y de la comunidad, para participar en la consecución de los fines estatales (CP, arts. 123 y 2o.), sino de aquella que por la naturaleza misma de las funciones a realizar demanda un mayor grado de reserva por parte de la persona que las cumple.

Así lo estableció esta Corporación en providencia antes mencionada:

"En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el_Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.

Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuito personae (sic)

Así las cosas, se tiene que el literal b), en lo demandado, invoca el criterio de la confianza para efectos de señalar las excepciones a la carrera administrativa, en los términos de la norma acusada. En este sentido, la disposición se encuentra ajustada a la Constitución Política y a la jurisprudencia, siempre y cuando dicho factor de confianza se circunscriba a aquellas situaciones en las cuales para la provisión del cargo es necesario considerar, no sólo las condiciones profesionales y personales de quien lo desempeñe, sino aquellas otras circunstancias que permitan una relación de especial confianza con el funcionario a cuyo servicio directo e inmediato se encuentre”

En ese orden, en el proceso, está demostrado que mediante Decreto 384 de 20 de junio de 2011, el señor SAMUEL ALVAREZ CASTILLO fue nombrado en el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 18, adscrito al Despacho del Alcalde, posesionándose el 23 del mismo mes y año. (fol. 29-30, 196), siendo, a través de Resolución 1402 de 5 de mayo de 2014, traslado por necesidad del servicio, a las instalaciones del Punto Vive Digital de Sincelejo, en su condición de Profesional Universitario Código 219, Grado 18, de la planta de cargos de la Alcaldía de Sincelejo.

Está probado, que mediante Decreto 459 de 1 de septiembre de 2014, se declara insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de libre nombramiento y remoción Profesional Universitario Código 219, Grado 218. (fol. 25-26, 159-160).

En este punto destaca la Sala, que de conformidad con el Decreto 785 del 17 de marzo de 2005, por el cual se establece el sistema de funciones y requisitos generales de los empleos públicos de la entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, en su artículo 3 define los niveles jerárquicos según la naturaleza de las funciones, señalando que los empleos se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: NIVEL DIRECTIVO, NIVEL ASESOR, NIVEL PROFESIONAL, NIVEL TECNICO, NIVEL ASISTENCIAL.

Determinándose en el artículo 4 ibídem, que el nivel profesional agrupa a los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.

Visto lo anterior, para la Sala, si bien el actor fue designado inicialmente para el ejercicio de su cargo en el despacho del Alcalde y ello encajaría dentro de la modalidad de cargos de libre nombramiento y remoción bajo el criterio de confianza, lo cierto es que no se trajo al proceso, la prueba que el mismo, en ejercicio de su cargo como Profesional Universitario, tenía asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato del primer mandatario Local de Sincelejo¹².

En tal orden, el cargo de profesional universitario desempeñado por el actor escapa de los criterios identificadores de la denominación de libre nombramiento y remoción, puesto que para la fecha de retiro, por virtud de traslado, al punto de Vive Digital del municipio de Sincelejo, dejó de estar al servicio directo del Alcalde Municipal de Sincelejo.

Sobre este aspecto resulta categórico lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-514 de 1994:

"Dedúcese de lo expuesto que, siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos

12 Manuel de funciones.

cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata (...).

*Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el *intuitu personae*".* 13

En orden de lo dicho, el cargo de Profesional Universitario código 219, grado 18, ocupado por el actor y del cual fue declarado insubsistente mediante el acto administrativo cuya nulidad se deprecia, al corresponder a carrera administrativa y por consiguiente como no se accedió al servicio público a través de concurso, la designación se entiende realizada en provisionalidad.

Su rasgo distintivo a lo largo de su regulación normativa hasta llegar a la Ley 909 de 2004¹⁴, ha sido la temporalidad de la designación, característica que se mantiene invariable. Característica que ha sido reseñada por la Corte Constitucional en sentencia C-733 del 2005, así:

*"(...)Ahora bien, en lo que concierne a la provisionalidad, entendida **esta como una forma de vinculación laboral con el Estado de carácter precario**, mediante la cual, sin mediar un concurso de méritos, se surte un cargo de carrera administrativa pero sin encontrarse inscrito en ella ni gozar de los derechos que la misma otorga, la Corte se ha pronunciado en el sentido de que (i) el legislador no puede establecer que quienes se encuentren nombrado en provisionalidad ingresen inmediatamente en carrera; (ii) para efectos de*

13 En sentencia C 553 de 2010, la Corte Constitucional, nuevamente se reafirma, expresando: "La potestad que tiene el legislador para definir cargos de libre nombramiento está limitada desde dos perspectivas. La primera, relativa a que el ejercicio de la citada facultad es excepcional, por lo que solo podrá ser utilizada para determinados cargos específicos, sin que pueda convertirse en la regla general o en sucedáneo de la aplicación del régimen ordinario de carrera administrativa. La segunda, consiste en reafirmar que la definición de cargos de libre nombramiento y remoción debe responder a un criterio de razón suficiente, que para el caso objeto de análisis tiene carácter calificado, pues debe referirse a la naturaleza de las funciones del empleo o al grado de confianza que deba depositarse en el servidor público que lo ejerce. En términos de la jurisprudencia constitucional, "(...) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación"

14 Decreto 2400 de 1968, Ley 61 de 1987, Ley 27 de 1992, Ley 443 de 1998 artículo 43, entre otros.

autorizar a las entidades públicas, la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, la valoración de las circunstancias que dieron lugar a la prórroga, deben ser debidamente motivadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil; (iii) la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad; (iv) más sin embargo, por tratarse de una situación administrativa excepcional debe prolongarse por el tiempo necesario para que, de acuerdo con ese régimen de carrera, éste sea desempeñado por una persona que se ha sometido a todo el proceso de selección previo al ingreso o por un funcionario de libre nombramiento y remoción, si el cargo es de esa naturaleza¹⁵

El nombramiento en provisionalidad, que procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa¹⁶; y cuando el cargo no pueda ser provisto mediante encargo con empleados de carrera administrativa¹⁷. Esta forma de suplir vacancias en el empleo público, ha tenido la siguiente regulación legal.

El artículo 5º del Decreto 2400, señaló lo siguiente:” 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 de cuatro meses.

En el artículo 25 ibídem, se estableció como una de las formas de la cesación definitiva de las funciones, la declaratoria de insubsistencia y a renglón seguido, en el artículo 26, se consagró la regla según la cual el nombramiento puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia.

Por su parte, el Decreto Reglamentario 1950 de 1973 en el artículo 107¹⁸ dispuso que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento ordinario o provisional se debe hacer por acto administrativo que no requiere ser motivado, esto es, no era necesario exteriorizar las razones para prescindir de los servicios del empleado público.

La Ley 443 de 1998, en el artículo 10, señaló que la duración del encargo y de los nombramientos provisionales, cuando se trate de vacancia definitiva, no podrá exceder de 4 meses, cuando la vacancia sea el resultado del ascenso con períodos de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional, tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del

15 En la sentencia C- 077 de 2004, la Corte Igualmente expreso que “(...) Con el fin de evitar que el nombramiento provisional pierda su atributo de temporalidad y se convierta en permanente, dejando de ser tal, y que vulnere el mandato constitucional sobre aplicación de la carrera en los cargos del Estado, lo mismo que el derecho de acceso de todas las personas a ellos en igualdad de condiciones, el legislador debe establecer límites y condiciones para su utilización (...)”

16 Sin perder de vista que en todo caso se trata de una forma de provisión transitoria.

17 Ver artículo 25 de la ley 909 de 2004.

18 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 a sus empleados

mismo, sin embargo, nada se dispuso sobre el retiro por declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales.

El Decreto 1572 de 1998 reiteró en el artículo 4º, modificado por el artículo 2º del Decreto 2504 de 1998, que el nombramiento en provisionalidad es el que se hace a una persona para proveer de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, señalando igualmente que, 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.

Finalmente, se expide la Ley 909 de 2004, reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, que en su artículo 9 dispuso que 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.

Y frente a las causas de retiro del servicio, la Ley 909 de 2004, en su artículo 41 parágrafo segundo determinó:

“ (..)

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

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

Artículo que debe ser concordado con lo reglado en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 que textualmente reza:

“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”

Bajo la luz de las últimas normas en cita, se llega a la conclusión que el nombramiento de la persona designada en provisionalidad, que si bien no accede al servicio o función pública por medio de concurso, esta signado para suplir transitoriedades de cargos que pertenecen al sistema de carrera, razón que conduce como más adelante veremos a que la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado, señalen que, la desvinculación de un empleado en provisionalidad ocupando cargo de carrera, queda con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 amparado por el parágrafo segundo del artículo 41 de la 909 de 2004, y por tanto su retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia obedece a un acto motivado.

En ese orden de ideas, el Tribunal Rector de lo Contencioso Administrativo, frente a la declaratoria de insubsistencia de nombramiento realizados en provisionalidad antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004, había sentado la tesis que el nombramiento en provisionalidad no genera estabilidad laboral o lo que es lo mismo fuero de inamovilidad al empleado que a pesar de estar ocupando un cargo de carrera se encuentra nombrado en provisionalidad y el acto que los desvincula del servicio no requiere de motivación alguna, puesto que dicho requisito solo surge a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004.

En efecto, enseña el Alto Tribunal,

“Ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público. La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año). Así entonces, 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, lo cual no ocurre en el caso de autos, 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.”¹⁹

Así, cuando entra en vigencia la Ley 909 de 2004, la terminación de los nombramientos en provisionalidad requiere motivación, si el vínculo finalizó cuando la norma estaba en vigor, sin importar que la designación sea realizada con anterioridad, tal como se puede apreciar en sentencia del 4 de agosto de 2010, cuando se expresó que, a partir de la entrada en vigencia del Decreto Reglamentario 1227 de 2005, *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998”*, varía la situación, en el sentido que debe mediar acto administrativo motivado, pero solo en los eventos en los cuales el retiro del empleado en provisionalidad se haga antes de vencerse el término del nombramiento o del encargo.

Dijo el Consejo de Estado,

19 Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, Actor: María Vialo Del Socorro García Castañeda, Demandado: Municipio de Puerto Berrío, Hospital De La Cruz, Radicación: 05001-23-31-000-2005-01435-01 (0451-11).

*“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 Nelsy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de 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**”.* (Negrillas de la sala)

Siguiendo la misma ruta, en sentencia del 23 de septiembre de 2010, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No. 0883-08, se plantea la tesis según la cual a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, la competencia para el retiro o insubsistencia de los empleados provisionales es reglada, exigiendo por tanto siempre de un acto motivado, bajo las siguientes consideraciones:

(...)

*“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 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).*

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos se produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

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”.²⁰

En providencia del 16 de abril de 2012, el Consejo de Estado, reitera la tesis que expone la Sala,

“..Puestas así las cosas, la motivación del acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004 surge como imperativo objetivo de la legalidad, de indiscutible acatamiento para los jueces de conformidad con el artículo 230 Constitucional, en el que se predica el sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la ley”²¹

Por su parte, la Corte Constitucional, en diversas sentencias de las cuales es necesario destacar la sentencia SU-917/10²² y T -1083 de 2012, ha delineado un precedente fuerte y sólido, sobre la motivación de los actos de retiro de los empleados nombrados en provisionalidad, señalando que su situación no es asimilable a los empleados de libre nombramiento y remoción y por ende, su retiro del servicio no obedece a la discrecionalidad del nominador, sino que es reglada y consecuentemente su acto de desvinculación por declaratoria de insubsistencia, motivado.

En sus decisiones, la Corte Constitucional ha reconocido que si bien no se gozan los provisionales de derechos de carrera, les asiste la garantía de la expresión de los motivos de su insubsistencia, pero aclarando que su estabilidad no deviene de la aplicación del artículo 125 de la Constitución Política, pero en todo caso, la motivación del acto, debe responder a razones objetivas y reales, amparadas en situaciones previstas por la ley y no en simples conjeturas o transcripciones de posturas

20 Ver asimismo, Consejo de Estado, Sección Segunda, 12 de octubre de 2011, Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01435- 01(0451-11), Actor: MARIA VIALO DEL SOCORRO GARCIA CASTAÑEDA, Demandado: MUNICIPIO DE PUERTO BERRIO, HOSPITAL DE LA CRUZ

21 CONSEJO DE ESTADO, Sección II, Subsección A. Expediente No. 11001-03-15-000-2012-00398-00(AC). CP. Luis R. Vergara Q.

22 “La Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, **pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión**”. Se pueden revisar asimismo, las siguientes providencias de la Corte Constitucional, sentencia T-800 de 1998, T 610 de 2003, T 884 de 2010, SU 691 de 2011.

jurisprudenciales, como lo expresa la Corte Constitucional en sentencia T – 147 de 2013, así:

“Una motivación constitucionalmente admisible es aquella en la que la insubsistencia se basa en argumentos puntuales como lo son la provisión definitiva del cargo una vez realizado el respectivo concurso de méritos; la calificación insatisfactoria del funcionario; la imposición de sanciones disciplinarias y “otra razón específica atinente al servicio que está prestando”, como lo puede ser el vencimiento del período por el cual ha sido designado el funcionario, siempre que la ley establezca esa posibilidad. En esa medida, las referencias de carácter general con relación a la naturaleza provisional del nombramiento, la no pertenencia a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una facultad discrecional que realmente no existe, o la “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”, no son admisibles como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario” (negritas fuera del texto).

Así, partiendo de la aplicación del párrafo segundo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en consonancia con el Decreto 1227 de 2005, se ha establecido la posibilidad de declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad por vencimiento del término y aún en cualquier tiempo, en este último caso, bajo el requisito de la motivación del acto, razón por la cual, no puede asumirse que la continuidad del servicio más allá del periodo de los seis meses o la ausencia de convocatoria para concurso, cercenen la posibilidad del nominador para finalizar la designación efectuada bajo tal figura, porque no existe prórroga automática de este tipo de nombramiento, y además, lo relacionado por la Corte Constitucional como situaciones bajo las cuales se justificaría la adopción de la terminación del vínculo, son meramente enunciativas, más no la únicas o taxativas de retiro del servicio para provisionales.

Se itera entonces que, los nombramientos efectuados en provisionalidad como se reconstruyó normativa y jurisprudencialmente pueden ser acabados antes del vencimiento del término con la sólo condición de que se motive la determinación, bajo razones claras, serias y atendibles, pues en ello estriba la estabilidad intermedia de que habla el Tribunal Constitucional.

Sentadas las premisas anteriores y confrontadas con el acto de retiro del servicio del actor, Decreto No. 459 del 1 de septiembre de 2014 (Folio 160), se advierte que el acto administrativo enjuiciado, carece de una motivación seria, material y atendible, pues solo se esgrimieron razones de discrecionalidad del nominador, considerándose que era un cargo de libre y nombramiento y remoción, argumento que la Sala desestimó en líneas anteriores.

En efecto, a lo largo de estos considerandos, la Sala dejó sentado que para retirar del servicio a un empleado nombrado en provisionalidad bajo la vigencia de la ley 909 de 2004, se debe expedir un acto debidamente motivado, por cuanto la competencia para

llevar a cabo tal fin, es reglada, debiendo entonces cumplirse el requisito de motivación objetiva y atendible, que cumpla con las sub reglas construidas por el H. Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Pues bien, los motivos como elemento del acto administrativo aluden a la causa del acto, siendo las circunstancias de hecho o de derecho que sirven de fundamento o determinan la decisión. Por consiguiente el vicio de falsa motivación, se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en la razones de hecho o de derecho que se aducen para proferirlo y la realidad fáctica o jurídica. De suerte que, el acto puede estar formalmente motivado, pero en la realidad tener una falsa motivación²³, cargo de nulidad que fue alegado en la demanda, cuando se afirmó que el actor no podía ser considerado como empleo excepcional de libre nombramiento y remoción, sino de carrera en provisionalidad.

El Consejo de Estado ha precisado que:

“...Esta causal de anulación (...)es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad”²⁴

Corolario de lo expuesto, y luego de hacer una simple lectura del contenido del acto administrativo objeto de censura, es evidente que si bien formalmente el acto fue motivado, ello es una simple transcripción de norma, que en nada concreta de forma detallada, clara y precisa, las razones de la decisión de dar por terminada la vinculación de la actora y no se puede admitir, como razón suficiente en los términos que ha señalado la Corte Constitucional.

En tal sentido, no es posible tener por tal, los argumentos esgrimidos por el apoderado de la parte demandada en el memorial de apelación, cuando indicó que el acto no requería motivación porque ello, solo se predica de la terminación del nombramiento cuando se hace antes de vencerse los seis (6) de la designación en provisionalidad, pues, dicha tesis quedo refutada por esta Sala, en las premisas delineadas en párrafos precedentes.

23 Idea extractada de, BERROCAL GUERRERO, Luis Enrique. Manual del acto administrativo. Quinta Edición. Librería Ediciones del Profesional. Página 501.

24 Consejo de Estado, Sección Cuarta, expediente No. 25000-23-27-000-2005-00279-01(16772). Igualmente en sentencia del 19 de marzo de 1998, expediente No. 10051, la Sección Segunda, se pronunció, manifestando que *“la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad*

Así las cosas, en el *sub lite* aflora el cargo de nulidad invocado de no sujeción a normas de rango superior del acto administrativo demandado, pues se repite, no fue proferido conforme a los mandatos de la Carta Política y la Ley, normas sobre las cuales sin duda alguna debía fundamentarse el acto en cuestión, tal y como lo ha venido decantado la jurisprudencia ya citada.

En consecuencia, al encontrarse fundamentos jurídicos que logran desvirtuar la presunción de legalidad de que estaba investido el acto impugnado, es indefectible confirmar la Sentencia de primer grado, en tanto declaró la nulidad del acto administrativo demandado y por consiguiente, el reparo relativo a la no obligatoriedad de motivar el acto de retiro del servicio del actor no está llamado a prosperar.

II. SEGUNDO REPARO. El restablecimiento del derecho no respeto lo límites de la sentencia su 556 de 2014 de la corte constitucional, en lo relacionado con las ordenes a impartir cuando se trata de reintegro de empleados nombrados en provisionalidad.

Revisado el reparo señalado y contrastado con la sentencia de primera instancia, considera la Sala, que el mismo está llamado a prosperar en atención a la fuerza vinculante de la sentencia de unificación – SU 053 de 2015²⁵, proferida por la Corte Constitucional y en obediencia al precedente, deberá modificar el restablecimiento del derecho en cuanto a la condena impuesta y atemperarlo a las sub reglas construidas en dicha providencia frente a las consecuencias de la orden de reintegro e indemnización de empleados nombrados en provisionalidad que ha sido retirados del servicio.

En voces del alto Tribunal Constitucional, el precedente judicial *“adquiere un carácter ordenador y unificador que busca realizar los principios de primacía de la Constitución, igualdad, confianza, certeza del derecho y debido proceso. Adicionalmente, se considera indispensable como técnica judicial para mantener la coherencia del ordenamiento. En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vacíos que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica*

25 Mismo criterio de la SU 556 del 24 de julio de 2014

en pro de la igualdad. En síntesis, los órganos judiciales de cierre cumplen el papel fundamental de unificar la jurisprudencia, con base en los fundamentos constitucionales invocados de igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico”

La regla decisonal contenida en la sentencia citada *ut supra*, tiene aplicabilidad en el sub judice como quiera que los supuestos facticos son análogos, dispone:

“114. En efecto, y siguiendo los lineamientos señalados en la sentencia SU-556 de 2014 y lo referido en la presente providencia, en esos asuntos la Corte:

- *Declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, el reintegro sólo será procedente, sin solución de continuidad, cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso.*

- *Igualmente, deberá examinarse para el reintegro, si el servidor público cumple con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la **carencia de antecedentes penales y disciplinarios.***

- *Para restablecer el derecho, se deberá considerar la reparación del **daño derivado** al perder injustamente el empleo, lo cual debe corresponder al pago de los salarios y prestaciones **efectivamente** dejados de percibir durante el tiempo que dure la desvinculación.*

- *La suma indemnizatoria que se reconozca al trabajador que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad y es despedido sin motivación, debe descontarse todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente, sin que en ningún caso la indemnización sea menor a los seis (6) meses que de acuerdo con la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, atribuible a la ruptura del nexo de causalidad entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio, término este último que, a su vez, se establece teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año”*

En ese orden de ideas y aplicando la sub regla jurisprudencial, en el presente asunto, se advierte, contrario a lo expuesto por el a quo, procederá el reintegro ordenado sí y sólo sí el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso y cumpla con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios. De igual forma, el reintegro será en las mismas condiciones de provisionalidad.

Asimismo, a título de indemnización por el reintegro sólo se deberá pagar a la parte actora el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de recibir hasta el momento de la sentencia, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni superior a veinticuatro meses (24) meses de salario. De la suma que se reconozca al trabajador *“debe descontarse todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública*

o *privada, como dependiente o independiente*”, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia de unificación atrás referida²⁶.

La Sala no encuentra razones objetivas, sobre las cuales puede apartarse de la jurisprudencia constitucional, en cuanto establece un límite del quantum indemnizatorio por los salarios y prestaciones dejadas de recibir durante el tiempo que duró la desvinculación del empleado, dicho quantum no puede exceder los veinticuatro (24) meses de salarios, razón por la cual, prospera el reparo formulado por la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia y en tal sentido el restablecimiento del derecho quedará así:

A título de restablecimiento del derecho se dispone:

SEGUNDO: CONDÉNASE al MUNICIPIO DE SINCELEJO a reintegrar al actor sin solución de continuidad, siempre y cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso y cumpla con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Asimismo, **CONDÉNASE** al MUNICIPIO DE SINCELEJO a pagar al actor, a título de indemnización el equivalente a salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación hasta el momento de la sentencia, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni superior a veinticuatro(24) meses de salario”. De la suma que se reconozca al trabajador se “debe descontarse todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente. Lo dicho en razón de las consideraciones antes expresadas.

DE LA CONDENA EN COSTAS IMPUESTA POR LA PRIMERA INSTANCIA. Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: No aceptar el impedimento manifestado por el magistrado RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY.

²⁶ El Consejo de Estado, Sección Primera en sentencia del 11 de febrero de dos mil dieciséis (2016), Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés, Referencia: Expediente 11001-03-15-000-2015-03368-00 Acción de Tutela Actora: La Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Secretaría General, manifestó que la regla decisión expuesta por la Corte Constitucional aplica para los casos de reintegro de servidores públicos designados en provisionalidad en cargos de carrera.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte Resolutiva de la sentencia proferida el 12 de junio de 2017 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito Judicial de Sincelejo, acorde con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia, el cual quedará así:

“SEGUNDO: CONDÉNASE al MUNICIPIO DE SINCELEJO a reintegrar al actor sin solución de continuidad, siempre y cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, no haya sido suprimido o el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso y cumpla con los requisitos para acceder al cargo público, tales como la carencia de antecedentes penales y disciplinarios. Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Asimismo, **CONDÉNASE al MUNICIPIO DE SINCELEJO** a pagar al actor, a título de indemnización el equivalente a salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde su desvinculación hasta el momento de la sentencia, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni superior a veinticuatro(24) meses de salario”. De la suma que se reconozca al trabajador se “debe descontarse todo lo que éste, durante el periodo de desvinculación, haya percibido como retribución por su trabajo, ya sea que provenga de fuente pública o privada, como dependiente o independiente. Lo dicho en razón de las consideraciones antes expresadas”

TERCERO: En lo demás confirmase la sentencia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: Ejecutoriada ésta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen para su cumplimiento.

El proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según Acta No.044

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS.

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA