

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-31-005-2016-00296-02
Demandante	LIZARDO JOSÉ CONTRERAS ZAPATA
Demandado	MUNICIPIO DE EL GUAMO, BOLÍVAR
TEMA	Insubsistencia empleado nombrado en provisionalidad
Magistrado Ponente	DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN

II.- PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia de fecha 13 de septiembre de 2018 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA

3.1.1. PRETENSIONES¹

PRIMERA: Que se declare la nulidad del decreto N° 047 del 10 de mayo de 2016, expedido por la alcaldesa del municipio de El Guamo, Bolívar, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor LIZARDO

¹ Fl. 1-2.

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

JOSÉ CONTRERAS ZAPATA del cargo de Inspector de Policía Rural código 306 grado 04 en la Inspección de Policía de Tasajera.

SEGUNDA: A título de restablecimiento del derecho, se ordene el reintegro de LIZARDO JOSÉ CONTRERAS ZAPATA al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o de superior categoría. Reconocer y a pagar al demandante todos los salarios, primas, reajustes y demás emolumentos dejados de percibir desde su desvinculación hasta la fecha efectiva de reintegro solicitado, declarando que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio.

TERCERA: Condenar en costas a la parte demandada según el artículo 188 del CPACA.

CUARTA: Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 CPACA.

3.1.2. HECHOS²

Que el señor Lizardo José Contreras Zapata prestó sus servicios eficientemente al municipio de El Guamo, Bolívar, como Inspector de Policía Rural nivel técnico, código 306, grado 04, desde el día 3 de julio de 2012, nombrado en provisionalidad mediante Decreto No. 056 de 3 de julio de 2012, siendo este un cargo de carrera administrativa.

Mediante Decreto 047 de 10 de mayo de 2016, la alcaldesa del municipio decidió dar por terminado el nombramiento del señor Contreras Zapata, comunicación enviada el 13 de mayo de 2016. Sin embargo, a tal fecha no existía notificación sobre alguna lista de elegibles en vigencia para ese cargo, por parte de la Comisión Nacional de Servicio Civil.

3.1.3 NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³.

² Fl. 2-3.

³ Fl. 3-9.

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

Con la expedición de los actos administrativos demandados, la parte demandante considera vulnerados los artículos, 25, 29, 53 y 125 de la Constitución; artículos 1º y 41 de la Ley 909 de 2004; Decreto 1227 de 2005; artículo 10 de Decreto Ley 1567 de 1998; CCA y CPACA, Ley 1716 de 2009 y 640 de 2001.

En un primer término, el demandante señala que por regla general los empleos públicos son de carrera, pero en el caso del demandante, por ocupar el cargo en provisionalidad, le era aplicable la Ley 909 de 2004, sin embargo en el acto administrativo de retiro, no se señala ninguna causal de retiro de las contempladas en la mencionada Ley, sino que por el contrario se hizo uso de la simple facultad discrecional del nominador.

La parte demandante señala entre sus argumentos y la jurisprudencia esbozada, que, al expedirse el acto cuestionado, se desconoció la necesidad de que el mismo estuviera plenamente motivado dentro de los parámetros de la Ley, por el contrario, se acusa el acto de falsa motivación al no atender a las exigencias de la norma, y como consecuencia depreca su anulación.

3.2. CONTESTACIÓN

3.2.1. MUNICIPIO EL GUAMO, BOLÍVAR⁴

La parte demandada contestó la demanda en los siguientes términos:

La parte demandada aceptó el hecho sobre la vinculación del demandante en un cargo por nombramiento en provisionalidad, sin embargo, respecto a la naturaleza del cargo hace la aclaración de que este tipo de cargo se denomina de confianza por ejercer autoridad civil y jurisdiccional.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, alegando que el acto acusado si fue debidamente motivado, que basta la facultad discrecional del nominador para ejercer las novedades de los nombramientos.

Finalmente, en cuanto a las excepciones, propuso tanto la de inepta demanda por ausencia de antijuricidad, como la excepción de prescripción de la acción, por considerar que la demanda fue presentada por fuera del tiempo legal.

⁴ Fl. 46

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁵.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha 13 de septiembre de 2018, concedió las pretensiones de la demanda. Concluyó la Juez, que el acto acusado se encontraba carente de motivación, teniendo en cuenta que no se señalaron de manera concreta los motivos formales, materiales y fácticos que llevaron a aplicar la discrecionalidad para dar final al nombramiento en provisionalidad dentro del cargo que ocupaba el demandante.

Aunado a ello, el a quo expone que dentro del plenario no se aprecia, más allá de la discrecionalidad, prueba alguna sobre la motivación del acto administrativo demandado, esto es, circunstancias materiales y particulares que justificaran la separación del demandante de su cargo en provisionalidad.

Por último, según la razón dada por la parte demandada que se refiere a que al ocupar un cargo como INSPECTOR DE POLICÍA RURAL se requiere de una especial confianza o funciones de asesoría institucional, esto fue descartado por el Juez de primera instancia, toda vez que al encuadrar el cargo en mención dentro de los enlistados por la Ley 909 de 2004, este no puede ser considerado de libre nombramiento y remoción, por el contrario, es un empleo de carrera administrativa.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁶.

El apoderado de la parte demandante dentro de su escrito de apelación, empezó por reiterar que el Juez de primera instancia debió declarar probada la excepción de inepta demanda, por no reunir los requisitos mínimos legales.

A su vez, indicó que a pesar de declararse en sentencia la nulidad del acto acusado por falsa motivación, considera errada la decisión, toda vez que el Juez concedió la pretensión del demandante en fallo extra petita, ya que el demandante solo señaló que el acto no cumplía con las exigencias de Ley.

⁵ Fl. 141-153

⁶ Fl. 160-161.

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

Finaliza el recurrente argumentando que también debieron declararse las excepciones genéricas, ya que, al ordenarse el reintegro al empleo por la nulidad del acto acusado, debió también atacarse la nulidad del acto de del nuevo nombramiento que reemplaza al anterior, por lo tanto, considera procedente la excepción de inepta demanda.

3.5. TRÁMITE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación se admitió mediante auto del 13 de febrero de 2019.

En esa misma providencia - previa ejecutoria de la decisión relacionada con la admisión del recurso -, se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto de fondo (fl. 4 /1c+1c+1c).

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA⁷

La parte demandada, representada por su apoderado, presentó alegatos de conclusión en los siguientes términos:

Considera que el acto acusado se encuentra ajustado a derecho, reitera que el cargo que ocupaba el demandante, requiere de la confianza especial del superior, ejerce funciones jurisdiccionales y ostenta la calidad de empleo técnico.

Menciona que el Tribunal Administrativo de Bolívar, ha proferido decisiones que niegan pretensiones de los demandantes cuando los cargos ejercen funciones jurisdiccionales, toda vez que estos no pueden estar sujetos al fuero sindical.

Finalmente, señala que actualmente las funciones del cargo del demandante, han cambiado, pues ahora se requiere de formación específica que el demandante no posee, aunado a ello, según el recurrente, el demandante no podría concursar dentro de la convocatoria vigente para proveer el nombramiento en el cargo en propiedad, debido a que el señor Contreras Zapata se encuentra inmerso dentro de un presunto proceso penal contra

⁷ Fl. 7-8 (C-3)

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

los miembros del sindicato, lo cual tiñe de desconfianza sus labores para que el superior lo tenga en cuenta en el nombramiento.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA, en el desarrollo de las etapas procesales de la primera instancia se ejerció control de legalidad de estas.

Por ello y como en esta instancia no se observan vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión de fondo, se procederá a dictar la respectiva sentencia.

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.

2. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el recurso de apelación, la Sala propone abordar los siguientes planteamientos:

General: ¿Se debe revocar o no la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones de la demanda?

Específico: ¿Se debe declarar la legalidad de la resolución por medio de la cual se ordenó la desvinculación del señor Lizardo José Contreras Zapata del cargo que venía desempeñando en provisionalidad, por estar debidamente motivada y por haber aplicado la facultad discrecional quien la proferió?

En caso de resultar procedente la legalidad del acto de desvinculación, corresponderá determinar:

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

- ¿Es posible ejercer la facultad discrecional para todos los nombramientos de funcionarios vinculados en provisionalidad?
- ¿Cuáles son los motivos conforme a la Ley, procedentes para desvincular a un funcionario en provisionalidad dentro de un cargo de carrera administrativa?

3. TESIS

La Sala considerará como tesis, que se debe confirmar la sentencia apelada, y bajo el entendido que el acto demandado está falsamente motivado. Al respecto, se dirá que se vislumbra una inexactitud entre los motivos establecidos en la resolución demandada y los antecedentes acreditados en el proceso.

No resulta cierta la afirmación según la cual, para el cargo aludido se requiera contar con la entera confianza del superior jerárquico para desempeñar las funciones, todo lo contrario, conforme a la Ley 909 de 2004, el cargo de inspector de policía es un empleo de carrera administrativa como lo señaló el A quo en la sentencia apelada.

Conforme a lo sostenido por la A-quo el demandado no probó la insuficiencia en el desempeño del trabajo del demandante, y que, además, se hubiera presentado alguna queja al respecto. Lo anterior, teniendo en cuenta que, se considera que era a la demandada a quien le correspondía aportar los antecedentes que dieran cuenta del mejoramiento del servicio.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1 Régimen de carrera administrativa - Regulación de los empleos provisionales nombrados en cargos de carrera administrativa.

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, el sistema de mérito constituye la forma general de provisión de los empleos públicos del Estado, el mismo, tiene por finalidad dar primacía al criterio meritocrático como mecanismo para consolidar los derechos de los ciudadanos relacionados con el acceso y desempeño de cargos públicos, al derecho a la igualdad, la



Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.

El anterior principio, se encuentra consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, que establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de aquellos que se dan por elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Conforme con el artículo 130, de la Constitución Política, el régimen general de carrera administrativa es responsabilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cuanto su administración y vigilancia. En virtud de la norma anterior, se expidió la Ley 909 de 2004, *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*, y cuyo objeto es *"la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública"*.

En lo que se refiere al sistema de provisión de cargos con vacancia temporal o permanente, la norma en cita establece:

ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley."

El artículo 27 de la Ley 909 de 2004, definió la carrera administrativa como un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público.

Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la



Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

objetividad, sin discriminación alguna. Por otra parte, la misma ley determina que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos a los que se le asignan funciones de dirección, conducción y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional-SU 556 de 2014-, que entre los dos extremos de estabilidad laboral en el empleo público, se encuentran una estabilidad relativa o intermedia, que es el nombramiento en provisionalidad, por medio del cual se pretende suplir una necesidad temporal del servicio, pero no cambia la entidad del cargo, de manera que, cuando el nombramiento se hace en un cargo de carrera no se crea una equivalencia a un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, no adquiere el nominador una discrecionalidad para disponer del puesto. Es entonces, en dicha circunstancia, que se presenta la estabilidad intermedia en el empleo público; en tanto la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad en dicho cargo, en tanto no ha superado el concurso de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia, dicha estabilidad relativa se manifiesta en que el retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera debe responder a una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, con lo cual se logra la protección de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En ese sentido, debe *"atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo"*⁸.

⁸ C-279 de 2007.

5.4.2. De la falsa motivación

Con el fin de proferir válidamente un acto administrativo, resulta necesario que existan unos presupuestos fácticos –motivos– reales, que sirvan de soporte a la actuación administrativa y, adicionalmente, también se hace menester relacionar tales hechos, debidamente establecidos y acreditados, con el ordenamiento jurídico, de modo que resulte posible constatar si los realmente demostrados y apreciados, son aquellos elementos fácticos que contemple o exige la norma para que se puedan desencadenar los efectos jurídicos previstos en ella misma.

En el caso del sistema jurídico colombiano, el control de legalidad de una decisión administrativa por sus hechos determinantes, por sus presupuestos fácticos o por sus motivos, encuentra fundamento legal, a través de la inclusión de la causal de invalidación de los actos administrativos consistente en la “falsa motivación” en la cual se han entendido comprendidos tanto los vicios afectantes de la *motivación* como los yerros o deficiencias en los *motivos* de la decisión. Así lo ha expresado el Consejo de Estado al sostener que *“la falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable”*⁹.

En realidad, con fundamento en la causal de anulación del acto administrativo denominada “falsa motivación” resulta posible la formulación de cargos en contra de la decisión cuya legalidad se censura tanto por adolecer de deficiencias en la *motivación* en cuanto formalidad que debe acompañar, por regla general¹⁰, las decisiones de la Administración y que consiste

⁹ Y añade la misma sentencia que *“del examen de los actos acusados concluye la Sala que los elementos antes mencionados se cumplen ya que la falta que se imputó se encontraba determinada en la ley, se recaudaron las pruebas que permitieron establecer la existencia de los hechos imputados, se efectuó el análisis de valoración de cada una de las pruebas y se plantearon razones que permitieron establecer que el actor incurrió en la conducta imputada”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia del 20 de marzo de 1997; Consejera ponente: Clara Forero de Castro; Radicación: 10022.

¹⁰ La exigencia de motivación como elemento de validez de todos los actos administrativos –salvo que exista norma legal especial que expresamente exima a la Administración de que determinado acto venga acompañado del mencionado requisito– se torna más perentoria



Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

en la explicitación, dentro del cuerpo de la misma –los usualmente denominados "considerandos" incluidos en la parte motiva o considerativa de la decisión–, de los fundamentos fácticos y jurídicos que explican la parte resolutive del acto, como también por razón de vicios radicados en los *motivos o presupuestos fácticos o hechos determinantes* de la decisión –la realidad fáctica que la sustenta y cuya existencia debe constatar y valorar la Administración antes de proferir el acto–, los cuales pueden consistir ora en que tales motivos resultan inexistentes o inexactos, ora en que su calificación o valoración jurídica se advierte desacertada.

Así las cosas, al invocar como vicio atribuible a un acto administrativo la *falsa motivación*, resulta posible atacarlo por **(i)** inexistencia o inexactitud de *motivos* o presupuestos fácticos; **(ii)** por la errada o desacertada valoración o calificación jurídica de tales *motivos* o hechos determinantes; **(iii)** por inexistencia de *motivación* –"considerandos", en los cuales su incorporación y exposición formal resultan legalmente obligatorias o **(iv)** por *falsa motivación "stricto sensu"*, esto es yerros, inexactitudes o imprecisiones en la parte motiva del pronunciamiento administrativo.

5.4.3. La desviación de poder

Sobre la desviación de poder, se ha dicho que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

Al respecto, el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sostiene que se estructura el vicio por desviación de poder en aquellos eventos en los que la administración, al utilizar sus poderes, actúa pretendiendo alcanzar un fin diverso al que en derecho correspondiere de manera general, o dicha au-

aún de conformidad con lo normado en el artículo 42 de la Ley 1437 de 2011, disposición que prevé: "*Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada*".



Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

toridad en particular. Se caracteriza, por lo general, esta modalidad de irregular en el hecho de que el acto nace a la vida jurídica con una apariencia extrema de legalidad¹¹.

5.4.4. La facultad discrecional

Sobre la facultad discrecional, la Corte Constitucional¹² ha reiterado que la discrecionalidad absoluta no es admisible en el derecho contemporáneo.

(...) “El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) 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. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, esto es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

Motivación del acto administrativo-Discrecionalidad no es absoluta

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 84 del CCA”. (...) (negritas de la Sala)

Por su parte, el Consejo de Estado¹³, ha declarado una tesis similar:

¹¹ Tratado de Derecho Administrativo. Acto Administrativo, Procedimiento, Eficacia y Validez, 4ª Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2008, pp. 410.

¹² Corte Constitucional Sentencia SU 917 de 2010.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION A, Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, siete (7) de febrero de dos mil trece (2013), Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00123-01(1971-10)



Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

(...) *“Si bien es innegable que un acto expedido en ejercicio de la facultad discrecional se presume expedido en beneficio del buen servicio público, tal presunción se puede desvirtuar a través de la acción contenciosa correspondiente, pues no puede perderse de vista que las únicas presunciones que no admiten prueba contraria son las de derecho, por fundarse en principios científicos incuestionables. **La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sostenido que la falsa motivación o desviación de poder en la expedición del acto administrativo de insubsistencia debe ser probada por quien la impetra**” (...)* (negritas de la Sala).

Teniendo en cuenta los anteriores planteamientos, en el sub lite, era exigible que la parte demandada justificara al menos sumariamente una debida motivación en el acto acusado, aun estando en uso de la facultad discrecional, toda vez que la misma, no puede ser tomada como absoluta.

Dicho lo anterior, la apelación en el presente caso, no podrá prosperar y en su lugar, esta magistratura procederá a confirmar la sentencia de primera instancia por las razones esbozadas en el cuerpo de esta providencia.

5.4.5. De la excepción de Inepta demanda y excepciones genéricas

En el escrito de apelación, el apoderado de la demandada, insiste en solicitar la declaración de inepta demanda y probadas las excepciones genéricas, sosteniendo que el demandante en el acápite de « concepto de violación » en la demanda solo enunció los artículos presuntamente violados sin ninguna argumentación, lo que concluye como una falta de requisito legal en la demanda.

Añade que en cuanto a las excepciones genéricas, estas deben ser declaradas porque el demandante no atacó la nulidad de un probable acto de nombramiento como consecuencia de la insubsistencia del anterior.

Analizados estos argumentos, en primer lugar, la Sala aclara que la excepción de inepta demanda según la falta de argumentación por parte del demandante, no tiene sustento según las razones del demandado, pues una vez revisado los requisitos que debe tener la demanda consagrados en el artículo 162 del CPACA (Ley 1437 de 2011) donde se establece:

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

“Artículo 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá:

*(...) 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. **Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación (...)** (negritas de la Sala)*

Tanto el recuento de las normas violadas como la justificación del concepto de la violación, se constatan sumariamente en el cuerpo de la demanda, en los folios 3 al 9. Además, es una condición innata al estudio que realizó el juez en primera medida al momento de la admisión del proceso.

Finalmente, en lo que respecta a las posibles excepciones genéricas, el demandado recurre a una hipotética situación fáctica que dentro del proceso no fue probada. Por tal motivo, esta Sala considera irrelevantes las excepciones solicitadas.

5.4.6. Del fallo extra petita

El apoderado de la parte demandada, arguye que la parte demandante solo señaló el incumplimiento de las exigencias de Ley en el acto acusado, dando a entender que el fallo inicial se extra limitó en la decisión. Tal alegación se desvirtúa, teniendo en cuenta que el medio de control impetrado fue el de nulidad y restablecimiento del derecho, que exige además de declarar la nulidad del acto, la pretensión de reparar el daño que causó la ilegalidad del acto, y que para el particular, a título de restablecimiento se le ordenara a la parte demandada el reintegro del demandante, y el reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir en el tiempo de su desvinculación, tal como se evidencia que así lo solicitó en el libelo de sus pretensiones. (Fls. 1-2).

Dicho lo anterior, la orden del A quo, procuró declarar solo la nulidad del acto demandado y el restablecimiento del derecho solicitado expresamente en las pretensiones del demandante, no siendo más lo consignado en la parte resolutoria de la sentencia, acorde al principio de congruencia en las decisiones.



Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

“El principio de congruencia de la sentencia, en sus dos acepciones: como armonía entre la parte motiva y la resolutive del fallo (**congruencia interna**), y como conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en la contestación (**congruencia externa**)”
Consejo de Estado: sentencia del 16 de septiembre del 2010, exp. 16605, C. P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez
(negritas de la Sala)

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos probados

5.5.1.1. Por medio del Decreto No. 047 del 10 de mayo de 2016, el Alcalde municipal de El Guamo, Bolívar, declaró insubsistente al Señor Lizardo José Contreras Zapata, del cargo de Inspector de Policía Rural del corregimiento de Tasajera, nivel técnico, código 306 (fl. 15-18).

5.5.1.2 Las consideraciones expuestas en el acto de desvinculación, fueron las siguientes (fl. 15-17):

(...)

“2. Que dicho cargo es de carrera administrativa, por tanto, conforme la ley 909 de 2004, se llenará su vacancia con nombramientos provisionales por el término de seis (6) meses.

... Que el Consejo de Estado ha explicado que a quien ocupe el cargo en provisionalidad no le son aplicables las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera porque así no lo dispuso la Ley.

Que el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a el en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera. Que por no estar escalonado en la carrera y no contar con estabilidad no puede exigirse que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la Ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso.



Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

Que sobre este mismo aspecto la Corte Constitucional ha señalado que los actos administrativos que usen la facultad discrecional en el nombramiento y remoción deben motivarse para no violar el derecho fundamental al debido proceso administrativo.

Que es facultad legal del alcalde remover a los funcionarios bajo su dependencia y el nombramiento del ciudadano LIZARDO JOSÉ CONTRERAS ZAPATA, se ubica en la anterior condición de discrecionalidad, aparte de no ofrecer garantía suficiente de mejorar la prestación de los servicios y funciones públicas a su cargo".

(...)

5.5.1.3. En los folios 12, 98, 14 y 96 del expediente consta el Acta de Posesión y Decreto No. 056 de nombramiento en provisionalidad de fecha 03 de julio de 2012 del señor LIZARDO JOSÉ CONTRERAS ZAPATA en el cargo de INSPECTOR DE POLICÍA RURAL CÓDIGO 306 GRADO 04 en la Inspección de policía de Tasajera.

5.5.1.4. En folio 80 se encuentra la certificación de servicios prestados en la Alcaldía de El Guamo y la asignación, suscrita por la Secretaría General y de Gobierno del municipio. En folio 114 se observa una certificación laboral del accionante y en folio 127 la constancia prestacional.

5.5.1.5. En los folios 80 a 97 consta la hoja de vida del señor Lizardo José Contreras Zapata.

5.5.1.6. En los folios 98 al 101, obran la renuncia de la persona que ocupaba anteriormente el cargo de Inspector de policía de Tasajera, y consecuentemente el nombramiento del demandante y su posesión.

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el presente caso procura el demandante que se declare la nulidad de la resolución por medio de la cual fue desvinculado del cargo que venía desempeñando en provisionalidad.

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

Consideró el accionante que, pese al eficiente desempeño dentro de su cargo, fue retirado de sus funciones a través del acto administrativo acusado, el cual se encontraba viciado de nulidad teniendo en cuenta lo contemplado en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, esto es, que el acto debía estar motivado y que la simple discrecionalidad del superior no era razón legal y suficiente para separar del servicio al demandante.

Adicionalmente, advierte que no existía lista de elegibles para suplir el cargo con un nombramiento en propiedad, y por ser el mismo, un cargo de carrera administrativa, debía extinguirse la provisionalidad con las razones legales.

La Juez de primera instancia concedió las pretensiones de la demanda, al considerar que frente al acto acusado sí opera la nulidad, en razón a la naturaleza del cargo del empleado, ya que, al ser un cargo de carrera administrativa, debieron exponerse circunstancias particulares y concretas que permitiesen vislumbrar la desmejora en la prestación del servicio y una posible afectación al interés general, sumado a que la motivación del acto no podía limitarse a la simple facultad discrecional del superior.

Indicó la Juez, que el demandante tenía el derecho a conocer de manera expresa cuales eran las razones fácticas, los hechos puntuales que ameritaran su separación del cargo que desempeñaba, por lo que soslayar las anteriores premisas, invocando la discrecionalidad, se tradujo en una falsa motivación, como aduce el demandante.

Teniendo en cuenta la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el A quo destaca que en sentencia T- 1256, verbigracia, “solo mediante un acto administrativo, en el que consten las circunstancias concretas de hecho y de derecho por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, es posible declarar la insubsistencia del cargo (...) esta regla se justifica en que: “ (...) la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario”

Por otro lado, la parte demandada no allegó prueba siquiera sumaria para demostrar que existió mejora en la prestación de los servicios y funciones del

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

cargo del demandante, como lo deja entrever en el último acápite del decreto de insubsistencia. Tampoco se allegó documento que verifique la vigencia de una lista de elegibles para proveer un nombramiento en propiedad que requiriera la terminación de la provisionalidad en el cargo.

Por tales razones, la única razón que se evidencia en el acto acusado, es la simple facultad discrecional del alcalde del municipio de El Guamo, Bolívar.

Hecha esta sinopsis, se debe precisar que, conforme lo probado en el proceso, se tiene que el demandante se encontraba nombrado en provisionalidad en el cargo de INSPECTOR DE POLICÍA RURAL del corregimiento de Tasajera, nivel técnico, código 306. Dicha vinculación se dio desde el 3 de julio de 2012 hasta el 10 de mayo de 2016.

Del contenido de la Decreto No. 047 del 10 de mayo de 2016, se evidencia que el señor Lizardo José Contreras Zapata fue desvinculado del cargo en uso de la facultad del alcalde del municipio, para remover o nombrar funcionarios de su dependencia, basados en que Jurisprudencialmente el Consejo de Estado avala el uso de la facultad discrecional para apartar a personas en cargos de provisionalidad.

En el referido acto de desvinculación se hace alusión o referencia a un posible mejoramiento del servicio, pues en el último párrafo del Decreto se menciona que el señor Lizardo Contreras Zapata, “no ofrece garantía suficiente de mejorar la prestación de los servicios y funciones públicas en su cargo”¹⁴.

No obstante, a juicio de la Sala, las razones o motivos que se exponen en el acto no concuerdan con las pruebas que constan en el expediente, por lo cual, es posible afirmar, que existe una discordancia entre los móviles que se plantean y la realidad que se determina a partir de las pruebas aportadas al proceso. En otras palabras, a juicio de la Sala, se configura una falsa motivación, por cuanto se da una inexactitud entre lo que se aduce en el acto de desvinculación y los hechos que se determinan a partir de las pruebas aportadas al proceso.

¹⁴ Folio 109

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

De las pruebas obrantes en el expediente, no se observa en ningún acápite, que el señor Lizardo José Contreras Zapata haya recibido alguna queja por irregularidades o por desmejoras en el desempeño de sus funciones cuando fungía como Inspector de policía rural.

Lo que se puede concluir de los documentos aportados por la parte demandada en su contestación, es que el demandante nunca suscitó algún hecho de ineficiencia, solo se observan soportes de su hoja de vida, todos en orden, y además del decreto de la insubsistencia, de advierte que con anterioridad al decreto de insubsistencia No. 047 de 2016, se profirió la Resolución¹⁵ No. 039 de marzo 29 de 2016, mediante la cual se realizaron ciertos traslados, entre ellos, el del señor LIZARDO JOSÉ CONTRERAS ZAPATA, titular de la inspección rural del corregimiento de Tasajera, hacia la inspección rural del corregimiento de Santa Cruz de la Enea.

Se precisa, por lo menos de las pruebas documentales existentes, que no existieron siquiera indagaciones de tipo disciplinario, tampoco presuntos reportes negativos o quejas por mal desempeño del demandante como inspector de policía rural. Es decir, lo que se evidencia es que el señor Lizardo José Contreras Zapata, fue desvinculado sin mediar una actuación que avalara o fundamentara la supuesta desmejora del servicio.

Frente al supuesto proceso penal contra todos los miembros del sindicato, como lo menciona el apoderado de la parte demandada en su escrito¹⁶ de alegaciones, llama la atención que, cuando se alega que el cargo es catalogado como de libre nombramiento y remoción también se menciona que se está llevando a cabo la convocatoria por concurso para proveer los cargos de inspectores de policía, dos argumentos contradictorios, teniendo en cuenta que los cargos de libre nombramiento y remoción no están sometidos a carrera administrativa, por lo tanto, no habría lugar a concurso de méritos para proveerlos. Quiere decir entonces que, tal afirmación de la parte demandada, añade valor a la tesis que esta Sala fundamenta, que el cargo de inspector de policía rural es de carrera administrativa, según reza el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 que clasifica los empleos públicos y menciona de manera expresa y taxativa cuáles sí son los de libre nombramiento y remoción.

¹⁵ Fl. 103-106

¹⁶ Fl. 8 (C-3)



Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

En los documentos relativos a la hoja de vida del actor, no constan quejas, tachas u observaciones que pongan en tela de juicio su desempeño en el cargo que ostentaba como Inspector de Policía Rural del corregimiento de Tasajera en el municipio de El Guamo, Bolívar, como tampoco en el tiempo que ejerció el mismo cargo en el corregimiento de Santa Cruz de la Enea cuando fue trasladado.

Sobre este punto, llama la atención de la Sala, que la parte demandada no fundamentó la legalidad del acto acusado demostrando quizás alguna razón fáctica de mal comportamiento o desmejora en la prestación del servicio del demandante.

Sobre este aspecto, la parte demandada no aporta los documentos que respaldaban la labor que desempeñó durante el tiempo de vinculación, no se anexaron las pruebas tendientes a demostrar que su desvinculación obedeció a razones de mejoramiento del servicio.

Al respecto, se considera que la entidad demandada tenía obligación de aportar los antecedentes que dieron lugar y que soportaron la decisión que adoptó. En este orden, la alcaldía municipal de El Guamo, Bolívar estaba en una mejor posición de demostrar y aportar los antecedentes que motivaron la declaratoria de insubsistencia, al ser la receptora del supuesto mal servicio que ofrecía el señor Lizardo José Contreras Zapata.

Frente a la carga de la prueba, se debe precisar que la presunción de legalidad de los actos administrativos, no siempre indica que, en todos los casos, el destinatario de la decisión, es quien tenga que probar los supuestos que demuestren la ilegalidad.

Como resulta normal en una relación trabada al amparo del Derecho Administrativo, cuando los operadores jurídicos — Administración y administrado — difieren respecto de la existencia, de la apreciación o de la calificación de los hechos que dan lugar a determinada decisión administrativa, dentro de un asunto concreto, será el Juez de lo Contencioso Administrativo el llamado a intentar el establecimiento de la verdad en torno de tales presupuestos fácticos, para cuyo propósito debe valerse de todos los mecanismos y reglas que en materia probatoria contempla y autoriza el ordenamiento jurídico vigente.

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

Esta labor del Juez de lo Contencioso Administrativo, cobra singular significado, en atención a que las decisiones de la Administración Pública están amparadas por una presunción de legalidad –que a su turno transmite la presunción de veracidad a los supuestos o motivos fácticos que le sirven de fundamento- la cual deberá ser desvirtuada por quien se considere agraviado por esa decisión y pretenda su declaratoria judicial de nulidad.

Así pues, la principal prerrogativa de la cual dispone la Administración Pública en torno a la determinación de los hechos y a la consecuente fundamentación en ellos de la decisión del caso, es la que ha dado en llamarse "privilegio de ejecutividad" o "carácter ejecutorio" de los actos administrativos, de acuerdo con la cual las decisiones administrativas obligan desde que son dictadas y adquieren firmeza en sede administrativa, lo cual determina su inmediato cumplimiento, independientemente de que puedan surgir discrepancias en torno a si se ajustan o no al ordenamiento jurídico, cuestiones éstas que habrán de ser ventiladas por los interesados que se sientan injustamente afectados, en el proceso judicial al que tendrán que concurrir a través de la impugnación de la respectiva decisión.

Como corolario de lo anterior, el privilegio de la autotutela declarativa, o la presunción de legalidad de las decisiones administrativas, impone al interesado la carga de impugnar judicialmente el acto administrativo, para desvirtuar su presunción de legalidad; sin embargo, que la presunción de legalidad radique en el interesado la carga de accionar, no quiere decir que igualmente traslade a éste, sin más y plenamente, el deber de probar la totalidad de los hechos relevantes para el proceso o, en otros términos, la carga de aportar siempre y en todos los casos todos los elementos demostrativos, necesarios e idóneos, para acreditar que fue errónea la aplicación sobre la existencia de los hechos o la calificación que de los mismos realizó la Administración.

Cabe sostener, por tanto, que la distribución de la carga de la prueba en el proceso judicial, no se basa en la posición formal de demandante o demandado, sino en el objeto y en el contenido de las pretensiones; cada parte deberá probar aquellos hechos en los cuales se funda su pretensión o su oposición a la misma, lo que equivale a decir que cada parte tendrá que

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

acreditar la concurrencia de las circunstancias configuradoras del supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca en su favor¹⁷.

De acuerdo con lo anterior, si el interesado ha cumplido con la carga que para él se deriva de la presunción de legalidad de la decisión administrativa que le afecta, impugnándola ante el Juez de lo Contencioso Administrativo y con apoyo del material demostrativo de la concurrencia del supuesto de hecho de la(s) norma(s) cuyo(s) efecto(s) jurídico(s) persigue, será a la Administración demandada a la que entonces corresponderá, acreditar la fundamentación del acto administrativo demandado, esto es tanto la ocurrencia real de los presupuestos fácticos –*motivos* o hechos determinantes– como su consistencia y coherencia con la *motivación* del mismo y con las hipótesis fácticas previstas en las normas a cuya aplicación se procedió en ese específico evento. Debe la Administración, por tanto, allegar al expediente todos los elementos probatorios -de ordinario documentos- que conduzcan al juez a establecer que está llamado a desestimar los cargos de ilegalidad formulados por falsa motivación en contra del acto demandado, como lo sugería la presunción de validez que le amparaba; en otros términos, la autoridad administrativa que profirió el acto enjuiciado está en la obligación de probar, judicialmente, que los motivos de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento al acto demandado, realmente existieron y ameritaron la decisión administrativa adoptada.

Y es que no puede olvidarse que a la Administración se le compele legalmente a instruir un procedimiento, a recaudar pruebas, a escuchar, valorar y ponderar las alegaciones de los interesados, antes de adoptar su decisión, como condición de mantenimiento de la presunción de validez que ampara a la misma. Todos estos trámites y garantías tienen por objeto que el órgano decisor se ubique en la mejor posición posible para expedir un acto administrativo que cumpla con el propósito de servir al interés público. De ahí que, cuando el particular, inconforme con la decisión, la demanda ante el Juez de lo Contencioso Administrativo, la ley establezca como una de las primeras determinaciones que forzosamente se debe adoptar, que se ordene a la Administración la remisión o entrega, con destino al respectivo proceso judicial, del expediente o de los antecedentes administrativos de la resolución impugnada

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de noviembre de 2013, expediente: 25.742.

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

En definitiva, cabe precisar que, en cuanto el demandante haya satisfecho su correspondiente *onus probandi*, es la autoridad administrativa que adoptó la decisión demandada, a la que corresponde constitucional y legalmente la carga de allegar al expediente del proceso judicial, el material demostrativo que evidencie que el acto fue proferido previa instrucción del *procedimiento* de rigor, con base en unos *motivos* o *hechos determinantes* existentes y razonablemente valorados, provisto de la *motivación* que exige la ley y con una *finalidad* conforme a derecho.

En orden de lo expuesto, en el caso bajo estudio, era la entidad demandada quien debía aportar las pruebas que acreditaran el supuesto mal servicio que se le endilgaba al demandante. Esto, en aras de defender la legalidad del acto que se demandó. Encuentra la Sala que el demandante cumplió con la carga que, de acuerdo con su teoría del caso, le asistía, pues aportó documentos que demostraban la idoneidad del cargo, lo cual difiere que la aseveración entredicha en el acto demandado.

En consecuencia, como ello no ocurrió, pues no existe prueba en el expediente que demuestre o sustente lo afirmado en torno al mal servicio que presuntamente prestaba el demandante, la conclusión necesaria es la falsedad en la motivación del acto.

Se considera que la resolución por medio de la cual se ordenó la desvinculación del señor Lizardo José Contreras Zapata, está incurso en la causal de nulidad de falsa motivación al evidenciarse una inexactitud entre los fundamentos que sustentan el acto y la situación real que se presentaba.

En ese orden, se concluye que, el móvil de la decisión adoptada por la alcaldesa del municipio de El Guamo, Bolívar, no fue el mejoramiento del servicio. Por el contrario, se considera que se utilizó como excusa esa situación, para lograr, bajo una apariencia de legalidad, la desvinculación del accionante. La anterior afirmación tiene sustento en la falta de prueba sobre ese presunto hecho, no existe en la hoja de vida una anotación referente a la situación descrita en el acto administrativo- desmejora del servicio- y por último, se comprobó que el cargo de Inspector de Policía rural nivel técnico, código 306, grado 04, no es de libre nombramiento y remoción para poder estar sujeto a la discrecionalidad del nominador, al contrario, es un empleo de carrera administrativa.

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

A juicio de la Sala todas estas situaciones permiten concluir que entre el demandante y quien fuera su nominador, existía una relación discordante, derivada o como consecuencia de los intereses que tenía cada uno de ellos. Por ello, se afirma que el hilo conductor que motivó la declaratoria de insubsistencia, no fue propiamente procurar la mejoría del servicio, por el contrario, se deduce que se utilizaron esas excusas como un ejercicio de poder aparentemente legal, pero con la intención de lograr la desvinculación definitiva del demandante.

Bajo estas condiciones, concluye la Sala que el actor logró desvirtuar la presunción de legalidad que le asiste al acto administrativo demandado, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, que concedió las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se confirmará en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

5.7. Costas

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*, hoy Código General del Proceso- CGP.

El artículo 365 del CGP señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. Conforme las citadas normas, se condenará en costas al demandado municipio de El Guamo, Bolívar, dado que se confirma la sentencia de primera instancia que concedió las pretensiones del demandante, y así mismo, el recurso de apelación interpuesto por el demandado, no prosperó.

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

Rad. 13-001-33-31-005-2016-00296-02

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual concedió las pretensiones de la demanda formulada por el señor Lizardo José Contreras Zapata.

SEGUNDO: Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia. Estas serán liquidadas de manera concentrada por el juez de primera instancia conforme lo dispone el artículo 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión virtual de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado