



Cartagena de Indias D, T y C, veintisiete (27) de abril de dos mil veintitrés (2023)

I. RADICACIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO Y DE LAS PARTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001 -33-33-001-2016-00175-01
Demandante	LIBARDO ANTONIO ALCALÁ ROMERO
Demandado	MUNICIPIO DE SANTA CATALINA
Tema	INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. La demanda.

1.1. Las pretensiones de la demanda¹

Se señalan como pretensiones de la demanda las siguientes:

- Que se declare la nulidad del Decreto No. 036 del 18 de enero de 2016 expedida por el alcalde del municipio de Santa Catalina, mediante la cual se declaró insubsistente al señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO.
- Que como consecuencia de lo anterior se ordene al municipio de Santa Catalina reintegrar al actor en el mismo cargo que venía

¹ Fl. 1-2 del archivo 01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf



desempeñando, en idénticas condiciones en las que se encontraban al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría.

- Que se condene a reconocer y pagar, los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su desvinculación hasta que se produzca efectivamente el reintegro, declarando para todos los efectos salariales y prestaciones que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio.
- Que se declare que no existió solución de continuidad.

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante. ²

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relata a continuación:

- El señor LIBARDO ANTONIO ALCALÁ ROMERO prestó sus servicios al municipio de Santa Catalina como Inspector Rural de Policía del corregimiento de Pueblo Nuevo, desde el 21 de abril de 2005 hasta el 24 de enero de 2008, con una asignación básica mensual de \$464.320.
- Que el señor LIBARDO ANTONIO ALCALÁ ROMERO fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Inspector Rural de Policía, Código 306, Grado 02, del corregimiento de Galerazamba, a través del Decreto 009 del 25 de enero de 2008.
- Posteriormente, mediante el Decreto 036 del 18 de enero de 2016, el municipio de Santa Catalina declaró insubsistente el nombramiento del accionante, decisión que le fue comunicada el 21 de enero de 2016 y respecto de la cual no se dio la oportunidad de interponer recursos.

² Fl. 2-4 del archivo digital 01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf

1.3 Normas violadas y concepto de violación. ³

La parte demandante señala que mediante la Ley 909 de 2004 se regula el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de la carrera administrativa.

Indicó que el cargo que venía desempeñando el señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO en la Alcaldía del Municipio de Santa Catalina-Bolívar, como Inspector Rural de Policía, Código 306 Grado 02 en el corregimiento de Galerazamba, es de carrera administrativa, por lo que considera que al momento de su retiro del servicio, en el Decreto No. 036 del 18 de enero de 2016 se debió tener en cuenta la normatividad que rige dicho cargo, esto es la Ley 909 de 2004, y no aplicarle al caso particular los preceptos legales de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Indicó que el Decreto No. 036 del 18 de enero de 2016, mediante el cual se declaró insubsistente el actor, en el cargo de Inspector Rural de Policía viola las normas constitucionales y legales vigentes, teniendo en cuenta que para efectos de su desvinculación debió tenerse en cuenta los requisitos y trámites exigidos por tales normas.

Adujo que en el acto acusado se configura la falta y falsa motivación toda vez que la actuación fue arbitraria y carece de presunción de legalidad por lo que considera que también se presenta desviación de poder; señaló que las razones aducidas por el nominador en el mencionado decreto no son claras.

2. Contestación de la demanda.

La parte demandada no presentó contestación de la demanda.

3. Sentencia de Primera Instancia.⁴

³ Fl. 3-4 del archivo digital 01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf

⁴ Folio 75-82 del archivo digital 01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf



En sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019) proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, se negaron las pretensiones de la demanda, al respecto, consideró el A quo que por tratarse de un cargo de carrera, le asiste razón al accionante al señalar que su retiro debió sujetarse a lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 909 de 2004 disposición que contempla que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es reglada y el acto que lo disponga debe ser motivado.

Que al analizar el acto acusado, advirtió que si bien en sus considerandos se adujo su carácter discrecional, se consignaron argumentos tendientes a justificar la desvinculación del actor; pues se hizo alusión al límite temporal del nombramiento de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 y se indicaron las razones concretas tendientes a mejorar el servicio, por lo que consideró el fallador que el acto acusado se ajustó a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y que por tanto debe desestimarse el cargo fincado en el desconocimiento de tal normatividad.

Por otro lado, señaló que le correspondía a la parte actora explicar en qué consistió la falsa motivación alegada, es decir, señalar de manera concreta los hechos inexistentes que le sirvieron de fundamento o la errada calificación jurídica que de los hechos reales realizó la administración, según fuere el caso, lo cual no hizo, omisión que conduce a que se desestime el cargo propuesto.

En cuanto a la desviación de poder, indicó que el actor no precisó cual fue la motivación oculta que llevó a su desvinculación, como tampoco aportó ninguna prueba que demuestre que esta obedeció a fines distintos a los expresados en el acto acusado.

4. Recurso de Apelación.⁵

La parte demandante en su escrito de apelación consideró que no está de acuerdo con el análisis realizado por el A quo en la sentencia recurrida.

⁵ Folios 85-90 del archivo digital 01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf".



En primer lugar, precisó que no existe duda de la falta de motivación del acto administrativo, por el cual fue declarado insubsistente el señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO, toda vez que en el mismo, el nominador solo se limita a manifestar que el cargo es de carrera administrativa, conforme a la Ley 909 del 2004, y que llenará su vacancia con nombramientos provisionales por el término de 6 meses, y en aras de tener un buen gobierno y servicio público y mejorar la prestación del mismo, se ha de requerir mayor educación formal e informal.

Señaló que la demandada en la expedición del acto administrativo, se fundamenta en la Jurisprudencia del Consejo de Estado que había mantenido la tendencia a justificar la desvinculación de empleados en provisionalidad sin motivar los actos administrativos correspondientes, mientras que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es la que ha venido corrigiendo esa falla y consecuentemente ha establecido desde su sentencia SU 917 de 2010.

Referente a la falta de prueba aludida por el despacho, indicó que la carga de la misma le corresponde a la parte demandada, toda vez que manifiesta en el acto administrativo de llenar la vacancia con nombramientos provisionales con el término de 6 meses, debiendo aportar pruebas que dieran fe de tal afirmación.

5. Trámite procesal segunda instancia

Con auto de fecha veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021) se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Parte demandante.⁶

La parte demandante presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

⁶ Fl. 08AlegatosDemandante00175.pdf.

6.2. Parte demandada.

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión en esta instancia procesal.

7. Ministerio Publico.

El representante al Ministerio Publico no rindió concepto en el presente asunto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente, se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad previsto en el artículo 207 del CPACA, sin encontrarse ningún vicio que acarree nulidad de lo actuado. Por ello, y como en esta instancia tampoco se observan irregularidades que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procede a resolver la alzada.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, este Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. Problema jurídico.

La Sala encuentra que el problema jurídico, determinado por el sustento de la alzada, se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Es procedente declarar la nulidad del Decreto No. 036 del 18 de enero de 2016 expedido por el Municipio de Santa Catalina, mediante el cual se declaró insubsistente al señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO y como consecuencia de lo anterior se



ordene el reintegro, al mismo cargo desempeñado o a otro igual o de superior jerarquía y el correspondiente reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir?

3. Tesis de la Sala.

La Sala de decisión revocará la sentencia impugnada al considerar que se encuentra configurada la falta de motivación como causal de ilegalidad de los actos administrativos, toda vez que en el acto de desvinculación del actor, la accionada no invocó ninguna de las causales contempladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, así como tampoco se invocaron fundamentos de hecho o de derecho que justifiquen la desvinculación del mismo, de tal manera que al no haberse acreditado en el sub examine que la entidad accionada haya consignado en el acto enjuiciado, las razones o motivos que llevaron al retiro del servicio del actor; para esta Magistratura se configura la causal de ilegalidad invocada y es procedente revocar la sentencia impugnada.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. Marco normativo y jurisprudencial.

4.1 Empleo público en el ordenamiento jurídico.

La Constitución Política en su artículo 125, establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. La regla general, es que los cargos sean de carrera y la excepción, son los empleos de libre nombramiento y remoción.

Por su parte el Decreto reglamentario No. 2400 de 1968, regula la administración del personal civil que presta servicios en los empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, definiendo al empleo público como el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la Ley, el Reglamento o las asignadas por autoridad competente las cuales deben ser atendidas por una persona natural. (art. 2)



A su vez, el artículo 3 del Decreto 2400 de 1968, consigna "...Los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos se dividen en: de libre nombramiento y remoción y de carrera. Son de libre nombramiento y remoción las personas que desempeñan los empleos que se señalan a continuación:

- a. Ministros del Despacho, Jefes de Departamento Administrativo, Superintendentes, Viceministros, Secretarios Generales de Ministerio y de Departamento Administrativo y Presidentes, Gerentes o Directores de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado;
- b. Los empleos correspondientes a la planta de personal de los Despachos de los funcionarios mencionados anteriormente;
- c. Los empleos de la Presidencia de la República;
- d. Los empleos del Servicio Exterior de conformidad con las normas que regulan la Carrera Diplomática y Consular; (...) (Negrilla Fuera de Texto)

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



acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder cuatro meses. .." (Art.5)

De lo antecedido, se destaca que los empleos en la administración pública, se pueden dar en tres modalidades, dependiendo la labor encomendada, y la naturaleza jurídica del cargo, es por ello que el estatuto legal, lo ha clasificado en empleos de **carrera administrativa, empleos en provisionalidad y empleos de libre nombramiento y remoción.**

Precisa esta Corporación que en virtud de lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política y el artículo 23 de la Ley 909 de 2004, existe la prohibición constitucional y legal de ingresar o ascender a los cargos de carrera administrativa mediante procesos diferentes a los señalados en la Ley; es decir, el concurso de méritos.

En ese sentido, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

A su turno, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 establece en relación al nombramiento en provisionalidad lo siguiente:

"ARTÍCULO 25. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. *Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."* (Negrillas de la Sala)

De la norma en cita se infiere que los nombramientos provisionales son un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, con fundamento en unas causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.



A su turno, mediante Decreto 1227 de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998” señala en su artículo 8 lo siguiente:

“Artículo 8. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso.

Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante



el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado.

Artículo 9°. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en casos de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron. Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera.

El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

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

Posteriormente, a través del artículo 1 del Decreto 3820 de 2005 se modificó el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, el cual quedó así:

"Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo y del nombramiento provisional no podrá exceder de seis (6) meses, salvo cuando por circunstancias debidamente justificadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil esta autorice su prórroga hasta que se supere la circunstancia que dio origen a la misma. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada para proveer la respectiva vacante.

Los nombramientos provisionales efectuados de conformidad con el artículo 8° del Decreto 1227 de 2004, podrán ser prorrogados en los términos y condiciones previstas en el anterior inciso".

Finalmente, mediante el Decreto 1937 de 2007 se modificó el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, el cual a su vez fue modificado por el Decreto 3820 de 2005 así:

"Parágrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos



casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada. No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado."

Ahora bien, el Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", establece en relación al retiro del servicio de un empleado público nombrado en provisionalidad lo siguiente:

"ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. 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."

Por su parte, frente a la motivación del acto mediante el cual se declara insubsistente el nombramiento de un empleado público en provisionalidad, el Consejo de Estado mediante sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010) proferida por la Sección Segunda, Rad.(0883-08) manifestó lo siguiente:

"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 26 De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada. en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de 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."

A su turno, la Corte Constitucional en Sentencia SU – 556 de 2014, abordó el estudio de la estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera y **los efectos de la nulidad del acto de retiro sin motivación del funcionario vinculado en provisionalidad**. Unificando criterio en lo siguiente:



3.6. Efectos de la nulidad del acto de retiro del funcionario vinculado en provisionalidad sin motivación. Definición de la regla indemnizatoria

3.6.1. Conforme lo ha dejado en claro la jurisprudencia constitucional, cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, sin que se motive el respectivo acto de retiro, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública, y se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa.

3.6.2. En ese contexto, dentro del propósito de restablecer los citados principios y derechos constitucionales, la jurisprudencia de esta Corporación ha venido adoptando distintas medidas de protección, atendiendo a las especiales circunstancias de los casos que han sido materia de pronunciamiento.

(...)

3.6.3. Del anterior recuento jurisprudencial de las distintas etapas, encuentra esta Corte que se ha mantenido invariable la regla conforme a la cual, cuando se desvincula sin motivación a un servidor público que se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, lo que procede es ordenar la nulidad del acto, como mecanismo para la protección de los derechos a la estabilidad laboral, a la igualdad y al debido proceso. No obstante, en cuanto hace a las medidas de restablecimiento, se han ido desarrollando algunos matices, puesto que primero se evolucionó en la dirección de reconocer no solamente el reintegro del funcionario como una consecuencia natural de dejar sin efectos el acto de desvinculación, sino también el pago a su favor de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su desvinculación hasta su efectiva reincorporación, pero luego se han introducido criterios que, por consideraciones de equidad, limitan esa regla.

3.6.3.1. Como se ha mostrado, el primero de esos criterios alude a que la orden de pago de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de desvinculación hasta que se efectuara el reintegro al cargo que venía desempeñando en provisionalidad, sólo surte efectos hasta el momento en el que el respectivo cargo hubiere sido provisto a través de concurso de méritos. Esta regla de decisión parte de la consideración conforme a la cual carece de soporte la orden de pagar salarios y prestaciones por un periodo en el cual el servidor público ya se encontraría desvinculado del cargo por una decisión ajustada a la Constitución y a la ley, esto es, porque el cargo que ocupaba en provisionalidad ya habría sido provisto mediante concurso.

El segundo, por su parte, alude al eventual descuento que debe ordenarse a la suma total correspondiente al concepto de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, cuando la persona afectada con el retiro discrecional haya recibido otras sumas del tesoro público por virtud de su desempeño en otros cargos de naturaleza pública durante el interregno que estuvo desvinculada.

Finalmente, conforme a un tercer criterio, aplicado en un solo caso por la Sala Cuarta de Revisión, en la Sentencia T-961 de 2011, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir solo se ordena en sede constitucional, a partir del momento en el que se presentó la acción de tutela.

3.6.3.2. El anterior recuento muestra que en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el tema de la estabilidad laboral relativa de los servidores públicos vinculados en



provisionalidad, se ha manifestado la existencia de una tensión constitucional entre, por un lado, el alcance de las medidas de protección de quien ha sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro, la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.

Esta necesidad de limitar el alcance de la orden de protección se origina en la evidente desproporción que, en razón de la congestión judicial y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, se produce cuando quien tiene un título precario de estabilidad, accede a un reconocimiento patrimonial que abarca periodos de varios años y excede el ámbito de lo que pudiera considerarse como reparación o compensación por el efecto lesivo del acto de desvinculación. En esa línea, cabe señalar que los remedios hasta ahora ensayados por la Corte, si bien ofrecen una respuesta parcial, y, ciertamente, marcan un derrotero en la consideración del asunto, resultan claramente insuficientes. Así, la decisión de limitar el pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que el respectivo empleo haya sido provisto mediante concurso, si bien responde a una lógica impecable, no resulta suficiente desde el punto de vista de la equidad, porque no ofrece respuesta para los eventos, que son muchos, en los que la convocatoria de los concursos se dilata indefinidamente en el tiempo. En esas hipótesis, quien hubiese sido desvinculado sin motivación estando en provisionalidad en un cargo de carrera, continuaría acumulando salarios y prestaciones, por periodos no laborados, durante todo el tiempo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y, si fuere del caso, la constitucional, tardase en resolver de manera definitiva el asunto. A su vez, la determinación de descontar lo que la persona afectada hubiese devengado del tesoro público durante el periodo por el que deben reconocerse los salarios y prestaciones dejadas de percibir, no es consistente con la consideración de que, desde la perspectiva de la ausencia de causa para ese pago, la misma razón resulta predicable en aquellos eventos en los que la persona ha desempeñado un empleo remunerado en el sector privado o ha generado su propio ingreso como trabajador independiente. Finalmente, en sentido contrario, la previsión conforme a la cual el pago solamente se reconoce a partir del momento en la que se presentó la solicitud de amparo constitucional, no resultaría de recibo en aquellos eventos en los que la protección se brinda por el juez de tutela de primera instancia, caso en el cual el reconocimiento sería irrisorio.

De ahí que no exista claridad en relación con las medidas que, por vía de consecuencia, han de adoptarse de manera complementaria para el restablecimiento de los derechos; cuestión que, a la luz de los efectos que en los casos particulares ha tenido la decisión de amparo constitucional, impone la necesidad de una consideración específica del asunto.

3.6.3.3. En este orden de ideas, cabe señalar que el fundamento para la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, no puede tenerse como una consecuencia automática de la nulidad del acto de desvinculación porque, si bien, en general, el resultado de la nulidad es la de que las cosas se retrotraen hasta el momento en el que se produjo el acto invalidado, tal efecto no es posible en este caso, puesto que, aunque sería posible disponer el pago retroactivo del salario, no es posible hacer lo propio con la prestación del servicio. Si el salario está indisolublemente ligado



a la prestación del servicio, en ausencia de éste, desaparece la causa para el pago de aquel.

En este evento, es forzoso concluir que, si los salarios dejados de percibir no se pueden concebir como un pago retroactivo del servicio, porque éste no se prestó y ya no es posible su prestación, sólo cabe interpretar que el pago se dispone como una modalidad de indemnización de perjuicios. Sin embargo, como pasa a explicarse, esta aproximación conduce a un resultado claramente desproporcionado y, por consiguiente, contrario a principios constitucionales y legales de indemnización, que establecen que "dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales."⁷

3.6.3.4. En principio, cabe considerar que la declaratoria de nulidad del acto y la orden de reintegro buscan proteger la estabilidad laboral del servidor público vinculado en provisionalidad, esto es, su expectativa de permanecer en el empleo, al menos, hasta cuando el mismo fuese provisto mediante concurso. Consecuentemente, lo que se debe indemnizar es el daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró esa expectativa de estabilidad. El problema que surge de la aproximación que hasta el momento se ha manejado en la jurisprudencia, se origina en el hecho de que la indemnización se vincula, primero, al tiempo que la persona emplee en acudir a la justicia ordinaria y a la constitucional y, luego, al tiempo que ésta demore en resolver el asunto.

3.6.3.5. Por el contrario, una aproximación orientada en la finalidad de evitar la desproporción que surge de la aplicación indiscriminada de la orden de reintegro y pago de salarios y de prestaciones, concordante con el texto de la Carta Política, debe analizar la indemnización que se da a título de restablecimiento desde la perspectiva de los principios de equidad y de reparación integral.

En ese contexto, es menester tener en cuenta que la extensión del daño indemnizable viene limitada por dos factores. El primero tiene que ver con el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que, si bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, dicho funcionario tiene una estabilidad relativa, es claro que no puede abrigar una expectativa de permanencia indefinida en el cargo. De este modo, aun cuando en la práctica, en contravía con expresa disposición legal, los nombramientos en provisionalidad se extienden en el tiempo y pueden tener una duración de varios años, al menos para efectos indemnizatorios es posible concluir que el nombramiento en provisionalidad no puede generar una expectativa de estabilidad que vaya más allá de la que, de acuerdo con el ordenamiento legal, pueda tener una persona que ha sido vinculada en dicha modalidad. El segundo factor que limita la extensión de lo que puede considerarse como un daño indemnizable, tiene que ver con una consideración de carácter general, sobre la responsabilidad que le cabe a cada persona en la generación de los recursos necesarios para atender sus requerimientos vitales, sin que sea de recibo la actitud de quien, ante la pérdida del empleo, omite injustificadamente la realización de las actividades imprescindibles para la auto-provisión de recursos.
(...)

⁷ Artículo 16 de la Ley 446 de 1998.



3.6.3.7. Las normas que se han transcrito, tenían la vocación de brindar una garantía al principio del concurso de méritos como medio de acceso a la carrera administrativa, limitando claramente las expectativas de los nombramientos en provisionalidad, para que fueran, tal como su nombre lo indica, temporales, para luego proveer el cargo con las condiciones previstas en la ley.

3.6.3.8. Bajo esas condiciones, quien está nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, se encuentra ante una situación excepcional y temporal de permanencia en el cargo, por cuanto las autoridades administrativas responsables deberán proveerlo por medio del sistema de carrera, nombrando en propiedad a quien haya superado todas las etapas del concurso que, en todo caso, habrá de convocarse para el efecto. De lo anterior resulta claro que, quien es nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, debe asumir que tiene una estabilidad intermedia, en la medida en que no ha sido vinculado mediante un sistema de méritos, y la provisión conforme al mismo habrá de hacerse en el breve término que prevé la ley. Así, esa persona puede esperar mantenerse en el cargo hasta tanto el mismo sea provisto, en el término legal, por quien haya ganado el concurso y que si su desvinculación se produce con anterioridad, ello ocurra conforme a una razón objetiva, debidamente expresada en el acto administrativo de desvinculación.

3.6.3.9. En los términos anteriores, no resulta apropiado asumir, para efectos de la indemnización, que la cuantificación de la misma deba hacerse a partir de la ficción de que el servidor público hubiera permanecido vinculado al cargo durante todo el lapso del proceso, prestando el servicio y recibiendo un salario. Ello no solo es contrario a la realidad, sino que implica un reconocimiento que excede, incluso, el término máximo que permite la ley para este tipo de nombramientos. Este primer punto, lleva a la conclusión de que restablecer el derecho a partir del pago de todos los salarios dejados de percibir entre la desvinculación y el reintegro, desconoce el principio de la reparación integral que exige la indemnización del daño, pero nada más que el daño; puesto que excede las expectativas legítimas para la protección del bien jurídico que fue lesionado por el acto.

3.6.3.10. En cuanto al segundo criterio que limita la cuantificación del daño derivado de la desvinculación sin motivación de un servidor público que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera, la solución que fija como indemnización los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta el reintegro efectivo, resulta claramente incompatible con el conjunto de principios y derechos que orientan el Estado Social y Constitucional de Derecho.

Para la Corte es claro que una indemnización así concebida resulta excesiva en los términos de los artículos 1º y 25 de la Constitución Política. Ello por cuanto, con base en los mismos, no es posible presumir que la persona permaneció cesante durante todo el tiempo que demoró la justicia en resolver el conflicto jurídico. Por el contrario, se debe asumir que, como parte activa de un Estado Social de Derecho, esa persona contribuyó al desarrollo de la sociedad, en la medida en que ese concepto parte de la consideración de que el individuo es, en principio, capaz de auto sostenerse, y como tal, tiene la carga de asumir su propio destino, siendo excesivo y contrario a la equidad, indemnizarle como si desde el día de su desvinculación hubiere cesado de cumplir la carga de su auto-sostenimiento, y ésta se hubiere trasladado al Estado, quien fungía como empleador.



En efecto, la pretensión de que se proyecte de manera indefinida el pago del salario que en algún momento percibió el actor, pero que desde un inicio no tenía vocación de permanencia, en realidad no constituye una manera de satisfacer el derecho al trabajo cuya vulneración se alega. Este derecho no consiste ni se reduce a la facultad de exigir el pago periódico de una suma dineraria para atender las necesidades vitales; por el contrario, este pago viene a ser la contraprestación por la realización de actividades socialmente útiles y que redundan en el crecimiento personal de quien las realiza. Por tal motivo, entender que el Estado satisface el derecho al trabajo por suministrar a los ciudadanos una suma mensual, desconoce la naturaleza misma de esta prerrogativa fundamental. La obligación del Estado tiene una dimensión mucho más amplia, pues no solo debe asegurar un mínimo vital, sino que debe crear las condiciones para que en el marco de la autonomía personal, los individuos desplieguen sus intereses y expectativas vitales, contribuyan eficazmente al bienestar colectivo, y como consecuencia de ello, sean retribuidos por su aporte social.

De este modo, la solución que fija como indemnización el pago de salarios desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, no solo desnaturaliza el derecho al trabajo, sino que además contraviene los principios estructurales sobre los cuales se edifica el Estado Constitucional y Social de Derecho, y en particular, la dignidad humana, el principio general de la autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Entender y establecer una presunción general sobre la incapacidad de las personas para atender sus propias necesidades, y sobre esta base edificar el alcance de las obligaciones del Estado, termina por anular al individuo mismo y por imponer obstáculos y barreras para el ejercicio de la autonomía individual. La solución propuesta invierte la lógica de las cosas, puesto que, justamente, nuestro modelo constitucional parte de la presunción general sobre la capacidad de las personas para definir el rumbo de su vida y para atender por sí mismas sus necesidades vitales. En ese contexto, no es de recibo una cuantificación de la indemnización por la injusta terminación del vínculo laboral, que tenga como punto de partida la consideración implícita conforme a la cual, a partir del acto de desvinculación, y hasta tanto se produzca el reintegro, cesó la obligación de la persona de asumir la responsabilidad de generar sus propios ingresos.

Finalmente, cabe señalar que la responsabilidad individual por la auto-provisión de recursos, tiene como contrapartida la obligación del Estado de adoptar las medidas, positivas y negativas, para asegurar su goce efectivo por todas las personas, pero que esta obligación difiere sustancialmente del deber de atender y proveer directamente las prestaciones derivadas de todos y cada uno de los derechos constitucionales. Por tal motivo, entender que, en los supuestos sobre los que versa esta providencia, las entidades estatales tienen la obligación de pagar indefinidamente los salarios dejados de percibir desde la desvinculación del servidor público, de un cargo cuya estabilidad era tan sólo relativa, sobrepasa por mucho los deberes a cargo del Estado y la responsabilidad que le es imputable a título de daño por una conducta antijurídica.

(...)

3.6.10.5. Así, es claro que, para el caso de los provisionales que ocupan cargos de carrera y que son desvinculados sin motivación alguna, el pago de los salarios dejados de percibir, desde que se produce su desvinculación hasta el momento en que sus derechos son reconocidos judicialmente, resulta ser una indemnización excesiva a la luz de la Constitución Política y la Ley, que puede dar lugar a un enriquecimiento sin justa causa. Ello por dos razones fundamentales. Inicialmente, por cuanto el servidor



público afectado con la medida de retiro se encontraba en una modalidad de vinculación temporal, que desde el punto de vista estrictamente jurídico no tiene vocación de permanencia, lo que claramente inhibe que a la persona se le genere una expectativa de permanencia indefinida, representada en la posible indemnización que tenga derecho a recibir por esa causa. De allí, que sea contrario a la ley presumir que su permanencia en el cargo habría de superar el plazo máximo para ello consagrado, y que, por tanto, se deba indemnizar más allá de las expectativas legítimamente generadas. Además, porque, constitucionalmente, en la persona radica la responsabilidad de su propio sostenimiento, por lo que, al haber sido declarada insubsistente, debe asumir la carga consigo misma, y no pretender trasladarla a su empleador, adelantando las acciones necesarias para recuperar su autonomía y generar sus propios ingresos. Entonces, no es posible presumir que el daño causado se proyecte sobre la totalidad del tiempo transcurrido desde la desvinculación hasta la decisión judicial de reintegro, ni que al servidor público afectado se le deban pagar los salarios dejados de percibir por un servicio que es imposible que preste en esa entidad hacia el pasado, y que, en contraste, si pudo haber prestado en otra institución de la sociedad.

3.6.3.11. Por lo anterior, se concluye que el daño que verdaderamente se le causa al administrado es la pérdida del empleo, en la forma de lucro cesante en tanto se refiere a "un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima"⁸. Al evaluarlo de acuerdo con los parámetros legales, se encuentra que para que exista una verdadera reparación integral, es decir una indemnización del daño y nada más que el daño, se debe evaluar su expectativa de permanencia en el cargo, unida a la estabilidad laboral propia del cargo de carrera nombrado en provisionalidad y la carga que le correspondía de asumir su propio auto-sostenimiento y el de sus dependientes.
(...)

3.6.13.4. Ahora bien, siendo consecuente con el propósito de que la reparación debe corresponder al daño que se presentó cuando, de manera injusta, se frustró la expectativa de estabilidad relativa en el cargo, se dispondrá que, en todo caso, la indemnización a ser reconocida no podrá ser inferior a los seis (6) meses que según la Ley 909 de 2004 es el término máximo de duración de la provisionalidad, estableciéndose, a su vez, un límite superior a la suma indemnizatoria de hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

3.6.13.5. A este respecto, el valor mínimo indemnizatorio en este caso se fija, en razón a que las personas desvinculadas han agotado previamente el respectivo proceso judicial, y, como consecuencia de la congestión y la consiguiente mora en la adopción de las decisiones de protección, la posibilidad de acceder a un reconocimiento patrimonial por el despido injusto se extienda a periodos de varios años, es decir, a periodos que superen los seis (6) meses. En el caso contrario, el pago mínimo de indemnización no tiene lugar, y ésta deberá corresponder al daño efectivamente sufrido, el cual será equivalente al tiempo cesante.

3.6.13.6. Por su parte, y en plena concordancia con lo anterior, el término máximo de indemnización se fija dentro del propósito de evitar un pago excesivo y

⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 2. Bogotá, Ed. Temis 1986, pg. 117.



desproporcionado en relación con el verdadero daño sufrido a causa de la desvinculación, y su tope de 24 meses se determina teniendo en cuenta los estándares internacionales y nacionales recogidos en diversos estudios, que consideran como de larga duración el desempleo superior a un año.

3.6.3.13.7. Para establecer el promedio de la duración del desempleo, se tomaron como referencia dos estudios que permiten estimar el funcionamiento de dicha variable en el mundo y en el país. El primero de ellos fue realizado y publicado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 21 de enero de 2014, titulado *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, en el cual se reflejan diversos indicadores mundiales y regionales sobre el mercado laboral. En particular, sobre el indicador de la duración del desempleo en algunas economías⁹, advierte que, cuando se trata del desempleo de larga duración¹⁰, el promedio para conseguir trabajo es por lo menos de 12 meses, mientras que frente al desempleo de corto o mediano plazo, el tiempo promedio para ubicarse laboralmente es de aproximadamente 4,5 meses.

El segundo estudio evaluado es la investigación adelantada por la Dirección de Estudios Económicos del Departamento Nacional de Planeación, titulada "Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006"¹¹, la cual, a partir de un análisis no paramétrico, define también estándares sobre la duración del desempleo en el país. Con base en la Encuesta Continua de Hogares del segundo trimestre del año 2006, en dicha investigación se destaca que en Colombia predomina el desempleo de larga duración¹², sobre la base de considerar que el 54% de la población se demora un periodo superior a los 12 meses para conseguir empleo. De igual manera, con un enfoque de género, se explica que el 50% de los hombres consigue empleo a los 8 meses o menos de encontrarse desocupados, mientras que las mujeres necesitan por lo menos 18 meses para lograr dicho objetivo. En este mismo sentido, encuentra el estudio que el comportamiento de esos resultados puede variar significativamente cuando los desempleados utilizan canales formales o informales para la búsqueda de trabajo, de manera que el 75% de los que utilizan herramientas formales han salido del desempleo a los 12 meses, mientras que los que acuden a la informalidad ocupa un mayor tiempo para emplearse.¹³

⁹ De manera concreta el cuadro No. 10 (página 25) compara cómo ha variado el promedio –en meses– de la duración del desempleo desde el año 2003 hasta el 2012 en los siguientes países: Canadá, Brasil, Estados Unidos, Reino Unido, Turquía, Japón, España, Sur África y Grecia.

¹⁰ De acuerdo con el estudio *Global Employment Trends 2014: Risk of a jobless recovery?*, se entiende por desempleo de larga duración, aquél que supera los 12 meses, mientras que el desempleo de corta y mediana duración es aquél que se extiende entre 3 y 6 meses, y en todo caso es menor de 12 meses.

¹¹ Este documento fue elaborado por profesores Carlos Augusto Viáfara L, y José Ignacio Uribe G. del Departamento de Economía de la Universidad del Valle, miembros del Grupo de Investigación en Economía Laboral y Sociología del Trabajo. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

¹² Véase página 16 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006*. Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.

¹³ Véase página 17 del estudio *Duración del desempleo y canales de búsqueda de empleo en Colombia, 2006*. Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia, Dirección de Estudios Económicos. Documento 340, 7 de marzo de 2008.



3.6.3.13.8. *Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario."*

4.2. Naturaleza jurídica del Cargo de Inspector de Policía.

Es dable precisar en relación a la naturaleza del cargo de Inspector de Policía, que el artículo 5 de la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", establece la clasificación de los empleos, en donde, por regla general, los empleos de los organismos y entidades regulados por la citada ley son de carrera y exceptúa los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los que ejercen funciones en las comunidades indígenas, conforme con su legislación y los de trabajadores oficiales, así como los de libre nombramiento y remoción que corresponden a uno de los criterios establecidos en dicho artículo.

En este orden, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 785 de 2005, el cargo de Inspector de Policía Rural, pertenece al nivel técnico y es de carrera administrativa; por lo que proveerse de manera definitiva a través de un concurso público de méritos.

5. Caso concreto.

5.1. Hechos relevantes probados.

- Se encuentra acreditado en el expediente que el señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO fue nombrado Inspector Rural de Policía en el corregimiento de Pueblo Nuevo del municipio Santa



Catalina – Bolívar el 21 de abril de 2005 hasta el 24 de enero de 2008.¹⁴

- A su turno, el señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO fue nombrado Inspector Rural de Policía Código 306 Grado 02 en el corregimiento de Galerazamba del municipio Santa Catalina – Bolívar el 25 de enero de 2008 mediante el Decreto 009 del 25 de enero de 2008.¹⁵
- Posteriormente, mediante el Decreto No. 036 del 18 de enero de 2016 el Alcalde del Municipio de Santa Catalina declaró insubsistente el nombramiento del señor LIBARDO ALCALA ROMERO en el cargo de INSPECTOR RURAL DE POLICIA Código 306 Grado 02.¹⁶

Al respecto indicó el nominador que el cargo desempeñado por el señor ALCALA ROMERO es de carrera administrativa, por lo que conforme a la Ley 909 de 2004 su vacancia se llenara con nombramientos provisionales por el termino de seis (06) meses. Que el Consejo de estado ha sostenido en su jurisprudencia que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente al del vinculado a la carrera, por no haber accedido al cargo mediante concurso.

Señaló que el nombrado en el empleo accedió al mismo en forma discrecional, no a través de concurso, por lo que no se requiere de procedimiento y ni motivación para su desvinculación, y en aras de tener un buen gobierno y mejorar la prestación del mismo, se requiere una mayor educación formal e informal, por lo que declaró insubsistente al señor LIBARDO ALCALA ROMERO.

¹⁴ Fl. 7 y 11 01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf

¹⁵ Fl. 8 y 50 01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf

¹⁶ Fl. 13-14 01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf





- Obra en el expediente certificación de fecha 1 de marzo (sin año), mediante la cual el Secretaria de Hacienda Municipal de Santa Catalina señala la asignación salarial del señor LIBARDO ALCALA ROMERO en el cargo de Inspector del corregimiento de Loma Arena de los años 2005 a 2007 y de 2011 a 2015; y el 2016 fue declarado insubsistente el 21 de enero de 2016.

Preciso que, de los años 2008, 2009 y 2010 no se encontró información en dicha dependencia respecto de esos periodos.

Que de la información registrada en la Secretaria de Hacienda se advirtió que al señor LIBARDO ALCALA ROMER solo se le adeuda por concepto de liquidación lo concerniente al año 2015 y lo proporcional a los días laborados del 2016.¹⁷

- Obra en el expediente certificación de fecha 27 de enero de 2016 proferida por el Secretario del Interior y de Gobierno del Municipio de Santa Catalina mediante el cual se indicó que el señor LIBARDO ALCALA ROMERGO laboró en el cargo de INSPECTOR RURAL DE POLICIA en los siguientes periodos¹⁸:
 - i. Desde el 21 de abril de 2005 hasta el 24 de enero de 2008 (en el corregimiento del Pueblo Nuevo).
 - ii. Desde el 25 de enero de 2008 hasta el 21 de enero de 2016 (en el corregimiento de Galerazamba).
- Obra en el expediente certificado de fecha 25 de enero de 2016 mediante el cual el Personero Municipal del municipio de Santa Catalina indicó que el señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO laboró en la Personería Municipal de SANTA Catalina en el cargo

¹⁷ Fl. 15 01 Demanda Nulidad Restablecimiento.pdf

¹⁸ Fl. 11 01 Demanda Nulidad Restablecimiento.pdf

de secretario, durante el periodo comprendido entre el 7 de julio de 2001 a 7 de marzo de 2005.¹⁹

- Obra en el expediente Formato Único Hoja de vida del señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO con sus respectivos anexos.²⁰

5.2. Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

A través del presente medio de control, el señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO solicita que se declare la nulidad del Decreto No. 036 del 18 de enero de 2016 expedida por el alcalde del municipio de Santa Catalina, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del cargo que venía desempeñando como Inspector Rural de Policía en el municipio de Santa Catalina y a título de restablecimiento del derecho solicita que se ordene a la demandada a reintegrarlo en el mismo cargo que venía desempeñando, en iguales condiciones de trabajo a las que poseía al momento de su desvinculación, o en otro de igual o superior categoría, así como el correspondiente pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir.

El A quo por su parte, negó las pretensiones de la demanda indicando en primer lugar que por tratarse de un cargo de carrera, le asiste razón al accionante al señalar que su retiro debió sujetarse a lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 909 de 2004 disposición que contempla que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es reglada y el acto que lo disponga debe ser motivado.

Sin embargo, que al analizar el acto acusado, advirtió que si bien en sus considerandos se adujo su carácter discrecional, se consignaron argumentos tendientes a justificar la desvinculación del actor; pues se hizo alusión al límite temporal del nombramiento de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004 y se indicaron las razones concretas tendientes a mejorar el servicio,

¹⁹ Fl. 12 01 Demanda Nulidad Restablecimiento.pdf

²⁰ Fl. 51-63 01 Demanda Nulidad Restablecimiento.pdf



por lo que consideró el fallador que el acto acusado se ajustó a lo dispuesto en la Ley 909 de 2004 y que por tanto debe desestimarse el cargo fincado en el desconocimiento de tal normatividad.

A su turno, el accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia manifestando que no existe duda de la falta de motivación del acto administrativo, por el cual fue declarado insubsistente el señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO, toda vez que en el mismo, el nominador solo se limita a manifestar que el cargo es de carrera administrativa, conforme a la Ley 909 del 2004, y que llenará su vacancia con nombramientos provisionales por el término de 6 meses, y en aras de tener un buen gobierno y servicio público y mejorar la prestación del mismo, se ha de requerir mayor educación formal e informal.

En ese contexto, conforme al marco normativo y jurisprudencial expuesto, los hechos probados y el objeto del recurso de apelación impetrado, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

En primer lugar, se encuentra acreditado en el sub examine que el señor LIBARDO ALCALA ROMERO laboró en el cargo de INSPECTOR RURAL DE POLICIA del 21 de abril de 2005 hasta el 24 de enero de 2008 en el corregimiento del Pueblo Nuevo, y del 25 de enero de 2008 hasta el 21 de enero de 2016 en el corregimiento de Galerazamba.²¹

Por lo anterior, precisa la Sala que si bien el actor se desempeñaba como Inspector de Policía Rural en el municipio de Santa Catalina a través de un nombramiento ordinario, lo cierto es que de conformidad con lo establecido en el Decreto Ley 785 de 2005 el empleo de INSPECTOR DE POLICIA RURAL se encuentra clasificado como un empleo de carrera administrativa, razón por la cual, al haberse vinculado el actor en el empleo de inspector de policía sin haber mediado un concurso de méritos para su provisión, se entiende que su nombramiento era en provisionalidad.

Ahora bien, los actos de desvinculación de los nombramientos en

²¹ Fl. 11 01 Demanda Nulidad Restablecimiento.pdf



provisionalidad deben ser motivados, en el entendido de que los empleados públicos nombrados en provisionalidad ejercen un cargo de carrera administrativa, razón por la cual su retiro es procedente solo y de conformidad con las causales establecidas en la Constitución Política y en la ley, esto es, las consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004²²; en este orden, la

²² **“ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio.** El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) **INEXEQUIBLE.** Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia C-501 de 2005.

(Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004)

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;

Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;

Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

discrecionalidad del nominador respecto del retiro sólo se predica respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

En el sub judge, se advierte que mediante el Decreto No. 036 del 18 de enero de 2016 el Alcalde del Municipio de Santa Catalina declaró insubsistente el nombramiento del señor LIBARDO ALCALA ROMERO en el cargo de INSPECTOR RURAL DE POLICIA Código 306 Grado 02.²³

Se observa que el nominador indicó tres motivos para desvincular al actor: **i.** Que el cargo desempeñado por el señor ALCALA ROMERO es de carrera administrativa, por lo que conforme a la Ley 909 de 2004 su vacancia se llenara con nombramientos provisionales por el termino de seis (06) meses; **ii.** El actor accedió al empleo en forma discrecional y no a través de concurso, por lo que no se requiere procedimiento ni motivación en la desvinculación; y **iii.** En aras de tener un buen gobierno y mejorar la prestación del servicio público, se requiere una mayor educación formal e informal.

En relación con el primer motivo de desvinculación, precisa esta Corporación que el límite de los seis (06) meses de que trata el artículo 8 del Decreto 1227

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 1. INEXEQUIBLE. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.

(Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005)

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

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

²³ Fl. 13-14 01DemandaNulidadRestablecimiento.pdf



de 2005 mediante el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, no es razón suficiente para declarar insubsistente el nombramiento en provisionalidad del actor, toda vez que de conformidad con la sentencia de Unificación SU-917 de 2010, la terminación del nombramiento provisional debe ser motivado y debe obedecer al principio de “razón suficiente” en virtud del cual sólo es admisible una motivación donde *“deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”*²⁴.

Así mismo, en el Concepto 201881 de 2021 proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, citó la Circular Conjunta No. 0032 del 3 de agosto de 2012 expedida por el Ministerio de Trabajo y ese Departamento Administrativo mediante la cual se indicó que *“el vencimiento de duración del término del nombramiento provisional o el de su prórroga no son motivos suficientes para el retiro del personal provisional, en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados.”*

Por otro lado, precisa la Sala que en el término de seis (06) meses que establece la norma, se debe convocar el empleo a concurso de méritos, sin embargo, en el sub examine no se advierte que para la fecha de desvinculación del actor se haya convocado a concurso de méritos, o existía personal inscrito en carrera administrativa para desempeñar el cargo, así como tampoco que exista lista de elegibles vigente, pues luego del retiro del actor en el cargo de INSPECTOR RURAL DE POLICIA fue nombrado el señor CARLOS ALBERTO MARQUEZ ALVARADO en dicho cargo, no obstante, no se indicó que el posesionado haya ingresado a carrera administrativa por la superación del concurso de méritos.

Así las cosas y conforme a lo expuesto, para la Sala no resulta razón suficiente el vencimiento del término de los seis (06) meses para motivar el retiro del servicio

²⁴ «Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005

del actor, máxime cuando el nombramiento del actor ha sido prorrogado en forma automática desde el año 2005 hasta el año 2016.

A su turno, en relación al segundo motivo de desvinculación, esto es, el retiro discrecional del servicio del actor y su falta de motivación, precisa la Sala que el mismo no es de recibo para esta Corporación, pues se reitera, por tratarse de un cargo de carrera administrativa, la desvinculación de su nombramiento en provisionalidad, debía ser motivado, de tal manera que se configura la falsa motivación como causal de ilegalidad.

Finalmente, frente al último motivo de desvinculación señalado por el nominador, referente a una mayor educación formal e informal para tener un buen gobierno y mejorar la prestación del servicio público, advierte la Magistratura que el mismo podría encuadrarse en la causal “c) *Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada.*”, declarada inexecutable por la Sentencia C-501 de 2005; y la contemplada en el literal “j) *Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen.*” No obstante, la accionada no indicó cuáles son los requisitos para el desempeño del cargo, en especial los relacionados con la educación formal e informal que no fueron presuntamente cumplidos por el actor.

De lo anterior, precisa la Sala que en el acto de desvinculación del actor no se invocó ninguna de las causales contempladas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 para retirar del servicio a empleados que desempeñen cargos de carrera administrativa, así como tampoco se invocaron fundamentos de hecho o de derecho que justifiquen la desvinculación del actor.

En este orden, a juicio de esta Corporación se configura la falta de motivación como causal de ilegalidad de los actos administrativos, la cual constituye uno de los elementos para la existencia de los mismos, esto es la motivación; es decir, las razones de hecho y de derecho que llevan a su expedición; de tal manera que al no haberse acreditado en el sub examine que la entidad accionada haya consignado en el acto enjuiciado, las razones o motivos que



llevaron al retiro del servicio del actor; para esta Magistratura se configura la causal de ilegalidad invocada y es procedente revocar la sentencia impugnada.

A su turno, en cuanto a la desviación de poder como causal de ilegalidad precisa la Sala que la misma no se configura, toda vez que en el sub examine no se demostró que los móviles o fines que realmente llevaron a la insubsistencia del nombramiento son los que alega el demandante, es decir, no se alegaron o establecieron razones políticas, de credo, de corrupción o cualquier otra causa discriminatoria o desviada del mejoramiento del servicio que condujera realmente al nominador a proferir el acto demandado.

En ese sentido, se concluye que la carga probatoria de la desviación de poder no fue asumida con la suficiente integridad para demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio, de tal manera que, al no acreditarse la ilegalidad de los actos acusados, se revocará la sentencia impugnada.

Por todo lo expuesto, la Sala declarará la nulidad del Decreto No. 036 del 18 de enero de 2016 proferido por el municipio de Santa Catalina, mediante el cual se declaró insubsistente al señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO.

A título de restablecimiento del derecho se ordenará: **i.** El reintegro del señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO al cargo que desempeñaba al momento de su retiro, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; **ii.** El reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir durante veinticuatro (24) meses, sin solución de continuidad, contados desde la fecha de su desvinculación; descontando de ese monto las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido, en atención a lo señalado en el las sentencias SU-556 de 2014, SU-053 de 2015 y SU-054 de 2015 según las cuales solo se debe pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde su desvinculación hasta

la fecha de su reintegro, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; sin que dicha suma supere el equivalente a veinticuatro (24) meses y, en todo caso, se debe descontar de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona.

6. Condena en Costas.

Aplica la Sala el artículo 188 del CPACA, el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, habiéndose resuelto de forma favorable el recurso de apelación instaurado por la parte accionante y teniendo en cuenta que se revocará la sentencia proferida en primera instancia; se encuentra procedente la condena en costas en primera y segunda instancia, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandante; condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

En este caso, se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandante²⁵.

En consecuencia, se condenará en costas a la parte demandada, las cuales deberán ser liquidadas por el juzgado de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

²⁵ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.



PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha veintiséis (26) de marzo de dos mil diecinueve (2019), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Decreto No. 036 del 18 de enero de 2016 proferido por el municipio de Santa Catalina, mediante el cual se declaró insubsistente al señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho se ordenará al municipio de Santa Catalina:

i. El reintegro del señor LIBARDO ANTONIO ALCALA ROMERO al cargo que desempeñaba al momento de su retiro, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso;

ii. El reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos que el demandante dejó de percibir durante veinticuatro (24) meses, sin solución de continuidad, contados desde la fecha de su desvinculación; descontando de ese monto las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido, en atención a lo señalado en las sentencias SU-556 de 2014, SU-053 de 2015 y SU-054 de 2015.

CUARTO: Condenase en costas procesales en primera y segunda instancia a la parte demandada, las cuales que serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Código: FCA - 008 Versión: 03 Fecha: 03-03-2020



SC5780-1-9





LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA