

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, PARTES E INTERVINIENTES.

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-004-2019-00127-01
Demandante	JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ
Demandado	CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLIVAR
Tema	DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD
Magistrado Ponente	LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

II. PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintinueve (29) de agosto de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Se señalan como pretensiones de la demanda, las siguientes:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución N° 529 del 22 de octubre de 2018, por medio del cual se declara la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad recaído en JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, y de la Resolución N° 660 del 26 de diciembre del 2018, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición confirmando la



primera decisión, ambos actos administrativos emitidos por la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLIVAR CSB.

SEGUNDO: Que a título de Restablecimiento del Derecho: se condene a la Entidad Demandada a pagar a favor del demandante los siguientes conceptos:

a) Reintegrar al señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, 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.

b) Reconocer y pagar a favor del actor, las sumas correspondientes a salarios, primas, bonificación, cesantías, intereses de cesantías, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, demás emolumentos dejados de percibir, inherentes al cargo desde la fecha de la desvinculación, hasta que se produzca el reintegro.

C) Que se disponga que para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio, por parte del demandante.

d) Que se condene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido en el artículo 176 del CCA.

e) La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.C.

f) A cancelar las costas y agencias en derecho.”

1.2. HECHOS

Los hechos de la demanda se resumen de la siguiente manera:



- Mediante RESOLUCION N° 201 del 15 de mayo de 2017, expedida por el Director General de la CSB, el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, fue nombrado en provisionalidad en una vacante definitiva en el cargo de carrera administrativa "conductor mecánico", código y grado 4103-09 adscrito a la Dirección General de la C.S.B. inicialmente por el término de 6 meses.
- Por lo anterior, el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, tomó posesión del cargo el día dieciséis (16) de mayo de 2017, desempeñando sus funciones de manera continua e ininterrumpida hasta cuando fue cesado de su vinculación.
- La CORPÓRACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLIVAR CSB, ofertó entre otros cargos por ser de carrera, el cargo de conductor mecánico, adscrito a la Dirección General de la C.S.B., para ser sometido a concurso público de méritos el cual fue realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la Convocatoria N° 435 de 2016 CAR-ANLA.
- Indican que el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, fue el único aspirante que participó en el concurso de méritos para la vacante del empleo de conductor mecánico identificado con el código OPEC N° 30081, sin embargo, no alcanzó el puntaje requerido para ser nombrado en propiedad en dicho cargo.
- Posteriormente, la Comisión Nacional del Servicio Civil, publicó las listas de elegibles con los nombres de quienes adquirieron el derecho de ser nombrado en los distintos cargos ofertados por la C.S.B. sin embargo, para el empleo "conductor mecánico" con código de identificación OPEC n° 30081, no cuenta con la conformación de una lista de elegibles.
- La CORPÓRACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLIVAR CSB, mediante la RESOLUCION N° 529 del 22 de octubre del 2018, declaró la insubsistencia del nombramiento que recaía sobre JORGE ELIECER



TURIZO MARTINEZ fundamentando su desvinculación en los siguientes términos: *“Que la comisión Nacional del Servicio Civil publicó las listas de elegible con los nombres de quienes adquirieron el derecho a ser nombrado en los distintos cargos sometidos a concurso publico de méritos mediante la convocatoria N° 435 de 2016 CAR-ANLA, y JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, no aparece entre los seleccionados que las integran por no haber obtenido el puntaje mínimo requerido en el concurso de mérito en el cual participó para optar al cargo de Conductor Mecánico, Código 4103 grado 09, que venía ocupando provisionalidad.”*

- El día 06 de noviembre del 2018, el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, interpuso recurso de reposición contra la Resolución N° 529 del 22 de octubre de 2018.
- Asimismo, el día 06 de noviembre de 2018, el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, promovió ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, derecho de petición de solicitud de información sobre el cargo de conductor mecánico con OPEC N° 30081 ofertado en la convocatoria N° 435 de 2016 CAR –ANLA.
- Que, en respuesta al derecho de petición, la Comisión Nacional del Servicio Civil, expresó que “el empleo de conductor mecánico” con OPC N° 30081 no cuenta con la conformación de una lista de elegible.
- Igualmente, el día 06 de noviembre del 2018, el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, promovió ante la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLIVAR CSB, derecho de petición de solicitud de información sobre el cargo de conductor mecánico, Código 4103 grado 09 que venía ocupando provisionalmente.
- El 26 de noviembre de 2018, en respuesta al derecho de petición, la CORPÓRACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLIVAR CSB, expresó lo siguiente: *“a la fecha la C.S.B. no ha realizado ningún*

nombramiento en periodo de prueba para proveer el cargo de carrera administrativa denominado Conductor Mecánico, Código 4103 grado 09 adscrito a la Dirección General, en consideración a que no existe lista de elegible en la entidad."

- La entidad demandada mediante Resolución N° 660 de 26 de diciembre de 2018, resolvió confirmar en todas sus partes lo dispuesto en la Resolución N° 529 del 22 de octubre de 2018, por medio de la cual se declara la insubsistencia del actor en el empleo de Conductor Mecánico, Código 4103 grado 09 adscrito a la Dirección General.
- La parte demandante señaló que, hasta la fecha de presentación de la demanda, la Comisión Nacional del Servicio Civil, no ha publicado en su página web, el listado de los empleos que quedaron desiertos en la Convocatoria N° 435 de 2016, CAR-ANLA.
- Que sobre el empleo que venía ocupando provisionalmente el demandante como conductor mecánico, Código 4103 grado 09, no recae sentencia alguna emitida por autoridad judicial, disponiendo el reintegro laboral de alguna persona que al momento de su retiro ostentara derechos de carrera sobre el mencionado cargo.

2. Normas violadas y Concepto de violación.

El demandante señala como normas violadas, las siguientes: artículo 29 de la Constitución Política, Sentencia SU-917 del 2010, artículos 2.2.5.3.1 y 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015.

Como concepto de violación sostiene la parte actora que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por falsa motivación al considerar que se vulneran normas constitucionales y legales.

Sostiene que en la Resolución No. 529 de 22 de octubre de 2018, dentro de las consideraciones señaladas que fundamentan la terminación del nombramiento en provisionalidad dispone: "Que la comisión Nacional del

Servicio Civil publicó las listas de elegible con los nombres de quienes adquirieron el derecho a ser nombrado en los distintos cargos sometidos a concurso público de méritos mediante la convocatoria N° 435 de 2016 CAR-ANLA, y JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, no aparece entre los seleccionados que las integran por no haber obtenido el puntaje mínimo requerido en el concurso de mérito en el cual participó para optar al cargo de Conductor Mecánico, Código 4103 grado 09, de la planta globalizada de personal de la entidad.”

Preciso que en relación al cargo ofertado identificado con OPEC No. 30081, la Comisión Nacional del Servicio Civil en oficio No. 20182210629501 manifestó que el empleo no contaba con formación de lista de elegibles. Igualmente que en la respuesta al derecho de petición presentado el 26 de noviembre de 2018, la CSB no realizó ningún nombramiento en periodo de prueba para proveer el cargo de carrera administrativa denominado conductor mecánico, Código 4103, Grado 09 adscrito a la Dirección, en consideración a que no existe lista de elegible en la entidad, pues ninguno de los aspirantes obtuvo el puntaje mínimo.

3. Contestación de la demanda

La entidad demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que al actor no le asiste el derecho reclamado ya que la entidad actuó bajo lineamientos legales. Manifiesta que el actuar de la entidad se dio atendiendo a las directrices que en esta materia imparte la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Que el cargo que venía desempeñando el demandante era un cargo de carrera y que su nombramiento se dio en provisionalidad y que en dicho nombramiento se especificó que podía darse por terminado en cumplimiento de un concurso de mérito convocado por la CNSC, de una sentencia judicial o de cualquier otra situación administrativa que lo amerite; y como quiera que el actor no pasó en el concurso convocado, la entidad declaró su insubsistencia. Finalmente, formula las excepciones de falta de legitimación en

la causa, temeridad y mala fe, peticiones sin fundamentos legal que las ampare.

4. Sentencia apelada

En sentencia de fecha veintinueve (29) de agosto de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, se concedieron las pretensiones de la demanda ordenando lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución 529 del 22 de octubre de 2018, por la cual se declara insubsistente el nombramiento efectuado al señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ en el cargo de Conductor Mecánico Código 4103, Grado 09 adscrito a la Dirección General de la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar, así como de la Resolución 660 del 26 de diciembre de 2018 que confirma el anterior conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: A título de Restablecimiento del derecho, se ordena a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLÍVAR, reintegrar del señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, sin solución de continuidad, al cargo que venía desempeñando o a uno igual o de superior categoría, en las mismas condiciones, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de su desvinculación no haya sido provisto mediante concurso de méritos, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso.

TERCERO: Ordenar a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLÍVAR que pague al señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, a título de indemnización la suma equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de la declaratoria de insubsistencia hasta el momento de la presente sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido el demandante, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni superior de veinticuatro (24) meses de salario.

CUARTO: Las sumas que se ordenan pagar, deben ser indexadas conforme lo dispone el último inciso del artículo 187 de la ley 1437 de 2011, y conforme a la fórmula explicada en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: Condenar en costas a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por secretaria una vez se encuentre en firme la presente sentencia.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá conforme lo dispuesto en el artículo 192 y 195 de la ley 1437 de 2011."

Señala el Juez de primera instancia en el caso concreto, que como el cargo de nulidad endilgado por la parte demandante es falsa motivación, realizó un análisis de fondo las razones expuestas en el acto administrativo mediante el cual se efectúa la declaratoria de insubsistencia

Teniendo en cuenta lo anterior, precisó que, la causal invocada para la declaratoria de la insubsistencia radicó en el hecho de no figurar el actor en las listas de elegibles generadas con ocasión al concurso de méritos, lo cual hace concluir que el actor fue desvinculado para proveer definitivamente el cargo por él ostentado, sin embargo, para el A quo lo dicha justificación no coincide con la realidad; toda vez que manifestó que en el sub examine se acreditó que la OPEC 30081 perteneciente al cargo de Conductor Mecánico, Código 4103, Grado 09) (cargo desempeñado por el actor) no se expidió lista de elegibles, razón por la cual dicha OPEC fue declarada desierta.

Igualmente señaló que, dentro del expediente no reposa prueba alguna de que el señor Turizo Martínez haya sido sancionado disciplinariamente, que su calificación de desempeño haya sido insatisfactoria u otra atinente al servicio por él prestado; tampoco fue invocado en el acto demandado y mucho menos en la contestación de la demanda; razón por la cual, a juicio del Juzgador de Primera Instancia que resulta inaceptable que al no existir lista de elegible en el cargo que desempeñaba el actor y siendo que no estaba

inmerso en ninguna de las otras causales expuestas por la Corte Constitucional haya sido declarado insubsistente su nombramiento, pues consideró que le asistía el derecho de permanecer en dicho cargo hasta tanto existiera una lista de elegibles en firme.

Así las cosas, para el A quo, se desvirtuó la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo acusado, toda vez que de acuerdo con las pruebas aportadas al plenario se dio cuenta suficiente de que las razones que sustentaron el acto acusado no concuerdan con la realidad.

5. Recurso de apelación.

La parte accionada en el escrito de apelación, solicita se revoque el fallo de primera instancia, bajo los siguientes argumentos.

“...Por medio de la Resolución No- 201 de fecha 15 de mayo de 2017 “por medio de la cual se hace un nombramiento provisional en una vacante definitiva”, se procedió a nombrar al señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, como CONDUCTOR – MECANICO, nivel ASISTENCIAL, Código y grado: 3103-09. Este nombramiento fue provisional y por el término de 6 meses. Dentro de acto administrativo de nombramiento del actor se señaló específicamente que su cargo era de carrera administrativa y que el mismo podía prorrogarse dentro de los términos establecidos en la Ley y/o podría darse por terminado en cualquier momento en cumplimiento a un concurso de mérito convocado por la CNSC, de una sentencia judicial o de cualquier otra situación administrativa que lo amerite. 3. Tal como lo afirma la parte actora en su demanda, se oferto entre otros el cargo de carrera administrativa que ocupaba el actor, el cual era de CONDUCTOR – MECANICO, nivel ASISTENCIAL, Código y grado: 3103-09, sometido este cargo a concurso público de mérito realizado por la comisión nacional del servicios civil, mediante la convocatoria No- 435 CAR – ANLA, el cual el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ no alcanzo el puntaje exigido para acceder a un cargo de Carrera administrativa y ser nombrado, situación que llevo a la entidad a declarar su insubsistencia al cargo CONDUCTOR – MECANICO, nivel ASISTENCIAL, Código y grado: 3103-09, tal y como se sustentó el Acto Administrativo Resolución No- 529 del 22 de Octubre de 2018.



4. Cuando se realiza el nombramiento en provisionalidad del señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, Resolución No- 201 de fecha 15 de Mayo de 2017, se estipulo de forma taxativa en el parágrafo de su numeral primero de la parte resolutive, que este nombramiento podía darse por terminado en cualquier momento en cumplimiento a un concurso de mérito convocado por la CNSC, de una sentencia judicial o de cualquier otra situación administrativa que lo amerite, por cuanto al conocerse los resultados de la convocatoria No- 435 CAR – ANLA, para el cargo de carrera administrativa CONDUCTOR – MECANICO, nivel ASISTENCIAL, Código y grado: 3103-09, se aprecia que el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, no alcanzo el requisito principal que era de alcanzar una puntuación necesaria para acceder al cargo, de igual forma la CNSC, certifica la no conformación de una lista de elegibles mediante oficio N°: 070.

5. No tiene se tiene en cuenta que la Ley 909 de 2004 y demás normas que regulan la materia señalan que precisamente la permanencia en el cargo de un empleado en carrera administrativa nombrado en provisionalidad, está sujeto precisamente a que se celebre el concurso, que el hecho de haber sido nombrado en provisionalidad no significaba que tenía una vocación de permanencia en el tiempo y absoluta, porque precisamente el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ no supero el concurso, su puntaje no lo llevo a disfrutar de los derechos de carrera y por ende su permanencia en este cargo de manera definitiva, como lo pretende en esta demanda. 6. El hecho de no existir una conformación de lista de elegibles, no significaba que el actor debía permanecer en su cargo, pues su permanencia , estaba condicionada entre otras, a la a que superara con éxito el concurso convocatoria No- 435 CAR – ANLA, situación que no ocurrió, su puntaje no le alcanzo para poder ser nombrado en propiedad en dicho cargo, por lo que No puede a nuestro juicio reclamar derechos de carrera administrativa cuando su situación no le llevo a ganarse los derechos de permanencia en este cargo.

7. es de señalar que referente a la Resolución No- 529 de 22 de Octubre de 2018, “por medio de la cual se declara la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad “, en las consideraciones de la misma está contenida las motivaciones del acto administrativo, las cuales no están siendo atacadas en esta acción de nulidad, por lo tanto son motivaciones legales.



8. La comisión nacional del servicio civil – CNSC-, publico la lista de elegibles con los nombres de quienes adquirieron el derecho a ser nombrados en los distintos cargos sometidos a concurso publico de mérito (convocatoria No- 435 de 2016), el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ no aparece entre los seleccionados que la integran por no haber obtenido el puntaje mínimo requerido en el concurso de méritos en el cual participo para ocupar el cargo de CONDUCTOR – MECANICO, nivel ASISTENCIAL, Código y grado: 3103-09, que venía ocupando en provisionalidad. Fue esta una de las razones de ser, o motivaciones de la expedición del acto administrativo Resolución No- 529 de 22 de Octubre de 2018, que declara la insubsistencia del cargo al actor.

9. De conformidad con lo antes descrito, es del caso incitar, tal y como se establece de forma reiterada en la contestación de demanda, que al señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ no le asiste derecho alguna para hacer estas pretensiones que están contenidas en esta demanda y concedidas en sentencia de primera instancia, e igualmente sustentadas mediante excepciones de mérito con las que se atacaron las pretensiones de esta demanda. Las pretensiones debieron ser separadas en hechos diferentes, por tratarse de dos administrativos cuya nulidad se persigue en esta acción, lo que significaría una inepta demanda indebida acumulación de pretensiones.

10. La Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar actuó bajo los lineamientos legales, tal como quedo sentado en las motivaciones y/o consideraciones del acto administrativo Resolución No- 529 del 22 de Octubre de 2018, que declaro insubsistente al actor del cargo que venía ocupando el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, máxime cuando el acto de nombramiento Resolución No- 201 de fecha 15 de Mayo de 2017, señalaba como condición de permanencia en el cargo, que superara el concurso de mérito, situación que no ocurrió, al obtener un puntaje por debajo del mínimo exigido.

11. Solicitamos negar las suplicas de la demanda, las actividades de la administración deben estar sujetas al ordenamiento jurídico, es por ellos que se puede concluir que los actos administrativos acusados en esta demanda Resolución No- 201 de fecha 15 de Mayo de 2017, Resolución No- 201 de fecha 15 de Mayo de 2017, se encuentran amparados por la presunción de legalidad, según el cual, dichos actos administrativos los deben obedecer las autoridades

*y los particulares desde su vigencia mientras no se declare su nulidad por la autoridad competente.
(...)”.*

6. Trámite procesal de segunda instancia

Mediante auto de fecha veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022), se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

7. Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante

La parte accionante no presentó escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia.

5.2 Parte demandada

La parte demandada no presentó escrito de alegatos de conclusión de segunda instancia.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto en esta instancia procesal.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos, situación que se evidencia en el sub-lite.

1. PROBLEMA JURÍDICO

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

Determinar si, ¿Es procedente declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 529 del 22 de octubre de 2018 proferida por la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLIVAR, y su confirmatoria, Resolución N° 660 del 26 de diciembre del 2018 por medio de los cual se declara la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad del JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ y como consecuencia de ello se ordene el reintegro 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 del mismo; se le paguen los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, así como también se declare que no existió solución de continuidad; por encontrarse dichos actos, supuestamente inmerso en la causal de ilegalidad de falsa motivación ?

3. TESIS

La Sala, confirmará la sentencia apelada, al considerar que, la motivación señalada por la entidad demandada en los actos acusados, no encuentran sustento legal, por lo que se configuró la causal de nulidad de falsa motivación alegada por la parte demandante.

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 el 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."¹

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

¹ Artículo 16 de la Ley 446 de 1998.



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.
(...)

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"². 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

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



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 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 economías³, advierte que, cuando se trata del desempleo de larga duración⁴, 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"⁵, 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

³ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

duración⁶, 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.⁷

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 Motivación de los Actos Administrativos

El deber de motivación de los actos administrativos que en los casos que señale la Ley, tiene la Administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder.

⁶ 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.

⁷ 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.

De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.⁸ Por otro lado, debe entenderse que la discrecionalidad que excepcionalmente otorga la Ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario.

La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 137 del CPACA⁹.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

Las probanzas que seguidamente se relacionan, dan cuenta de los hechos que resultan relevantes para resolver la presente causa:

5.1.1. Se encuentra acreditado dentro del expediente que el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ fue nombrado en provisionalidad, mediante la Resolución No. 201 del 15 de mayo de 2017 por la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar, por el término de seis (06) meses en el cargo de Carrera Administrativa “Conductor, Mecánico, Código y Grado 4103-09” adscrito a la Dirección General de la C.S.B. ubicado en la planta de cargos de la C.S.B.; y posesionado el día 16 de mayo de 2017 a través de acta de posesión No. 02. (Fl. 21-24)

5.1.2. A su turno, mediante Resolución No. 529 del 22 de octubre de 2018 la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar declaró insubsistente el

⁸ Sentencia SU.917/10

⁹ *Ibidem*.

nombramiento en provisionalidad del señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ. En los considerandos del acto administrativo se señaló que la entidad ofertó el cargo de Conductor Mecánico, Código 4103 Grado 09 adscrito a la Dirección General, para ser sometido a concurso público de méritos el cual fue realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante CONVOCATORIA No. 435 de 2016. Que el señor JORGE TURIZO MARTINEZ participo en el concurso público de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil me para optar al cargo de Conductor Mecánico, Código 4103 Grado 09 de la planta globalizada de personal de la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar, por lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil publico la lista de elegibles con los nombres de quienes adquirieron el derecho a ser nombrados en los distintos cargos sometidos a concurso publico de méritos mediante Convocatoria No. 435 de 2016 y que el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ no aparece entre los seleccionados que las integran por no haber obtenido el puntaje mínimo requerido en el concurso de merito en el cual participo. (Fl. 25-27)

5.1.3. El señor JORGE ELIECER TURZO MARTINEZ presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 529 del 22 de octubre de 2018, el cual fue resuelto mediante la Resolución No. 660 del 26 de diciembre de 2018, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida. (Fl. 28-32)

5.1.4. El señor JORGE ELIECER TURZO MARTINEZ a través de derecho de petición presentando ante la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar el día 6 de noviembre de 2018 solicito que se le informara si dicha entidad ha realizad algún nombramiento en periodo de prueba aplicando la lista de elegibles del cargo de carrera administrativa CONDUCTOR MECANICO CODIGO Y GRADO 4103 adscrito a la Dirección general de Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar. Igualmente, que se le informara si existo notificación sobre alguna sentencia emitida por autoridad judicial que ordene el reintegro laboral de alguna persona que al momento de su retiro ostentaba el cargo de CONDUCTOR MECANICO CODIGO Y GRADO 4103 adscrito a la Dirección general de Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar y que era ocupado provisionalmente por el peticionario, y finalmente si la entidad había

sido notificada de alguna sanción disciplinaria en contra del peticionario. (Fl. 13-14)

5.1.7. Asimismo, el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ presentó petición ante la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL en la cual solicitó que se le informara si para el cargo de CONDUCTOR MECANICO CODIGO Y GRADO 4103-09 adscrito a la Dirección General de la C.S.B. identificado con OPEC No. 30081 ofertado por la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar en el marco de la convocatoria No. 453 de 2016 s conforme LISTA DE ELEGIBLES, y de no existir lista, que se le enviara resolución mediante la cual se declaró desierto el concurso de méritos para esa vacante. (15-16)

5.1.8. Obra en el sub examine oficio de fecha 28 de noviembre de 2018 proferido por la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar en la cual se le da respuesta a derecho de petición de fecha 6 de noviembre de 2016 presentado por el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ informándole al peticionario que, a la fecha, la CSB no ha realizado ningún nombramiento en periodo de prueba para proveer el cargo de carrera administrativa denominado CONDUCTOR MECANICO CODIGO 4103 GRADO 09 adscrito a la Dirección General de la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar toda vez que ninguno de los aspirantes que concursaban para ocuparlo alcanzó el puntaje mínimo de requerido, por lo que el nombramiento se haría de la lista de elegibles del banco de listas de elegibles a nivel nacional que envié la Comisión Nacional del Servicio Civil. Igualmente, que no se ha recibido notificación de sentencia emitida por autoridad judicial que ordene el reintegro laboral de una persona que al momento de su retiro ostentara derechos de carrera sobre el cargo CONDUCTOR MECANICO, CODIGO 4103 GRADO 9 adscrito a la Dirección General del C.S.B. que era ocupado en provisionalidad por el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ; y que la entidad no ha sido notificada por la Procuraduría General de la Nación sobre la imposición de unas sanción disciplinaria. (Fl. 33-34)

5.1.9. Obra en el sub examine oficio de fecha 09 de noviembre de 2018 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante la cual la

entidad da respuesta al derecho de petición presentado por el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ en el cual se le informa que el empleo OPEC No. 30081 no cuenta con la conformación de una lista de elegibles, porque los listados de los empleos quedaron desiertos en la Convocatoria No. 435 de 2016 CAR-ANLA, en atención a que los participantes no alcanzaron los puntajes mínimos en las pruebas básicas y funcionales, por lo anterior, una vez se realice la recomposición de la totalidad de la lista de elegibles, el actor podrá consultar los empleos de su interés. Por otro lado, indicó que una vez agotadas las lista de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se pueden cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procesamiento establecido en la Resolución No. 3265 de 2010, finalmente señalo que los aspirantes que sean nombrados con base en las listas de elegibles conformadas por la Convocatoria No. 435 de 2016- CAR- ANLA deberán cumplir con los requisitos exigidos para el desempeño del tiempo y demostrarlos al momento de tomar posesión. (Fl. 11-12)

5.1.10. Obra en el sub examine FORMATO DE HOJA DE VIDA y expediente administrativo del señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ. (Fl. 1-28 archivo "06anexosContestaciónParte1")

5.1.11. Obra en el sub examine Acuerdo CNSC-20171000000066 del 20 de abril de 2017 por el cual se modifican articulados del acuerdo 20161000001558 del 13 de diciembre de 2016 por el que se convoca a concurso de méritos para proveer cargos vacantes en la Corporación Autónoma Regional de Bolívar y de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales. (Fl. 34-5628 archivo "06anexosContestaciónParte1")

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el sub judge, pretende la parte accionante se declare la Nulidad de la Resolución N° 529 del 22 de octubre de 2018 proferida por la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLIVAR, y su confirmatoria, Resolución N°

660 del 26 de diciembre del 2018 por medio de los cual se declara la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad del JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ y como consecuencia de ello se ordene el reintegro 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 del mismo; se le paguen los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, así como también se declare que no existió solución de continuidad.

El juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda al considerar que, como el cargo de nulidad endilgado por la parte demandante es motivación, realizó un análisis de fondo las razones expuestas en el acto administrativo mediante el cual se efectúa la declaratoria de insubsistencia

Teniendo en cuenta lo anterior, precisó que, la causal invocada para la declaratoria de la insubsistencia radicó en el hecho de no figurar el actor en las listas de elegibles generadas con ocasión al concurso de méritos, lo cual hace concluir que el actor fue desvinculado para proveer definitivamente el cargo por él ostentado, sin embargo, para el A quo lo dicha justificación no coincide con la realidad; toda vez que manifestó que en el sub examine se acreditó que la OPEC 30081 perteneciente al cargo de Conductor Mecánico, Código 4103, Grado 09) (cargo desempeñado por el actor) no se expidió lista de elegibles, razón por la cual dicha OPEC fue declarada desierta.

Igualmente señaló que, dentro del expediente no reposa prueba alguna de que el señor Turizo Martínez haya sido sancionado disciplinariamente, que su calificación de desempeño haya sido insatisfactoria u otra atinente al servicio por él prestado; tampoco fue invocado en el acto demandado y mucho menos en la contestación de la demanda; razón por la cual, a juicio del Juzgador de Primera Instancia que resulta inaceptable que al no existir lista de elegible en el cargo que desempeñaba el actor y siendo que no estaba inmerso en ninguna de las otras causales expuestas por la Corte Constitucional haya sido declarado insubsistente su nombramiento, pues consideró que le

asistía el derecho de permanecer en dicho cargo hasta tanto existiera una lista de elegibles en firme.

Así las cosas, para el A quo, se desvirtuó la presunción de legalidad que reviste el acto administrativo acusado, toda vez que de acuerdo con las pruebas aportadas al plenario se dio cuenta suficiente de que las razones que sustentaron el acto acusado no concuerdan con la realidad.

A su turno, la demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia. Para tal efecto indicó que, el nombramiento del señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, como CONDUCTOR – MECANICO, nivel ASISTENCIAL, Código y grado: 3103-09 fue provisional y por el término de 6 meses. Dentro de acto administrativo de nombramiento del actor se señaló específicamente que su cargo era de carrera administrativa y que el mismo podía prorrogarse dentro de los términos establecidos en la Ley y/o podría darse por terminado en cualquier momento en cumplimiento a un concurso de mérito convocado por la CNSC, de una sentencia judicial o de cualquier otra situación administrativa que lo amerite.

Manifestó que el cargo que ocupaba el actor, se oferto en concurso público de mérito realizado por la comisión nacional del servicios civil, mediante la convocatoria No- 435 CAR – ANLA, el cual el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ no alcanzo el puntaje exigido para acceder a un cargo de Carrera administrativa y ser nombrado, situación que llevo a la entidad a declarar su insubsistencia al cargo CONDUCTOR – MECANICO, nivel ASISTENCIAL, Código y grado: 3103-09, tal y como se sustentó el Acto Administrativo Resolución No-529 del 22 de Octubre de 2018.

Indicó que cuando se realiza el nombramiento en provisionalidad del señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, mediante Resolución No- 201 de fecha 15 de Mayo de 2017, se estipulo de forma taxativa en el parágrafo de su numeral primero de la parte resolutive, que ese nombramiento podía darse por terminado en cualquier momento en cumplimiento a un concurso de mérito convocado por la CNSC, de una sentencia judicial o de cualquier otra

situación administrativa que lo amerite, por cuanto al conocerse los resultados de la convocatoria No- 435 CAR – ANLA, para el cargo de carrera administrativa CONDUCTOR – MECANICO, nivel ASISTENCIAL, Código y grado: 3103-09, se apreció que el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ, no alcanzo el requisito principal que era de alcanzar una puntuación necesaria para acceder al cargo, igualmente que la CNSC, certificó la no conformación de una lista de elegibles mediante oficio N°: 070.

Señaló que la Ley 909 de 2004 y demás normas que regulan la materia señalan que precisamente la permanencia en el cargo de un empleado en carrera administrativa nombrado en provisionalidad, está sujeto precisamente a que se celebre el concurso, que el hecho de haber sido nombrado en provisionalidad no significaba que tenía una vocación de permanencia en el tiempo y absoluta, porque precisamente el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ no supero el concurso, su puntaje no lo llevo a disfrutar de los derechos de carrera y por ende su permanencia en este cargo de manera definitiva, como lo pretende en esta demanda.

A su juicio, el hecho de no existir una conformación de lista de elegibles, no significaba que el actor debía permanecer en su cargo, pues su permanencia, estaba condicionada entre otras, a la a que superara con éxito el concurso convocatoria No- 435 CAR – ANLA, situación que no ocurrió, su puntaje no le alcanzo para poder ser nombrado en propiedad en dicho cargo, por lo que consideró que el actor no tiene derecho a reclamar derechos de carrera administrativa cuando su situación no le llevo a ganarse los derechos de permanencia en ese cargo.

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

Analizados los hechos relevantes que resultaron probados, de cara al marco jurídico que fue expuesto, se impone a la Sala denegar las súplicas del recurso de apelación presentado por la parte demandante y en consecuencia,

confirmar la sentencia recurrida; por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, se encuentra acreditado en el sub examine que el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ fue nombrado en provisionalidad, mediante la Resolución No. 201 del 15 de mayo de 2017 por la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar, por el término de seis (06) meses en el cargo de Carrera Administrativa “Conductor, Mecánico, Código y Grado 4103-09” adscrito a la Dirección General de la C.S.B. ubicado en la planta de cargos de la C.S.B.; y posesionado el día 16 de mayo de 2017 a través de acta de posesión No. 02. (Fl. 21-24)

A su turno, mediante Resolución No. 529 del 22 de octubre de 2018 la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ. En los considerandos del acto administrativo se señaló que la entidad ofertó el cargo de Conductor Mecánico, Código 4103 Grado 09 adscrito a la Dirección General, para ser sometido a concurso publico de méritos el cual fue realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante CONVOCATORIA No. 435 de 2016. Que el señor JORGE TURIZO MARTINEZ participo en el concurso público de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil me para optar al cargo de Conductor Mecánico, Código 4103 Grado 09 de la planta globalizada de personal de la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar, por lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil publico la lista de elegibles con los nombres de quienes adquirieron el derecho a ser nombrados en los distintos cargos sometidos a concurso publico de méritos mediante Convocatoria No. 435 de 2016 y que el señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ no aparece entre los seleccionados que las integran por no haber obtenido el puntaje mínimo requerido en el concurso de meritico en el cual participo. (Fl. 25-27)

Ahora bien, precisa la Sala que, como quiera que el nombramiento del actor en el cargo de conductor mecánico, se hizo en provisionalidad; el acto de su desvinculación debe estar plenamente motivado, 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 2004, cuyo tenor literal es el siguiente:

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

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

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

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;

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"

En ese orden, advierte esta Corporación que el motivo invocado por la entidad accionada, para sustentar el acto enjuiciado, se concreta en que el actor no se encontraba en las listas de elegibles generadas con ocasión al concurso de méritos, al no haber obtenido el puntaje mínimo requerido en el concurso de mérito en el cual participo.

Frente a lo anterior, precisa la Sala que el fundamento señalado por la entidad accionada que sirvió de sustento para desvincular al actor no tiene soporte legal, toda vez que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, se reitera, debe ser amparada en una de las causales establecidas en la Constitución Política y en la Ley 909 de 2004, sin embargo, no se observa que la demandada haya invocado causal alguna, toda vez que, no superar un concurso de méritos no constituye una causal válida para declarar insubsistente un nombramiento en provisionalidad.

Aunado a lo anterior, advierte esta Magistratura que en la Resolución No. 201 del 15 de mayo de 2014 proferida por la Corporación Regional del Sur de bolívar, no se condicionó el nombramiento del actor a superar un concurso de

méritos; no obstante en dicho acto administrativo si se estableció que el nombramiento en provisionalidad podría darse por terminado en cualquier momento en cumplimiento de un concurso de mérito convocado por la CNSC, de una sentencia judicial o de cualquier otra situación administrativa que lo amerite, hechos que no se encontraron acreditados en el plenario.

En efecto, de conformidad con lo señalado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en Oficio de fecha 09 de noviembre de 2018, el empleo OPEC No. 30081 no cuenta con la conformación de una lista de elegibles, porque los listados de los empleos quedaron desiertos en la Convocatoria No. 435 de 2016 CAR-ANLA, en atención a que los participantes no alcanzaron los puntajes mínimos en las pruebas básicas y funcionales, por lo anterior, una vez se realice la recomposición de la totalidad de la lista de elegibles, el actor podrá consultar los empleos de su interés.

Igualmente indicó que, una vez agotadas las lista de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se pueden cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procesamiento establecido en la Resolución No. 3265 de 2010, finamente señaló que los aspirantes que sean nombrados con base en las listas de elegibles conformadas por la Convocatoria No. 435 de 2016- CAR- ANLA deberán cumplir con los requisitos exigidos para el desempeño del tiempo y demostrarlos al momento de tomar posesión. (Fl. 11-12)

Así las cosas, es claro que cuando fue declarado insubsistente el nombramiento del señor JORGE ELIECER TURIZO MARTINEZ no se había conformado la lista de elegibles en el cargo al cual había aspirado y que desempeñaba el actor, toda vez que el mismo había sido declarado desierto debido a que los aspirantes no alcanzaron los puntajes mínimos en las pruebas básicas y funcionales, razón por la cual no existía ninguna lista en firme y ningún aspirante había optado por el cargo, por lo que a juicio de la Sala no se había acreditado una justificación legal para desvincular al actor.

En este contexto, como quiera que la motivación señalada por la entidad demandada en los actos acusados no encuentran sustento en la realidad, se configuró la causal de ilegalidad de falsa motivación alegada por la parte demandante, por lo que se procederá a confirmar la sentencia impugnada.

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, habiendo sido resuelto de forma desfavorable el recurso de apelación de la parte demandada en el presente asunto, se encuentra procedente la condena en costas en 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 demandante¹⁰.

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

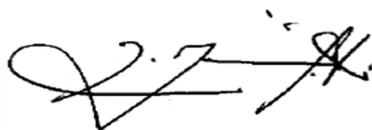
¹⁰ Acuerdo 1887 de 2003, artículo 3o.

PRIMERO: CONFIRMAR en todas las partes la sentencia de fecha veintinueve (29) de agosto de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Condenar en Costas a la Parte Demandada, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS**



LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL