



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00062-00.
Demandante: William Antonio Tamara Vergara.
Demandado: Municipio de San Antonio de Palmito - Sucre.
Temas: Insubsistencia Empleado Libre Nombramiento y Remoción.

SENTENCIA N° 144

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. PARTES.

- Demandante: **WILLIAM ANTONIO TAMARA VERGARA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 92.671.646 expedida en Palmito, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **MUNICIPIO DE SAN ANTONIO DE PALMITO - SUCRE**.

¹ Folio 7 del expediente.

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad del decreto N° 067 del 03 de noviembre de 2015, expedido por el Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito - Sucre, por medio del cual se nombró al demandante en un cargo de libre nombramiento y remoción; y del decreto N° 009 del 25 de enero de 2016, por medio del cual se declaró insubsistente al actor.

Segunda: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad accionada, el reintegro del accionante al cargo de Técnico Administrativo, Código 006, Grado 10.

Tercera: Que se condene al Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre, a pagar los siguientes conceptos:

- La suma de \$3.995.363 por concepto de salarios caídos, más lo que se genere hasta el momento del reintegro del actor al cargo que venía desempeñando.
- La suma de \$332.950 por concepto de cesantías, más lo que se genere hasta el momento del reintegro del actor al cargo que venía desempeñando.
- La suma de \$8.101 por concepto de intereses de cesantías, más lo que se genere hasta el momento del reintegro del actor al cargo que venía desempeñando.
- La suma de \$166.475 por concepto de vacaciones, más lo que se genere hasta el momento del reintegro del actor al cargo que venía desempeñando.
- La suma de \$332.950 por concepto de prima de navidad, más lo que se genere hasta el momento del reintegro del actor al cargo que venía desempeñando.

Cuarta: Que se condene a la entidad demandada a la consignación que resulte de las cotizaciones pensionales dejadas de realizar, junto con su actualización, ante COLPENSIONES, a la cuenta individual del demandante.

Quinta: Que se disponga que para todos los efectos legales, no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio del accionante desde cuando fue desvinculado hasta cuando se haga efectivo su reintegro.

Sexta: Que se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia de conformidad con el artículo 194 y 195 del CPACA.

Séptima: Que se condene a la entidad demandada a pagar las costas y agencias en derecho.

1.1.3. HECHOS.

Indica que, el señor WILLIAM ANTONIO TAMARA VERGARA, a través del decreto N° 067 del 03 de noviembre de 2015, fue vinculado laboralmente en provisionalidad, en la Alcaldía de San Antonio de Palmito – Sucre, en el cargo de Técnico Administrativo, Código 006, Grado 10, empleo del que tomó posesión ese día, como consta en el folio N° 0050 del libro de actas de posesión.

Señala que, la administración municipal de San Antonio de Palmito, el mismo 03 de noviembre de 2015, modifica el contenido del decreto N° 067, estableciendo que su nombramiento era para el cargo de libre nombramiento y remoción de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, empleo del cual tomó posesión por medio de acta contenida en el folio N° 0051 del libro de posesiones que lleva la entidad demandada.

Refiere que, a través del Decreto N° 009 del 25 de enero de 2016, el señor Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre, decidió declarar insubsistente al actor en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, empleo que se catalogó como de libre nombramiento y remoción.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales:

Constitución Política: Artículos 2, 6, 25, 29 y 125.

Legales: Artículo 5 de la ley 909 de 2004; Artículo 34 al 45, 76, 88, 97, 137 y 138 del CPACA.

1.1.5. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Manifiesta que, la entidad demandada desconoció las previsiones del artículo 5 de la ley 909 de 2004, pues el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12,

desempeñado por el demandante en provisionalidad es de carrera administrativa, razón por la cual no podía la administración declarar la insubsistencia del actor haciendo uso de su potestad discrecional.

Explica que, a pesar que el Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito, abrió una actuación administrativa con el fin de determinar si era necesario la revocatoria o no del acto de nombramiento del accionante, abandonó tal procedimiento sin tomar decisión de fondo y prefirió hacer uso de su facultad discrecional, para desvincular al actor, catalogando equivocadamente el empleo que este ejercía como de libre nombramiento y remoción.

Apunta que, la administración municipal demandada, con el fin de lograr la desvinculación del demandante, lo persigue políticamente, le reprime y acosa laboralmente, para tal efecto elimina el libro de control de llegada del personal de la Alcaldía, le niega permisos que requería el empleado para atender asuntos de su salud, suspende el pago de aportes al sistema integral de seguridad social en salud, todo porque el actor no votó a favor del alcalde electo.

Estipula que, el acto administrativo contenido en el decreto N° 067 del 03 de noviembre de 2015, por medio del cual se hizo un nombramiento al señor WILLIAM ANTONIO TAMARA VERGARA, en provisionalidad, en el cargo de Técnico Administrativo, Código 006, grado 10, empleo de carrera administrativa, conserva su fuerza vinculante o ejecutoria y goza de presunción de legalidad, pues jamás fue revocado, ni ha sido anulado por la jurisdicción contenciosa administrativa.

Asevera que, el acto de insubsistencia del demandante debía ser motivado y requería oírse previamente el concepto de la comisión de personal, pues el actor fue nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 08 de abril de 2016².
- El Despacho mediante auto del 22 de julio de 2016³ admitió la demanda.
- La demanda fue notificada a las partes el 03 de agosto de 2016⁴.

² Folio 58 del expediente.

³ Folio 60 - 62 del expediente.

⁴ Folio 68 - 70 del expediente.

- La entidad demandada Municipio de San Antonio de Palmito, contestó la demanda el 28 de octubre de 2016⁵.
- Por Proveído del 24 de mayo de 2017⁶, se fijó el día 16 de agosto de 2017 a partir de las 10:30 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.
- Con fecha 16 de agosto de 2017⁷, se llevó a cabo audiencia inicial, prescindiéndose del período probatorio y ordenando a las partes la presentación de alegatos de conclusión dentro de los 10 días siguientes.
- El apoderado de la parte demandante, aportó alegatos de conclusión con fecha 17 de agosto de 2017⁸.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1.3.1. ENTIDAD DEMANDADA⁹.

La entidad demandada Municipio de San Antonio de Palmito, dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Frente a los hechos, acepta como ciertos, el primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, noveno, décimo, décimo primero, décimo segundo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo sexto, décimo séptimo, décimo octavo y décimo noveno, que hacen referencia a la vinculación del demandante a la entidad demandada como Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, aclarando que este empleo es de libre nombramiento y remoción, a la declaratoria de insubsistencia del actor en el cargo desempeñado, a las actuaciones administrativas adelantadas por la entidad demandada contra el accionante y a la realización de la conciliación extraprocesal entre las partes, ante el Ministerio Público con resultado fallido. Catalogó como falso el hecho octavo.

Como argumentos de su posición advierte que, los actos de nombramiento y remoción de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, no están sujetos a motivación alguna, sino a la discrecionalidad del nominador, lo cual no significa arbitrariedad.

Como excepción propuso la de falta de causa para pedir.

⁵ Folio 77 - 87 del expediente.

⁶ Folio 93 del expediente.

⁷ Folio 96 - 99 del expediente.

⁸ Folio 103 - 104 del expediente.

⁹ Folio 77 - 87 del expediente.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE¹⁰:

El apoderado de la parte demandante arguye que, está acreditado que el demandante fue nombrado en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, grado 12, de la planta de personal del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre, por medio del decreto N° 067 del 03 de noviembre de 2015, empleo del que debidamente tomó posesión.

Demarca que, el cargo descrito anteriormente, es de carrera administrativa al tenor del artículo 125 de la Constitución Política y de la ley 909 de 2004.

Sostiene que, el artículo 4º del decreto 785 de 2005, al hacer referencia a los empleos del nivel técnico en las entidades territoriales, describiéndolos como aquellos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de ciencia y tecnología, por lo que no hay lugar a que se diga que el cargo ocupado por el actor era de libre nombramiento y remoción.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA:

No aportó alegatos de conclusión.

1.4.3. MINISTERIO PÚBLICO:

Se abstuvo de emitir concepto de fondo.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el

¹⁰ Folio 103 - 104 del expediente.

cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el decreto N° 009 del 25 de enero de 2016¹¹, expedido por el Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre, por medio del cual se declaró insubsistente al demandante en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, empleo considerado por la administración como de libre nombramiento y remoción.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿al demandante le corresponde ser reintegrado al cargo que venía ocupando antes de la declaración de insubsistencia?

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) marco normativo de la carrera administrativa. (ii) de los nombramientos en provisionalidad. (iii) de los empleos de libre nombramiento y remoción. (ii) caso concreto.

2.4. NORMATIVIDAD DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA¹².

Desde la Carta Política de 1886, se elevaron a rango constitucional, las reglas generales sobre el acceso, organización y administración del servicio público y sobre quienes se vincularan laboralmente al mismo, así se extrae del artículo 62 de la norma superior. Luego de un amplio desarrollo legal, la Carta Política de 1991, varió de manera trascendente el texto del artículo 62 de la anterior Constitución hasta el punto de dedicar a la Función Pública, todo el Capítulo 2º, es decir, de los artículos 122 a 131.

Es así como en el artículo 125 prescribe, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y expresamente exceptúa de la misma a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, a los trabajadores oficiales y los

¹¹ Folio 55 del expediente.

¹² El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, agosto 4 de 2010, Expediente N° 15001-23-31-000-2001-00354-01 (0319-08)

demás que determine la ley. Señala además que, los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la ley, serán nombrados por concurso público; el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; el retiro ocurrirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley; y en ningún caso la filiación de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

En su artículo 130, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Con relación a la carrera administrativa, cabe resaltar que son también concordantes el numeral 13 de su artículo 189, que estableció que es al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa a quien le corresponde nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos nacionales y a las personas que deban desempeñar empleos nacionales cuya provisión no sea por concurso o no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución o la ley. Y determinó que en todo caso, al Gobierno le asiste la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes. En el artículo 209 estableció, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones; con lo que adquirieron rango constitucional los principios que hasta el momento solo encontraban consagración legal.

La Ley 909 de 2004 señala en su artículo 1º, que su objeto es la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos reguladores de la gerencia pública y señala que los empleos de carrera, los de libre nombramiento y remoción, de período fijo y temporales hacen parte de la Función Pública. En su artículo 3º describe en forma taxativa sus destinatarios.

En el artículo 4º por primera vez se define lo que es un sistema específico de carrera. Enlista las carreras específicas agregando a las que traía la normativa anterior, las

Superintendencias, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la U.E.A de la Aeronáutica Civil.

En el artículo 19, precisa lo que es un empleo público y en su artículo 22, contempló la ordenación de la jornada laboral.

El artículo 23 señala que las clases de nombramientos son: ordinarios, en período de prueba o en ascenso, de acuerdo a si se trata de empleo de libre nombramiento y remoción o de carrera.

En su artículo 24 en cuanto al encargo dispone, que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera y una vez convocado el concurso, los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados, previa acreditación de requisitos, aptitudes y habilidades, situación que no puede superar los 6 meses, este encargo debe recaer en empleado inferior. En el caso de empleos de libre nombramiento y remoción, cuando se trate de vacancia temporal o definitiva, procede el encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento, y en el caso de vacancia definitiva el término del encargo es de 3 meses, vencido el cual se debe proveer en forma definitiva.

En el artículo 25 establece, que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de su cargo, el mismo será provisto en **forma provisional**, *“sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”*.

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, los que se producen 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. [Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004](#), por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; [Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005](#).
- 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 1º. 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.

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

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

El Parágrafo 2º del artículo 41 prescribe, que el retiro de los empleos de carrera debe efectuarse por acto motivado, y la remoción de los empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y por acto **no** motivado.

2.5. NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD.

El **Decreto 1227 de 2005** reglamentó la Ley 909 de 2004, en lo relacionado con los empleos temporales y provisionales.

Definió el empleo temporal en el artículo 1º, como aquel creado en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento; está sujeto a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad; el estudio técnico debe contar con concepto previo favorable del DAFP y su régimen salarial y prestacional será el que corresponde a los empleos de carácter permanente. Como lo informa su artículo 4º, el nombramiento se debe efectuar teniendo en cuenta la disponibilidad presupuestal, mediante acto administrativo con indicación del término de duración, que una vez vencido, implica su retiro automático, teniendo en cuenta, según su artículo 3º, las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y si no existen, la Entidad realizará un proceso de evaluación del perfil.

En el Parágrafo Transitorio de su artículo 8º en cuanto a los **empleados provisionales** dispuso, que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio; **dicho encargo o nombramiento provisional no puede superar los 6 meses**, término dentro del cual se debe convocar a concurso y reitera que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

Esta norma fue modificada por el **Decreto 3820 de 2005**, en el sentido de establecer la prórroga de dichas figuras hasta la superación de las circunstancias que las originaron previa autorización de la Comisión del Servicio Civil. Este último a su vez, se modificó por el **Decreto 1937 de 2007**, que amplió el espectro de la prórroga, señalando que no se requiere autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera. Seguidamente por medio del **Decreto 4968 de 2007**, la norma sufrió variación en el sentido de que la Comisión Nacional del Servicio Civil debe resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud y si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entiende prorrogado o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso. Especificó las vacancias temporales que no requieren de autorización de la Comisión y agregó que tampoco es necesaria la autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso.

El Decreto 1227 de 2005 en el artículo 9º reitera lo estipulado en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, relacionado con la separación temporal del cargo de carrera que admite provisión en **forma provisional**, sólo por el tiempo de duración de la separación temporal, cuando no sea posible el encargo e insistió en que cuando el empleado ejerza empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera, su vinculación tendrá **carácter provisional** y ese cargo de carrera se tiene que proveer en orden de prioridad por acto administrativo emitido por el nominador. Y en su artículo 10 señaló, que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador puede darlos por terminados, tal como lo estableció en el artículo 7º Decreto 1572 de 1998, pero agregando que la resolución debe ser motivada.

Empero, estos dispositivos fue suspendida provisionalmente por el H. Consejo de Estado¹³, en providencia del 5 de mayo de 2014; por considerar entre otras cosas que, la Comisión Nacional del Servicio Civil no puede inmiscuirse en temas regulados específicamente por la normativa especial; en este sentido señaló:

“(...).El Despacho resalta que el objeto de esta providencia es establecer si del cotejo entre el Decreto 4968 de 2007 proferido por el Presidente de la República y el Director

¹³ El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente N° 11001-03-25-000-2012-00795-00 (2566-12)

del Departamento Administrativo de la Función Pública y la Circular No. 005 de 2012, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, con las normas invocadas en la solicitud de medida cautelar, se violan los preceptos Constitucionales y legales y en consecuencia, es procedente suspender provisionalmente los efectos jurídicos de los actos administrativos acusados.

Para resolver lo anterior, debe precisarse que los sistemas de carrera administrativa se clasifican en: general, específico (de creación legal) y especial (de origen constitucional) y que la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, se encuentra facultada para administrar y vigilar la carrera administrativa de los servidores públicos con excepción de las carreras que tengan carácter especial.

Sobre la facultad de la CNSC para ejercer las funciones de administración y vigilancia de los regímenes general y específicos de carrera administrativa de origen legal, la Corte Constitucional se pronunció en la sentencia C- 1230 de 2005, al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 del artículo 4 de la Ley 909 de 2004, en los siguientes términos:

“La Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador sistemas específicos de carrera, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal y como ocurre con el sistema general de carrera. Distintas son las razones que apoyan esta interpretación.

La Constitución del 91 consagró el sistema de carrera como la regla general para el acceso al servicio público, y con ese mismo propósito le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia "de las carreras de los servidores públicos".

Si ello es así, no queda duda que la exclusión de competencia prevista en el artículo 130 Superior para la Comisión es de alcance excepcional y de interpretación restrictiva y, por tanto, debe entenderse que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional, o lo que es igual, para aquellos señalados expresamente por la propia Carta Política. Si el artículo 130 Superior dispone que la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad "responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos", excepción hecha de las que tengan carácter especial", está definiendo dos aspectos puntuales sobre su ámbito de competencia.

El primero, que la referida competencia es sobre "las carreras de los servidores públicos"; es decir, que tiene alcance general y que, por tanto, no se puede agotar en un sólo sistema de carrera, la carrera ordinaria o común, sino que se proyecta también sobre otros que, de acuerdo con la exclusión de competencia prevista en la misma preceptiva, no pueden ser sino los sistemas especiales de origen legal. El segundo, que las funciones a ella asignada para administrar y vigilar las carreras se constituye en un imperativo constitucional de carácter indivisible. Acorde con los artículos 125 y 130 de la Carta, la interpretación que se ajusta al espíritu de dichas normas, es aquella según la cual, es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales que tengan origen constitucional. Ello significa que se constituye en un imperativo constitucional, que se le asigne a dicha Comisión tanto la administración como la vigilancia de la carrera general y de las carreras especiales de origen legal, estas últimas, denominadas por el legislador carreras específicas. Cabe destacar que, aun cuando es cierto que el legislador goza de un amplio margen de configuración política para desarrollar lo concerniente a la implementación del sistema de la carrera, tratándose de la carrera general y de los sistemas especiales de carrera de origen legal, dicha habilitación no comprende ni compromete la definición de competencia sobre las funciones de administración y vigilancia de las carreras, por ser éste un asunto del que se ha ocupado directamente la Constitución Política, precisamente, al asignarle a través del artículo 130 las dos funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil. La Corte encuentra que en lo que respecta al numeral 3° del artículo 4° de la Ley 909 de 2004, acusado en esta causa, el Congreso de la República incurrió en una omisión legislativa relativa contraria al ordenamiento Superior, al reducir la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil únicamente a la "vigilancia" de las carreras específicas".

De la transcripción de la jurisprudencia anterior se infiere que la CNSC está plenamente facultada para administrar y vigilar la carrera administrativa general y la carrera administrativa específica de orden legal, la cual rige a algunas entidades del orden nacional y territorial, entre otros, la carrera de los servidores de la DIAN y de las Superintendencias.

Encuentra el Despacho que del cotejo entre el texto de los actos administrativos acusados y las normas invocadas como vulneradas se evidencia la vulneración de estas últimas¹⁴, por cuanto el Decreto 4968 de 2007, crea procedimientos y trámites

¹⁴ De la Ley 909 de 2004: **"Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa.** En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:
a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; (...)
h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;

adicionales para la provisión de empleos públicos en las modalidades en encargo y de provisionalidad, además de establecer las prorrogas de los encargos, los cuales tienen por ley un término perentorio de 6 meses, tal como lo expuso por la Sección Segunda del Consejo de Estado en la Sentencia de 12 de abril de 2012, proferida dentro del proceso (9336-2005).

De otra parte advierte el Despacho que dentro de las facultades conferidas a la Comisión Nacional de Servicio Civil está la de para instruir sobre la aplicación de las normas de la carrera administrativa pero no para crear o modificar los procedimientos para acceder a los empleos públicos, excediendo lo dispuesto en la Constitución y la Ley.

Finalmente, se destaca que no es posible que la CNSC so pretexto de ejercer sus funciones de administración y vigilancia se atribuya la facultad de inmiscuirse en temas regulados específicamente por la normativa especial, adicionando los procedimientos para determinar la procedencia de los encargos, el nombramiento en provisionalidad y su prórrogas, así como la delegar la facultad nominadora en las entidades públicas (...)."

Así las cosas, en el funcionamiento de la administración, no puede estar supeditado a las autorizaciones o no, de la CNSC, para ejercer las facultades que el mismo legislador ya previó.

Ahora, en cuanto al retiro de los servidores públicos, hoy objeto de estudio, la Corte Constitucional ha señalado que ante la vacancia en un empleo público las autoridades

j) Elaborar y difundir estudios sobre aspectos generales o específicos de la gestión del empleo público en lo relacionado con el ingreso, el desarrollo de las carreras y la evaluación del desempeño;

k) Absolver las consultas que se le formulen en materia de carrera administrativa (...)"

"Artículo 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa. La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;(...)

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley; (...)

Parágrafo 1º. Para el correcto ejercicio de sus competencias en esta materia, la Comisión Nacional del Servicio Civil estará en contacto periódico con las unidades de personal de las diferentes entidades públicas que ejercerán sus funciones de acuerdo con lo previsto en la presente ley (...)"

"Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva".

"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".

tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad¹⁵.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “*cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal*”¹⁶. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “*no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo*”¹⁷.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, agosto 4 de 2010, Expediente N° 15001-23-31-000-2001-00354-01 (0319-08), dispuso, que en nuestro País existe como garantía para los servidores públicos, que les permite la permanencia en los cargos, el principio general de la carrera administrativa, que ha atravesado por diversas condiciones circunstanciales de las dinámicas políticas, que inevitablemente en veces la han convertido en la excepción.

Es así como en la Carta Política de 1886 inicialmente se consagraron las reglas generales sobre el servicio público, entre las que se hizo alusión a la carrera administrativa, que en los primeros cincuenta años de su vigencia se tornó en una figura extinta, pero que renació con la expedición de la Ley 165 de 1938, en la que se proyectaron los principios fundamentales de mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y ascenso en la misma. Sin embargo, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968, en tanto que admitió el ingreso automático a la misma, favoreciendo a los empleados que estuvieron desempeñando el empleo de carrera, solo por el hecho de estarlo haciendo

¹⁵ En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5º del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4º de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

al momento de la expedición de la ley; obviando con ello, que uno de los pilares básicos es el mérito que se debe demostrar previo al ingreso en el servicio público, situación que encontró su fin solo hasta el año 1997, con la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional del artículo 22 de la Ley 27 de 1992 en la Sentencia C- 030.

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

El artículo 5º del Decreto 2400 de 1968, estableció por primera vez, las clases de nombramiento: el ordinario, en periodo de prueba y el provisional, debiendo tener ocurrencia este último, tal como lo señala su inciso 4º, solo cuando se tratara de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera, con un límite temporal de 4 meses. Por su parte el artículo 26 , habilitó la declaratoria de insubsistencia sin motivación alguna, del nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo, no perteneciente a la carrera y el artículo 25, contempló dentro de las causales de retiro del servicio, la insubsistencia del nombramiento; de tal suerte que no asistiéndole derechos de carrera al provisional, es necesario establecer el alcance de los artículos 25 y 26 del citado Decreto, sobre su desvinculación vía acto discrecional.

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

En efecto es claro, que por orden legal, la designación del empleado provisional tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado; tal circunstancia en armonía con el inciso 3º del mismo artículo, permite deducir, que dicho nombramiento no tiene el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, no otorga la estabilidad propia del sistema; así las cosas, su desvinculación se producirá dentro de

las hipótesis del artículo 25 ibídem, que bien desarrolló el artículo 26, pero con la ambigüedad relacionada a que la insubsistencia es propia de los que no pertenecen a una carrera, esto es, los nombramientos ordinarios o sea los de libre nombramiento y remoción, pues para los de carrera existen los motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios de insatisfactoria.

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

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

Tal identidad que comparte el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, en razón de que puede declararse su insubsistencia sin motivación alguna, persiste aún, en razón de que la Carta Política de 1991 en su artículo 125, preceptuó como causales de retiro para los empleados de carrera, no solo la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario, las demás causales previstas en la Constitución, sino también las demás contempladas por *“la ley”*; última parte de la disposición Superior, que habilita de

manera expresa la aplicación de lo prescrito en esta particular materia de tiempo atrás, por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

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

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

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

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

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004, cuando establece que las clases de nombramiento son ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso,

cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal; con lo que se torna aún más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, varía la situación, pero solo cuando se da por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, evento en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

De todo lo anterior emerge con claridad, que *in factum* no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación *in absurdo*, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

De lo anterior se extraen tres grandes causales de desvinculación de un servidor público en carrera, que también se le aplica a los que se encuentran en situación de provisionalidad, las cuales son: (I) por evaluación del desempeño, cuando hay calificación insatisfactoria; (II) por desvinculación o retiro impuesto como sanción, cuando se viola el régimen disciplinario; y (III) por otras razones previstas en la Constitución y la Ley. En este caso, el demandado afinca sus motivos en la tercera de ellas, que es por otras razones previstas en la Constitución y la Ley, como lo es, que venció el período de los 6 meses, por el cual se efectúa el nombramiento del demandante.

Por tanto, el nombramiento en provisionalidad no genera ninguna clase de estabilidad respecto al empleado que lo ocupa, dado que el mismo legislador previó las circunstancias para que se produzca dicha figura, así como la terminación de la misma; toda vez que su nombre de provisionalidad, aduce, transitorio; posición que impera hasta el día de hoy en el Tribunal Supremo de lo Contencioso.

2.6. EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.

Recientemente sobre el tema de los empleos de libre nombramiento y remoción, el Honorable Consejo de Estado ha manifestado¹⁸:

Visto lo anterior, se tiene que la legislación previó una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de manejo y dirección institucional, para lo cual, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que para la provisión de empleos que impliquen tal condición, no se requiera superar un proceso de selección por méritos toda vez que, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Como se observa, para el desempeño de los cargos de libre nombramiento y remoción, la confianza juega un rol preponderante, lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión, tal como lo dispone el inciso 2º del párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

En la misma sentencia¹⁹ anteriormente anotada, sobre el retiro del servicio en ejercicio de la facultad discrecional, se dijo:

“La potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública. Entonces, la discrecionalidad «surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público»²⁰.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 09 de marzo de 2017. C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Rad. 73001-23-33-000-2013-00447-01 (4519-14).

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 09 de marzo de 2017. C.P. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. Rad. 73001-23-33-000-2013-00447-01 (4519-14).

²⁰ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 143.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional²¹ ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores.

Al igual, esta Corporación reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico²².

En este sentido, en providencia de fecha 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

*“En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida.”.*

Es por lo anterior que, como bien lo señala el tratadista García de Enterría²³, el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida, ello precisamente encaminado a establecer si las razones que inspiraron la decisión tomada en ejercicio de la facultad discrecional desborda o desconoce el principio de razonabilidad.”

²¹ En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló:

“(…)la estabilidad “entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo”, es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, “pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

(…) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) **y la estabilidad “precaria” (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad)**, hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta.”

²² Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo.

²³ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 144

2.5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el decreto N° 009 del 25 de enero de 2016²⁴, expedido por el Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre, por medio del cual se declaró insubsistente al demandante en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, empleo considerado por la administración como de libre nombramiento y remoción, por haberse incurrido en su expedición en falsa motivación y/o desviación de poder.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Copia del decreto N° 067 del 03 de noviembre de 2015²⁵, por medio del cual se nombra al demandante en el cargo de Técnico Administrativo, Código 006, Grado 10, de la planta de personal del Municipio de San Antonio de Palmito.
- Copia del acta de posesión del demandante en el cargo de Técnico Administrativo, Código 006, Grado 10, fecha 03 de noviembre de 2015²⁶, identificada con el N° 0050.
- Copia del decreto N° 067 del 03 de noviembre de 2015²⁷, por medio del cual se nombra al demandante en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, de la planta de personal del Municipio de San Antonio de Palmito.
- Copia del acta de posesión del demandante en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, fecha 03 de noviembre de 2015²⁸, identificada con el N° 0051.
- Copia de nómina de funcionamiento del mes de diciembre de 2015²⁹, de la Alcaldía de San Antonio de Palmito.
- Copia de oficio de fecha 06 de enero de 2016³⁰, suscrito por el actor y dirigido a la Personera del Municipio de San Antonio de Palmito.
- Copia de oficio de fecha 05 de enero de 2016³¹, suscrito por la Secretaria General de la Alcaldía de San Antonio de Palmito, por medio del cual se comunica al demandante el inicio de una actuación administrativa en su contra.

²⁴ Folio 55 del expediente.

²⁵ Folio 17 del expediente.

²⁶ Folio 18 - 19 del expediente.

²⁷ Folio 20 del expediente.

²⁸ Folio 21 del expediente.

²⁹ Folio 22 del expediente.

³⁰ Folio 23 del expediente.

³¹ Folio 24 del expediente.

- Copia de la resolución N° 002 del 05 de enero de 2016³², suscrita por el Alcalde de San Antonio de Palmito, por medio del cual se da inicio de manera oficiosa a una actuación administrativa en contra del accionante.
- Copia de oficio de fecha 13 de enero de 2016³³, suscrito por el Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito, por medio del cual se hace un requerimiento por incumplimiento de deberes funcionales al actor.
- Copia de oficio de fecha 14 de enero de 2016³⁴, suscrito por el demandante, por medio del cual emite pronunciamiento sobre el requerimiento realizado por el ente demandado con fecha 13 de enero de 2016.
- Solicitud presentada por el accionante para ausentarse de la entidad de fecha 14 de enero de 2016³⁵.
- Solicitud presentada por el accionante para ausentarse de la entidad de fecha 15 de enero de 2016³⁶.
- Formatos de consulta a la base de datos única de afiliación al sistema de seguridad social³⁷.
- Copia de oficio de fecha 15 de enero de 2016³⁸, suscrito por el señor WILLIAM ANTONIO TAMARA VERAGA y dirigido al Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre.
- Copia de petición de fecha 19 de enero de 2016³⁹, presentada por el señor WILLIAM ANTONIO TAMARA VERGARA, ante la alcaldía de San Antonio de Palmito – Sucre.
- Copia del decreto 009 del 25 de enero de 2016⁴⁰, expedida por el Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre, por medio del cual se declara insubsistente al demandado en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12.
- Copia de oficio de fecha 26 de enero de 2016⁴¹, por medio del cual se comunica al demandante el contenido del decreto 009 del 25 de enero de 2016.
- Acta de conciliación extrajudicial celebrada entre las partes ante el señor Procurador 44 Judicial II para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 05 de abril de 2016⁴².

³² Folio 25 - 30 del expediente.

³³ Folio 31 - 35 del expediente.

³⁴ Folio 36 - 37 del expediente.

³⁵ Folio 38 - 41 del expediente.

³⁶ Folio 42 del expediente.

³⁷ Folio 43 - 47 del expediente.

³⁸ Folio 48 - 51 del expediente.

³⁹ Folio 52 - 53 del expediente.

⁴⁰ Folio 55 del expediente.

⁴¹ Folio 54 del expediente.

⁴² Folio 56 del expediente.

- Constancia de conciliación extrajudicial celebrada entre las partes ante el señor Procurador 44 Judicial II para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 05 de abril de 2016⁴³.

Antes de entrar al estudio del caso concreto, considera pertinente esta sede judicial, precisar que el estudio de nulidad del acto administrativo atacado, se hará solamente con relación al decreto 009 del 25 de enero de 2016⁴⁴, expedido por el Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre y no sobre el decreto 067 del 03 de noviembre de 2015⁴⁵, pues sobre este último, tal y como quedó sentado en auto de fecha 22 de julio de 2016⁴⁶, proferido por este juzgado, por el cual se admitió el presente medio de control, operó el fenómeno de la caducidad de la acción.

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, anteriormente relacionado, se encuentra acreditado que el accionante fue vinculado a la planta de personal de la Alcaldía del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre, a través del decreto 067 del 03 de noviembre de 2015⁴⁷, en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12.

A pesar de que el demandante, aporta dos actos administrativos con el mismo número de identificación y fecha de expedición suscrito por la suprema autoridad administrativa del municipio demandado, en el cual además se evidencia el nombramiento en dos cargos distintos, pues uno hace referencia al cargo de Técnico Administrativo, Código 06, Grado 10⁴⁸, empleo catalogado como de carrera administrativa y cuyo nombramiento se hizo en provisionalidad, y el otro hace referencia al cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12⁴⁹, empleo de libre nombramiento y remoción, según se indica en el acto atacado, de las escasas pruebas documentales aportadas, se evidencia que el cargo que realmente ejerció el actor desde el 03 de noviembre de 2015, fue el de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12 y por ende es el acto administrativo que contiene esta denominación de empleo el que comprende el nombramiento válido. Además se tiene que sobre el cargo de Técnico Administrativo, Código 06, Grado 10, ni siquiera se logró determinar que existe en la planta de personal de la entidad territorial accionada.

⁴³ Folio 57 del expediente.

⁴⁴ Folio 55 del expediente.

⁴⁵ Folio 20 del expediente.

⁴⁶ Folio 60 - 62 del expediente.

⁴⁷ Folio 20 del expediente.

⁴⁸ Folio 17 del expediente.

⁴⁹ Folio 20 del expediente.

Tal conclusión se extrae de los oficios suscritos por el señor WILLIAM ANTONIO TAMARA VERGARA, dirigidos al Alcalde del ente demandado, de fecha 06 de enero de 2016⁵⁰, 14 de enero de 2016⁵¹ y 15 de enero de 2016⁵², aportados por el accionante al proceso y en el que este se identifica como Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12.

Está probado que, el señor WILLIAM ANTONIO TAMARA VERGARA, fue declarado insubsistente en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, a través del decreto N° 009 del 25 de enero de 2016⁵³, suscrito por el Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito - Sucre, decisión que le fue notificada al demandante, el día 26 de enero de 2016⁵⁴.

Ahora bien, es claro que existe entre las partes controversia acerca de la naturaleza de libre nombramiento y remoción del cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, que desempeñaba el señor WILLIAM ANTONIO TAMARA VERGARA.

Para resolver tal discusión, se tiene que desde que se realizó la vinculación laboral del actor en la entidad accionada, como Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, a través del decreto 067 del 03 de noviembre de 2015⁵⁵, se describió este cargo como de libre nombramiento y remoción, situación ratificada en el acto demandado.

Si el accionante, consideraba que la denominación y naturaleza del cargo para el que fue nombrado, que no es otro que el de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, empleo del que tomó la respectiva posesión y que efectivamente ejerció, no correspondía a los establecidos en la ley, debió presentar dentro de los términos legales, las respectivas acciones contra tal manifestación de la administración.

Resulta claro que, la carga probatoria para determinar que el cargo ejercido por el demandante no era de libre nombramiento y remoción, sino de carrera administrativa con nombramiento en provisionalidad, correspondía al actor, quien debió siquiera aportar el respectivo manual específico de funciones y competencias laborales de los empleos de la planta de personal del Municipio de San Antonio de Palmito – Sucre y determinar las verdaderas funciones que el señor WILLIAM

⁵⁰ Folio 23 del expediente.

⁵¹ Folio 36 - 37 del expediente.

⁵² Folio 48 - 51 del expediente.

⁵³ Folio 55 del expediente.

⁵⁴ Folio 54 del expediente.

⁵⁵ Folio 20 del expediente.

ANTONIO TAMARA VERGARA, desempeñaba, lo cual le hubiera permitido a este despacho realizar un estudio de fondo sobre tal situación particular.

Así las cosas, se tiene que en la actuación, no se logró desvirtuar la denominación y naturaleza del cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, dada por la entidad demandada, al considerarlo como un empleo de libre nombramiento y remoción en el nombramiento contenido en el decreto 067 del 03 de noviembre de 2015⁵⁶, acto administrativo que goza de presunción de legalidad.

Lo anterior pone de presente que, como quiera que el cargo que ocupaba el accionante es de aquellos considerados como de libre nombramiento y remoción, su designación como su desvinculación se realiza en ejercicio de la potestad discrecional del nominador de la entidad, por lo que, en principio el acto de insubsistencia goza de presunción de legalidad, que es susceptible de ser desvirtuada.

Por tratarse de una presunción de legalidad que surge de la naturaleza del acto mismo, para efectos de su anulación, el demandante tiene la carga probatoria de demostrar los hechos en los cuales apoya el cargo aducido como causal de anulación conforme a lo dispuesto por el artículo 167 del Código General del Proceso.

Es claro que la facultad discrecional de que goza el nominador para los cargos de libre nombramiento y remoción, no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado en razones del buen servicio.

Frente al caso concreto, el demandante aduce que el acto administrativo atacado fue expedido con falsa de motivación y/o desviación de poder, alegando que su desvinculación se debió a rencillas políticas, pues el actor no votó por el alcalde que en ese momento presidía la administración del municipio demandado.

La parte accionante no logró acreditar los motivos presuntamente ocultos que generaron la declaratoria de insubsistencia atacada, pues solo como ya se advirtió, enunció que se debió a presiones políticas, pero no probó ni siquiera su militancia a un partido político diferente al que pertenece al actual mandatario.

⁵⁶ Folio 20 del expediente.

Así las cosas, si bien es posible que los actos administrativos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional puedan ser afectados por la causal de nulidad por falsa motivación y/o desviación de poder, lo cierto es que, en el presente asunto, no se encuentran los elementos probatorios o de juicio que confirmen las aseveraciones expuestas por el demandante, en cuanto al móvil oculto y determinante con el cual procedió la entidad accionada para declarar insubsistente al señor WILLIAM ANTONIO TAMARA VERGARA, lo cual, conduce en estricto derecho, a que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Colofón de lo anterior, se dejará intacto el acto administrativo contenido en el decreto 009 del 25 de enero de 2016⁵⁷, expedido por el Alcalde del Municipio de San Antonio de Palmito - Sucre, por medio del cual se declaró insubsistente al señor WILLIAM ANTONIO TAMARA VERGARA, en el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 12, de la planta de personal del ente demandado, empleo de libre nombramiento y remoción, declarando de esta forma probada la excepción de Falta de causa para pedir o inexistencia del derecho reclamado propuesta por la entidad accionada.

CONCLUSION:

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante es negativo, dado que, como quedó establecido, no se logró demostrar que la autoridad nominadora desbordara la facultad discrecional de que se encuentra investido para realizar desvinculaciones de cargos que ostentan la naturaleza de libre nombramiento y remoción, quedando incólume la presunción de legalidad del acto demandado y no se probó que el cargo de Técnico Administrativo, Código 367, Grado 02, fuera un empleo de carrera administrativa sobre el cual el demandante ostentaba un nombramiento en provisionalidad.

3. CONDENA EN COSTAS:

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone 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 General del Proceso.

⁵⁷ Folio 55 del expediente.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de causa para pedir, promovida por la entidad demandada, según lo precedentemente expuesto.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, por Secretaría tásense, en un porcentaje del 5%.

CUARTO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ