



# TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

## SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

---

Sincelejo, treinta (30) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-005-2016-00141-01  
**DEMANDANTE:** RUTH MÉNDEZ MERCADO  
**DEMANDADO:** MUNICIPIO DE COLOSÓ - SUCRE  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 26 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

### 1. ANTECEDENTES:

#### 1.1. Pretensiones<sup>1</sup>:

La señora **RUTH MÉNDEZ MERCADO**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra el **MUNICIPIO DE COLOSÓ - SUCRE**, con el fin que se declare la nulidad del Decreto 0036 – 2016, por medio del cual, se le declaró insubsistente del cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01.

---

<sup>1</sup> Folio 15 del cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, solicita la demandante, que se ordene al municipio demandado, reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a otro de superior jerarquía.

Así mismo, pide la accionante se ordene a la Alcaldía Municipal de Colosó, Sucre, reconocerle y pagarle los salarios dejados de cancelar, primas, bonificaciones, bonificaciones, vacaciones, cesantías, aportes a la seguridad social integral, aumentos de salarios y demás emolumentos concurrentes al cargo que le correspondan, desde la fecha de su vinculación, hasta cuando sea efectivamente reintegrada.

Que se declare igualmente, que con relación al cargo que venía desempeñando, no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios, para efectos prestacionales y pensionales.

## **1.2.- Hechos<sup>2</sup>:**

La señora RUTH MÉNDEZ MERCADO, fue nombrada en provisionalidad, mediante el Decreto No. 024 de mayo 16 de 2007, proferido por la Alcaldía Municipio de Colosó, Sucre, para ocupar el cargo de Ayudante, Código 472, Grado 01, del cual tomó posesión ese mismo día.

La demandante laboró hasta el 5 de febrero de 2016, fecha en la que fue declarada insubsistente mediante Decreto No. 0036 – 2016, bajo la consideración de que el aludido cargo fue ofertado en el marco de la convocatoria pública No. 01 de 2005, llevándose a cabo el proceso de selección mediante concurso de méritos, el cual fue declarado desierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, mediante Resolución No. 2632 del 9 de septiembre de 2010, porque para dicho concurso no hubo inscritos.

Que pese a tal decisión, la administración municipal, sin el lleno de los requisitos de ley y sin cumplir con la obligación de convocar a un nuevo concurso público para proveer el cargo vacante, procedió a efectuar el

---

<sup>2</sup> Folios 1 - 14 del cuaderno de primera instancia.

nombramiento provisional de la señora Ruth Méndez Mercado, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01.

Durante el tiempo que estuvo vinculada la accionante con el Municipio de Colosó, Sucre, ejerció sus labores con decoro y eficiencia y su hoja de vida, demuestra el fiel y cabal cumplimiento de sus deberes.

Al momento de su desvinculación, la demandante contaba con fuero sindical, por cuanto aún no habían transcurrido los dos meses de la constitución de la asociación sindical que ampara a los fundadores de este tipo de agremiación, esto es, hasta dos meses después de la inscripción en el registro sindical que se denomina "Sindicato de los Servidores Públicos y de los Servicios Públicos del Municipio de Colosó, Departamento de Sucre "SINDESERPULCOL" de primer grado y de empresa, con acta de constitución No. 003200 del 22 de diciembre de 2015.

A la fecha de retiro, la demandante tenía una asignación básica mensual de \$689.454.00, más lo percibido por otros conceptos.

Como **Normas Violadas**<sup>3</sup> señala preceptos de orden constitucional y legal, a saber: Artículos 25, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; Ley 443 de 1998, Decreto 1572 de 1998; artículos 3, 42, 97 y 137 del CPACA; artículos 405, 406, 407, 408, 409 y 410 del CST; y las sentencias: C-372 de 1999, y SU-250 de 1998 de la Corte Constitucional.

Como **Concepto de la Violación**<sup>4</sup>, aduce la demandante que el acto acusado fue expedido irregularmente, incurriendo en la causal de falsa motivación, en razón a que la entidad demandada motiva la decisión de su desvinculación en el hecho de que *"... en una clara acción de favorecimiento por parte de las anteriores administraciones municipales de Colosó – Sucre, actualmente desempeña un empleo de carrera que no ha accedido por méritos y calidades conforme a la Constitución y a la Ley"*,

---

<sup>3</sup> Folio 15 del cuaderno de primera instancia.

<sup>4</sup> Folios 15 - 17 del cuaderno de primera instancia.

cuando realmente se puede evidenciar, que no existe prueba en los antecedentes del acto de insubsistencia que indiquen el presunto favorecimiento.

Así mismo sostiene la accionante, que el acto acusado fue expedido con violación del debido proceso, como quiera que al ser un acto administrativo de carácter particular y concreto, al tenor del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, no puede ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Dice, que si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución y a la Ley, deberá demandarlo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

De igual forma, manifiesta la demandante, que la administración municipal no la podía declarar insubsistente, en consideración a que a la fecha de su desvinculación contaba con fuero sindical.

#### **1.4.- Contestación de la demanda<sup>5</sup>.**

El Municipio de Colosó, Sucre, a través de apoderado judicial, contesta la demanda oponiéndose a sus pretensiones, por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, ya que el acto administrativo demandado fue debidamente motivado y expedido con respeto de los derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia, así como de los preceptos constitucionales y principios de la actuación administrativa.

Sostiene, que la señora Ruth Méndez Mercado, se encontraba ostentando un cargo de manera irregular, sin el lleno de los requisitos de ley, toda vez, que no tenía la autorización por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que procedía la insubsistencia.

---

<sup>5</sup> Folios 80 - 91 del cuaderno de primera instancia.

Señala, que la demandante no demostró que los hechos que la administración tuvo en cuenta, como motivos determinantes de la decisión, no se probaron en la actuación administrativa y tampoco, demostró que se hubieren omitido hechos que si estaban probados.

Por otro lado, aclara que no es cierto que la entidad se hubiese apoyado en la Resolución No. 2632 del 9 de septiembre de 2010, para declarar insubsistente a la demandante.

También, refiere que las administraciones anteriores violaron los preceptos constitucionales al infringir las normas estipuladas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, al restarle importancia a las Circulares No. 100-004-2015 y 100-002-2015. Además, la demandante tenía pleno conocimiento del concurso y si anhelaba tener una estabilidad laboral en un cargo de carrera en la Alcaldía de Colosó, Sucre, debió participar en la convocatoria que se declaró desierta por falta de inscritos.

Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda por falta de concordancia entre algunos hechos y las pretensiones; inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones; y la genérica.

### **1.5. Sentencia impugnada<sup>6</sup>.**

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Sincelejo, mediante sentencia adiada 26 de abril de 2018, declara la nulidad del Decreto 0036 del 5 de febrero de 2016, a través del cual, se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Ruth Méndez Mercado, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01, adscrito a la planta de personal del Municipio de Colosó – Sucre.

En consecuencia, ordena a la entidad demandada a reintegrar a la accionante a un cargo igual, similar o superior jerarquía al que fue desvinculada, en las mismas condiciones de provisionalidad y siempre que

---

<sup>6</sup> Folios 254 - 266 del cuaderno de primera instancia.

dicho cargo, no se encuentre provisto mediante concurso y que el mismo no sea desempeñado por quien adquirió el mencionado status.

Así mismo, ordena reconocer y pagar a título indemnizatorio, el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto, las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la actora, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses, ni exceda de veinticuatro (24) meses de salario.

Considera el A-quo, que el fundamento utilizado por la entidad para desvincular a la demandante, no estuvo referido a la provisión del cargo por haberse realizado el concurso de mérito y que definitivamente debía nombrarse a quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles o por sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria, así como tampoco obedeció a otra razón específica atinente al servicio prestado.

Estima, de la lectura del acto acusado, que la razón del despido no hace parte de las justas causales legales y constitucionales susceptibles de ser utilizadas cuando se pretende declarar la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, antes del término por el cual fue nombrado o durante sus prórrogas.

Señala, que el nombramiento en provisionalidad otorga una estabilidad relativa, puesto que para desvincular al empleado provisional se deben alegar razones objetivas, basadas en el buen servicio; sin embargo, en el acto acusado no se expone que el cargo debía ser ocupado por quien superó el concurso y por el contrario, dispone que la vacante fue convocada, se declaró desierto el concurso, sin que existiera lista de elegibles vigente y sin que existiera un concurso público abierto para proveer el cargo.

Anota, que la aseveración plasmada en el acto de insubsistencia referido a que el Municipio de Colosó, Sucre, no dio cumplimiento a los mandatos de

la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), no tiene cabida dentro de las causales establecidas en la ley, así como tampoco, de existir tal omisión, debió trasladarse la responsabilidad a la empleada que desempeñaba el cargo provisional.

Incluso, sostiene, que el hecho de tener la demandante más de 6 meses en provisionalidad, no genera causal de retiro del empleo, pues, se debía motivar o justificar por qué no cumplía con los requisitos para continuar; y el hecho de que no se hubiere dado apertura al nuevo concurso de méritos, no es argumento válido para su desvinculación de la entidad, puesto que, en tanto el cargo no se provea de manera definitiva a través de concurso de mérito u ocurra una circunstancia objetiva, que impida la continuidad del empleado en sus funciones, no es posible acudir a la figura de la discrecionalidad, pues, de lo contrario sería darle el tratamiento de un empleado de libre nombramiento y remoción, en el que el retiro es inmotivado y con discrecionalidad absoluta.

#### **1.6.- El recurso<sup>7</sup>.**

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandada la apela, argumentado que si bien en la Sentencia SU-917 de 2010, la Honorable Corte Constitucional señala las causales a que hace referencia el A-quo (*provisión del cargo por haberse realizado el concurso de mérito y que definitivamente debía nombrarse a quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles, o por sanciones disciplinarias, calificación insatisfactoria, u a otra razón específica atinente al servicio prestado*), no lo es menos, que éstas no son las únicas en las que se pueden sustentar las decisiones administrativas, relacionadas con la insubsistencia de empleados nombrados en provisionalidad y ello fue aclarado en la sentencia de tutela T-360 de 2015.

Aduce, que el Juez de instancia, cercenó la posibilidad de estudiar si la causal del vencimiento de los 6 meses dispuesto en la Ley 909 de 2004, era

---

<sup>7</sup> Folios 271 - 277 del cuaderno de primera instancia.

suficiente para dar por terminado el nombramiento provisional en Colombia y con ello, derrotó el principio de legalidad implícito en el acto administrativo demandado.

Así las cosas, insiste, en que contrario a lo dilucidado por el A-quo, las causales mencionadas en la Sentencia SU-917 de 2010 no son taxativas y con base en el precedente jurisprudencial citado sostiene, que la desvinculación de un empleado provisional, con ocasión al vencimiento del término de 6 meses del nombramiento, se erige como una causal suficiente para la motivación del acto de insubsistencia, situación que es tomada por la Alcaldía de Colosó, Sucre, para la expedición del Decreto 0036 de 2016.

Finalmente, señala que el acto demandado fue expedido en debida forma, no fue arbitrario, ni contrario a la ley; la decisión tomada se ajusta a la realidad jurídica y fáctica consignada en la parte motiva, la que tuvo como fundamento el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, que prevé que el término de duración de la provisionalidad o el encargo no podrá ser superior a 6 meses; así como también, que se realizó una convocatoria para proveer el cargo por méritos, en la que no existe pruebas de que la demandante hubiere participado y que ante la falta de inscritos, terminó siendo declarada desierta por la Comisión Nacional de Servicio Civil CNSC, entre otras razones no menos importantes.

### **1.7.- Trámite procesal en segunda instancia.**

- Mediante auto de 2 de noviembre de 2018, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia datada 26 de abril de 2018<sup>8</sup>.
- Por auto de 1º de febrero de 2019, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

<sup>9</sup> Folio 8, cuaderno de segunda instancia.

- La **parte demandante**<sup>10</sup>, alega que no es cierto que la provisionalidad esté sometida a un término de 6 meses, porque el nombramiento provisional procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa y dicha provisionalidad se prolongará, hasta que se pueda llevar a cabo el concurso de méritos respectivo, por el término que duren las situaciones administrativas que lo originaron. En razón a ello, como en el presente asunto no se ha llevado a cabo concurso de méritos, no puede pretender la entidad demandada, que el cargo que en vacancia definitiva ocupaba, haya tenido que durar solo seis meses.

Describe, que en la expedición del acto enjuiciado se denota una clara desviación de poder, toda vez, que el nuevo alcalde, una vez tomó posesión, declaró insubsistente a todos los funcionarios que no pertenecían a su grupo político.

Anota, que en el acto atacado también se configura una infracción a las normas en que debía fundarse, pues, desconoció el contenido del artículo 9 del Decreto 1227 de 2005, y del artículo 125 de la Constitución Política. Además, fue expedido con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa y expedición irregular, como quiera que la demandante se encontraba vinculada al sindicato SINDESERPUCOL y pertenecía a su junta directiva.

- La **parte demandada**<sup>11</sup>, ratifica los argumentos de defensa esgrimidos en el recurso de apelación.

- El señor Agente del **Ministerio Público** delegado ante este Tribunal, no emitió concepto de fondo en esta oportunidad.

---

<sup>10</sup> Folios 11 - 15, cuaderno de segunda instancia.

<sup>11</sup> Folios 16 - 20, cuaderno de segunda instancia.

## **2.- CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia.**

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal, es competente para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **2.2. Problema Jurídico.**

De los extremos de la litis, el problema jurídico a desatar en la presente acción, se encuentra en determinar: ¿La decisión de desvincular a la señora **RUTH MÉNDEZ MERCADO**, del cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01, adscrito a la planta de personal del Municipio de Colosó – Sucre, mediante declaratoria de insubsistencia, se encuentra ajustada a los parámetros legales y constitucionales?

### **2.3.- Análisis de la Sala.**

#### **2.3.1. Del empleo público. Empleado provisional. Su desvinculación.**

El artículo 125 de la Constitución establece como regla general, que los cargos en las entidades y organismos del Estado sean de carrera administrativa, es decir, que su designación y provisión, este determinada por concurso de méritos, el cual debe realizarse conforme a las formalidades exigidas en la ley; es decir, este artículo restringe a la Administración Pública en materia de provisión de cargos, a las normas que regulan la carrera administrativa, específicamente, las contenidas en la Ley 909 de 2004, aplicable al presente asunto, dada la fecha de desvinculación del empleo del accionante, la cual fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005, que en su artículo 9º, dispuso:

**“Artículo 9º.** De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron”

De conformidad con la anterior norma, el nombramiento en provisionalidad procede cuando existe vacancia definitiva o temporal en un cargo de carrera administrativa y que dicha provisionalidad, se prolongará hasta que se pueda llevar a cabo el concurso de méritos respectivo o por el término que duren, las situaciones administrativas que las originaron. No significa que la persona que ostenta un cargo en provisionalidad, deba permanecer en éste, por todo el tiempo que dure la vacancia, sea temporal o definitiva, por el contrario, debe observar un buen rendimiento laboral, porque de acuerdo con los principios establecidos en la misma Ley 909 de 2004, la función pública, asegurará la atención y satisfacción del interés general de la comunidad<sup>12</sup>.

Sin embargo, la facultad de retiro de un empleado en provisionalidad, es reglada, por lo que para ejercerla deben mediar los requisitos que para el efecto ha fijado la ley. Es así como artículo 41 de la Ley 909 de 2004, señala:

**“Artículo 41: (...) 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.**” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, establece:

**“Artículo 10.** Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por **terminados.**” (Negrilla fuera de texto)

De conformidad con las normas antes referenciadas, es incuestionable, que

---

<sup>12</sup>Artículo 1º de la Ley 909 de 2004.

para declarar la insubsistencia de un empleado, que en provisionalidad ocupa un cargo de carrera, se hace necesario expedir un acto administrativo motivado, expresando de manera clara y concreta, las razones por las cuales se declara el retiro del empleado.

El tema de la vinculación mediante nombramientos en provisionalidad y la declaratoria de insubsistencia de los mismos, ha sido sumamente discutido a lo largo de la jurisprudencia contenciosa administrativa y constitucional, desencadenando, incluso, posturas enfrentadas, en la manera cómo deben ser resueltas las controversias que puedan suscitarse.

Al respecto, la Corte Constitucional, se ha caracterizado por mantener una línea uniforme sobre el tema, donde ha resaltado de manera categórica, que en aras de mantener incólume los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia<sup>13</sup>, es menester, que al momento de realizarse una desvinculación, mediante la declaratoria de insubsistencia, se motive el acto administrativo de dicha decisión.

Contrario sensu, el Consejo de Estado, en sendas jurisprudencias, mantuvo una posición jurisprudencial en la que se pregonaba la ausencia del deber de motivación y la facultad discrecional del nominador, para desvincular, a aquel empleado nombrado en provisionalidad, con el argumento de que estos últimos, no podían ser equiparados a la realidad propia, que cobijaba a las personas que habían accedido al derecho a la carrera, mediante la provisión del concurso de méritos<sup>14</sup>.

Esta última tesis, comienza a cambiar en el año 2010<sup>15</sup>, cuando el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló, en algunas de sus providencias, que debido a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004,

---

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-289 de 2011. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 19 de mayo de 2005. Expediente con radicación interna 0579-04. C. P. Dr. Alberto Arango Mantilla.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Expediente con radicación interna 0883-08. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

existe un deber imperativo del nominador de motivar la declaratoria de insubsistencia, conforme lo señalado en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, así como el art. 3° y 41° de la Ley 909 de 2005 y 10° del Decreto 1227 del mismo año, siendo esta última posición, la acogida por la jurisprudencia contenciosa administrativa al respecto.

Sobre el desarrollo y análisis histórico-normativo, del ingreso al empleo público y las controversias suscitadas con relación a los nombramientos en provisionalidad, se puede acudir a la decisión del 1° de marzo de 2012<sup>16</sup>, del Honorable Consejo de Estado, donde se elabora un estudio completo, claro y detallado sobre la temática indicada.

No obstante, es pertinente aclarar, que a la fecha, existe consenso en las decisiones jurisprudenciales, en lo que concierne al **deber de motivación**, del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia de empleados públicos, nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

Lo que no ocurre, en torno al **contenido de la motivación**, donde el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha definido los parámetros a tener en cuenta, señalándose lo siguiente:

*“Ahora bien, frente el contenido de la motivación correspondiente, puede entenderse de las providencias previamente reseñadas que esta no puede ser arbitraria, y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.*

*La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia al contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.*

*En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte:*

*“(…) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos*

---

<sup>16</sup> Expediente con radicación interna 0768-11, C.P Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

**puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”.**

En ese punto, debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública, por ello, **la motivación en caso de retiros de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional).**

De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó: **“Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.** En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”.

En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.”<sup>17</sup>(Negrilla fuera de texto).

Por lo tanto, el Juez contencioso administrativo, debe valorar las realidades fácticas y jurídicas de cada caso en específico, para así definir, si el contenido del acto administrativo de declaratoria de insubsistencia, se subsume dentro de los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que esbozan lo relacionado sobre el verdadero contenido de la motivación, sumado a la verificación, de que las razones se

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Expediente 2012-00378-00(AC); 2012-00610-00(AC) C. P. Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

definen de manera clara y específica, el por qué, de tal determinación, debiendo ser estudiada la misma, bajo parámetros de racionalidad y razonabilidad, sin existir una fórmula exacta, en la manera de sustentar la decisión objeto de inconformidad, teniendo claro, que no se puede equiparar a los funcionarios provisionales, con aquellos inscritos en carrera administrativa.

### **2.3.2. La provisionalidad en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004.**

Sobre el tema de la provisionalidad en el empleo público, el Decreto 1227 de 2005, señala:

#### **"TITULO II Vinculación a los empleos de carrera Provisión de empleos**

**Artículo 7º.** *La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.*

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

*El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba. (El texto subrayado fue declarado **NULO** mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012).*

**Parágrafo transitorio. Modificado por el art. 1º del Decreto 4968 de 2007.** *La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses,*

término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada<sup>18</sup>.

**Artículo 9º.** De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en casos de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

---

<sup>18</sup> Este párrafo a su vez, fue suspendido mediante medida cautelar proferida por el Honorable Consejo de Estado, en auto del 5 de mayo de 2014, proferido en el proceso seguido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de dicha Corporación, Sección Segunda, Subsección B, Radicación: 11001-03-25-000-2012-00795-00(2566-12) Actor: IVÁN ALEXANDER CHINCHILLA ALARCÓN. Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en cuya parte resolutive textualmente se dice: "... RESUELVE: Declárase la suspensión provisional de los apartes acusados del artículo 1º del Decreto No. 4968 de 2005 "por el cual se modifica el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1º de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007" y la Circular No. 005 de 23 de julio de 2012 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC...", resultando que los apartes acusados son (aparte subrayado), según la misma providencia: "1. Los apartes pertinentes, los cuales se subrayan, del artículo 1 del Decreto 4968 de 27 de diciembre de 2007 " Por el cual se modifica el artículo 8 del Decreto 1227 de 2005 " Artículo 1º. Modificase el párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1º de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así: "Párrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

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

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

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

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

*Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.*

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

De donde puede concluirse, que los nombramientos provisionales, sólo podrán ser declarados insubsistentes, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado, motivación que debe efectuarse en los términos que atrás quedaron descritos.

Ahora bien, antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004, el nombramiento en provisionalidad -ante la imposibilidad de realizar encargo-, tenía unos términos específicos señalados en la ley y de manera general, se producía mientras se surtía el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera (art. 8º y s.s. Ley 443 de 1998). Sin embargo, las normas reglamentarias autorizaban separar del empleo a tales servidores de manera discrecional (arts. 107 del decreto 1950 de 1973 y 7º del 1572 de 1998).

La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales, al señalar que éstos no pueden superar los seis (6) meses legales de duración, plazo dentro del cual, se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales, hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

Así, conforme al artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909, “Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento

*provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado*". Esta disposición modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado, en causas que lo justifiquen.

#### **2.4. Caso en concreto.**

En el presente asunto, el A-quo, declara la nulidad del Decreto No. 0036 del 5 de febrero de 2016, a través del cual, se declaró insubsistente el nombramiento provisional de la señora Ruth Méndez Mercado, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01, adscrito a la planta de personal del Municipio de Colosó – Sucre; y en consecuencia, ordena su reintegro y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir.

El ente demandado recurre la anterior decisión, señalando, que contrario a lo dilucidado por el A-quo, las causales mencionadas en la Sentencia SU-917 de 2010 no son taxativas; y que la desvinculación de un empleado provisional, con ocasión al vencimiento del término de 6 meses del nombramiento, se erige como una causal suficiente para la motivación del acto de insubsistencia, situación que fue tomada por la Alcaldía de Colosó, Sucre, para la expedición del Decreto 0036 de 2016.

Señala, que la decisión tomada también tuvo como fundamento el hecho de que se realizó una convocatoria para proveer el cargo por méritos, en la que no existe pruebas de que la demandante hubiere participado y que ante la falta de inscritos, terminó siendo declarada desierta por la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC, entre otras razones, no menos importantes.

Atendiendo a lo antes anotado, esta Sala entra a estudiar la procedencia o no de la declaratoria de insubsistencia, toda vez que como fue puntualizado, la facultad discrecional de la administración puede ser controvertida, quebrantándose la presunción de legalidad que inspira el acto de declaratoria de insubsistencia, eventualidad estrechamente

relacionada, en el presente caso, con la causal de falsa e indebida motivación.

Pues bien, del caudal probatorio que reposa en el proceso, se destaca lo siguiente:

-. Mediante Decreto No. 024 de mayo 16 de 2007<sup>19</sup>, el Alcalde del Municipio de Ovejas, Sucre, nombró en provisionalidad a la señora RUTH MÉNDEZ MERCADO, en el cargo de Ayudante, Código 472, Grado 01.

-. La señora RUTH MÉNDEZ MERCADO, tomó posesión del aludido cargo el día 16 de mayo de 2007<sup>20</sup>.

-. Según Decreto 039 del 19 de junio de 2015, *"Por el cual se establece la planta de personal de la Alcaldía Municipal de Colosó - Departamento de Sucre"* <sup>21</sup>, el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01, hace parte del nivel asistencial de la entidad.

-. Según Decreto 048 del 1º de abril de 2016, *"Por el cual se adopta la Planta de Personal de la Alcaldía Municipal de Colosó -Sucre y se dictan otras disposiciones"* <sup>22</sup>, el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01, hace parte del nivel asistencial de la entidad.

-. Mediante Resolución No. 2632 del 9 de septiembre de 2010<sup>23</sup>, la Comisión Nacional del Servicio Civil declaró desierto el concurso para los empleos ofertados en la Convocatoria No. 001 de 2005, para los cuales ningún concursante se inscribió, entre ellos, el relacionado con el cargo de Auxiliar de Servicios Generales, Código 470, Grado 01.

---

<sup>19</sup> Folio 22 del cuaderno de primera instancia.

<sup>20</sup> Folio 23 del cuaderno de primera instancia.

<sup>21</sup> Folios 46 - 50 del cuaderno de primera instancia.

<sup>22</sup> Folios 51 - 57 del cuaderno de primera instancia.

<sup>23</sup> Folios 110 - 113 del cuaderno de primera instancia.

- A través del Decreto 0036 - 2016, de fecha 5 de febrero de 2016, el Alcalde Municipal de Colosó, Sucre<sup>24</sup>, declaró insubsistente el nombramiento provisional de la señora RUTH MÉNDEZ MERCADO, en el empleo de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470, grado 01.

En sus consideraciones, se dijo:

*"/.../ Que, el Municipio de Colosó (Ricaurte) - Sucre, participó en la Convocatoria Pública No. 001 de 2005, para lo cual reportó a la Oferta Pública de Empleos de Carrera - OPEC- de la mencionada Convocatoria, un total de treinta y nueve (39) empleos vacantes, dentro de estos el empleo de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 - Grado 01, correspondiéndole a este empleo en el desarrollo de la Convocatoria No. 001 de 2005, el Código 38868 -- Etapa 3 —Grado 1*

*Que, la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, mediante la Resolución No. 2632 del nueve (9) de septiembre de 2010..., respecto del cargo de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 - Grado 01, ofertado por el Municipio de Colosó (Ricaurte)-Sucre, dispuso lo siguiente:*

*/.../*

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.** *Declarar desierto el concurso para los empleos ofertados en la Convocatoria No. 001 de 2005 para los cuales ningún concursante se inscribió, según la siguiente relación:*

NIT	ENTIDAD	EMPLEO	PRUEBA	DENOMINACION	CÓDIGO	GRADO	No. DE VACANTES
89228 0053	Coloso (Ricaurte)	38868	167	Auxiliar de Servicios Generales	470	1	1

**ARTÍCULO TERCERO.** *Los empleos a los cuales se les declara desierto el concurso a través de la presente Resolución, deben ser cubiertos de conformidad con el orden de provisión establecido en el artículo 7 del decreto 1227 de 2005.*

*/.../*

<sup>24</sup> Folios 24 – 31 del cuaderno de primera instancia.

Que, como puede observarse, el cargo en vacancia definitiva de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 - Grado 01, adscrito a la Planta de Personal de la Alcaldía del Municipio de Colosó (Ricaurte) - Sucre, fue debidamente ofertado en el marco de la Convocatoria Pública No. 001 de 2005 y se llevó a cabo el proceso de selección mediante concurso de méritos el cual fue declarado desierto por la Comisión Nacional del Servicio Civil - **CNSC** - mediante acto administrativo que se encuentra en firme y ejecutoriado, porque para dicho concurso **no HUBO INSCRITOS**

Que, acorde con el proveído de la Comisión Nacional del Servicio Civil - **CNSC** -, contenido en el artículo 3° de la Resolución No. 2632 del nueve (9) de septiembre de 2010, el empleo de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470- Grado 01, adscrito a la Planta de Personal de la Alcaldía del Municipio de Colosó (Ricaurte) - Sucre, debió ser provisto **“en el orden de provisión establecido en el artículo 7 del decreto 1227 de 2005”/.../**

Que, pese a la decisión adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil - **CNSC** -, en el sentido de declarar **DESIERTO...** el concurso público adelantado para la selección del empleo de Auxiliar de Servicios Generales... y de que el mencionado acto administrativo fue debidamente publicado en las páginas web de la entidad y del municipio de Colosó - Sucre, la administración municipal..., sin el lleno de los requisitos de ley y sin cumplir con la obligación de volver a convocar un **NUEVO CONCURSO PUBLICO PARA PROVEER EL CARGO VACANTE**, procedió a efectuar el nombramiento provisional, mediante Resolución No. 275 del veintitrés (23) del mes de junio de 2015, a la señora **RUTH MENDEZ MERCADO...**, en el empleo de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 - Grado 01, adscrito a la Planta de Personal de la Alcaldía del Municipio de Colosó- Sucre, que en la práctica es el mismo empleo de Auxiliar de Servicios Generales- Código 470- Grado 01, ofertado por el Municipio de Colosó- Sucre, por estar en vacancia definitiva, en el marco de la Convocatoria Pública No. 001 de 2005.

Que, a todas luces es manifiestamente contraria a la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil - **CNSC**, proferida mediante la Resolución No. 2632 del nueve (9) de septiembre de 2010, la actuación de la administración municipal al hacer un nombramiento provisional a la señora **RUTH MENDEZ MERCADO...**, en el empleo de Auxiliar de Servicios Generales..., por estar en vacancia definitiva, en el marco de la Convocatoria Pública No. 001 de 2005, ya que en virtud de la misma solo procedía la provisión del empleo de conformidad con el orden de provisión establecido en el artículo 70 del decreto 1227 de 2005, **“para el caso, la convocatoria a un concurso de méritos específico para la entidad”**.

Que, la señora **RUTH MENDEZ MERCADO...**, en una clara acción de favorecimiento por parte de la anterior administración municipal de Colosó - Sucre, actualmente desempeña un empleo de carrera al que no ha accedido por méritos y calidades conforme a la Constitución y la Ley

Que, el empleo público de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 - Grado 01, ... es un cargo de **CARRERA ADMINISTRATIVA**, por lo cual el nombramiento en provisionalidad de la señora **RUTH MENDEZ MERCADO...**, debió efectuarse previa la convocatoria un **NUEVO CONCURSO PUBLICO PARA PROVEER EL CARGO VACANTE**, conforme a lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, proferida mediante la Resolución No. 2632 del nueve (9) de septiembre de 2010 y la Ley 909 de 2004 en su artículo 24.../

Que, la normativa citada señala que el ingreso y el ascenso a los cargos de carrera se harán previo cumplimiento de los requisitos que señale la ley, con el fin de establecer los méritos y calidades de los aspirantes mediante un proceso de selección, sin excepción alguna.

Que, de otra parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil - **CNSC** -, mediante la Circular Externa No. 100 - 004 - 2015, de fecha 31 de marzo de 2015, dirigida a los Representantes Legales de las entidades territoriales que se rigen, en materia de carrera administrativa, por la Ley 909 de 2004 o por normas que regulan sistemas específicos de carrera administrativa administrados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, dispuso que:

(...) los representantes legales de las entidades y organismos destinatarios de la presente Circular, deben reportar, a más tardar el día **30 de abril** del presente año, los empleos de carrera que se encuentren en vacancia definitiva, como también la información correspondiente a la contratación de prestación de servicios por persona natural y por persona jurídica a través de la página web del Sistema Único de Información y Gestión del Empleo Público — SIGEP [www.sigep.gov.co](http://www.sigep.gov.co) a través del botón Reporte de Información de la sección Servicios del Portal. (...)

Que, a continuación de lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil -**CNSC**-, mediante la Circular Externa No. 100-005-2015, de fecha 30 de abril de 2015, dirigida a los Representantes Legales de las entidades territoriales que se rigen, en materia de carrera administrativa, por la Ley 909 de 2004 o por normas que regulan sistemas específicos de carrera administrativa administrados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, amplió el plazo dispuesto para la rendición del informe solicitado en la Circular Externa No. 100-004-2015, hasta el día **viernes 22 de mayo de 2015**

Que, recientemente, la Comisión Nacional del Servicio Civil - **CNSC** -, por intermedio de la Coordinadora de la División de Provisión de Empleo Público, Dra. **JESSICA ANDREA ANGULO DIAZ**, dio respuesta a un derecho de Petición incoado por el Dr. **ARNULFO FRANCISCO BORJA ÁLVAREZ**, en su calidad de Coordinador de la Comisión de Empalme de la Administración Entrante 2016 - 2019, respecto de las vacantes definitivas y nombramientos provisionales vigentes de la Alcaldía Municipal de Colosó - Sucre, así:

“Siendo así, una vez revisada la base de datos de esta Comisión Nacional, no se ha encontrado reporte alguno remitido por la ALCALDIA MUNICIPAL DE COLOSO –SUCRE, donde manifieste nombramientos en provisionalidad y/o prorrogas de estos mismos” (Sic)-

Que, mediante Acta de Empalme de fecha Diciembre dieciséis (16) suscrita por los Drs. **LUIS SALCEDO NARVAEZ**, Jefe de Control Interno de la Alcaldía Municipal de Colosó - Sucre y Jefe de la Comisión de Empalme de la Administración Municipal Saliente, y **ARNULFO FRANCISCO BORJA ÁLVAREZ**, Jefe de la Comisión de Empalme de la Administración Municipal Entrante, se dejó constancia que: pese a los reiterados requerimientos y advertencias hechas por la Oficina de Control Interno, sobre las notorias irregularidades en lo referente a la prolongación de los nombramientos provisionales efectuados en administraciones anteriores, la no provisión de vacantes definitivas con arreglo a la ley, efectuar nuevos nombramientos provisionales sin la observancia de las disposiciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el incumplimiento de los reportes exigidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la falta de actualizaciones en las hojas de vida de los empleados del Municipio y su comunicación al Registro Único de Carrera Administrativa, no hubo actuaciones por parte de la Administración Municipal encaminadas a corregir o subsanar tales anomalías” (Sic)

Que, es evidente que, la administración municipal saliente de Colosó - Sucre, no dio cumplimiento a los mandatos de la Comisión Nacional del Servicio Civil - **CNSC** -, en materia de vacancias definitivas de cargos de carrera administrativa y nombramientos provisionales, constituyendo ello una conducta omisiva con la cual, además de haber sido permisiva la Representante Legal del Municipio, otorgó una estabilidad laboral plena a la funcionaria a la que se refiere el presente acto administrativo, contrariando así las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la administración del recurso humano en los entes territoriales sujetos a las disposiciones de la Ley 909 de 2004

Que, actualmente, la señora **RUTH MENDEZ MERCADO**..., en razón a actualizaciones efectuadas mediante el Decreto No. 039 del diecinueve (19) del mes de junio de 2015 (Planta de Personal) y la Resolución No. 216 del dieciocho (18) del mes de junio de 2015

*(Manual de Funciones y Requisitos del Municipio de Colosó (Sucre), se encuentra desempeñando el cargo de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 - Grado 01 de la Planta Global del Municipio de Colosó - Sucre, que en la práctica sigue siendo el mismo cargo de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 - Grado 01, que el municipio de Colosó (Ricaurte)- Sucre ofertó por vacancia definitiva en la Convocatoria Pública No. 01 de 2005.*

-. Certificación de fecha 20 de abril de 2016<sup>25</sup>, suscrita por el Secretario de Gobierno y del Interior del Municipio de Colosó, Sucre, en la que se indica que la señora RUTH MÉNDEZ MERCADO, estuvo vinculada laboralmente a la Alcaldía Municipal de Colosó en provisionalidad, nombrada mediante Decreto No. 024 de Mayo 16 de 2007, desempeñando el cargo de **Ayudante** - Código 472 - Grado 01. Posteriormente, fue nombrada mediante Resolución No. 275 del 23 de Junio de 2015, en provisionalidad, en el Cargo de **Auxiliar de Servicios Generales**, Código 470 - Grado 01, hasta el día 5 de febrero de 2016.

Atendiendo al anterior recuento probatorio y a los argumentos del recurso de apelación<sup>26</sup>, esta Sala es del concepto, que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada, por cuanto el acto demandado se encuentra indebidamente motivado, en atención a las siguientes razones:

De la lectura del acto acusado se extrae, que las consideraciones esbozadas para declarar insubsistente a la hoy demandante, se resumen en el incumplimiento a lo dispuesto por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la Resolución No. 2632 del 9 de septiembre de 2010, en la que se indicó que empleos a los cuales se les declaró desierto el concurso (Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 - Grado 01), debían ser cubiertos de conformidad con el orden de provisión establecido en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005.

---

<sup>25</sup> Folio 58 del cuaderno de primera instancia.

<sup>26</sup> Aclara la Sala, que desata el recurso de apelación, bajo el entendido de alegarse inexistencia de falsa motivación en el acto administrativo demandado, conforme los cargos formulados en la demanda, más no, con los adiconantes que las partes traen en la segunda instancia y que ya fueron referidos en el acápite respectivo, pues, aceptarlo así, es afectar el principio de congruencia interna del proceso, al modificar lo tratado en primera instancia, luego de haberse proferido sentencia en la misma.

También se dice en el acto cuestionado, que el referido empleo, es un cargo de carrera, por lo cual el nombramiento en provisionalidad de la actora debió efectuarse previa convocatoria a un nuevo concurso público para proveer el cargo vacante, conforme a lo ordenado por la CNSC. Además que, en una clara acción de favorecimiento por parte de la anterior administración municipal de Colosó, Sucre, la demandante actualmente desempeña un empleo de carrera al que no ha accedido por méritos y calidades conforme a la Constitución y la Ley.

Nótese que expresamente, el acto administrativo demandado, no hace referencia al vencimiento del período de seis (6) meses, como causal para desvincular a un provisional, por lo que se itera, el respeto a la congruencia interna del proceso implica, que dicho tema, solo pueda ser tratado desde el punto de vista de la falsa motivación y no, en su contenido legal, esto es, analizando si resulta aplicable dicho término legal en este caso.

Pues bien, las referidas consideraciones esbozadas en el citado acto, **no** son válidas para declarar insubsistente a la hoy demandante, pues, tal como lo consideró al A-quo, las mismas no se encuentran dentro de las causales constitucionales y legales para declarar insubsistente a un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que la facultad de retiro es reglada, por lo que para ejercerla deben mediar los requisitos que para el efecto ha fijado la ley.

Así, el Parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, señala que *“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”*.

En ese sentido, el aludido *“incumplimiento a los mandatos de la Comisión Nacional del Servicio Civil”*, a más de no ser una causal de retiro para empleados provisionales, no es una omisión atribuible a la demandante para efectos de justificar su desvinculación.

Y si bien no concurre alguna de las causales previstas en el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005<sup>27</sup>, lo cierto es, que mientras no se lleve a cargo el concurso de mérito y se provea el cargo de manera definitiva u ocurra cualquier circunstancia objetiva que imposibilite la continuidad de la empleada en sus funciones, no es dable desvincularla y menos aún, por las razones esbozadas en el acto demandado.

Por otro lado, tampoco es de recibo que el retiro de la demandante se justifique bajo el argumento de que la anterior administración municipal de Colosó, Sucre, la favoreció a nombrándola en un empleo de carrera al que no había accedido por méritos y calidades conforme a la Constitución y la Ley.

Frente a lo anterior, se señala que el nombramiento al aludido cargo no podía ser por mérito, pues, es claro que el mismo estaba vacante en razón a que el concurso que convocó a su provisión fue declarado desierto. Y el hecho de que la demandante, no hubiese participado en la respectiva convocatoria, no es óbice para que no fuera nombrada en provisionalidad, lo cual solo dependía de que se reunieran los requisitos necesarios para tal

---

<sup>27</sup> **"ARTÍCULO 7º.** Modificado por el art 1, Decreto Nacional 1894 de 2012. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

7.1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.

7.2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

7.4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente para el cargo y para la entidad respectiva.

7.5. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles vigente, resultado de un concurso general.

7.6. Con la persona que haga parte del Banco de Lista de Elegibles, de acuerdo con el reglamento que establezca la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

**PARÁGRAFO 1.** Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004".

efecto, esto es, que el cargo este vacante, que no pueda ser cubierto por otro empleado de la administración y que las calidades del postulante al empleo sean las que se exigen en la ley y los manuales de funciones.

En relación a las calidades para ejercer el cargo, se advierte que es una simple expresión que no fue fundamentada en el acto de desvinculación y tampoco se advierte en el plenario, que la demandante no cuente con las condiciones requeridas para su ejercicio, máxime, si se considera los años de experiencia que tenía la señora Ruth Méndez al servicio de la entidad, para la fecha en que se hizo su último nombramiento.

Ahora, en sede de apelación argumenta la entidad demandada, que la desvinculación de un empleado provisional, con ocasión al vencimiento del término de 6 meses del nombramiento, se erige como una causal suficiente para la motivación del acto de insubsistencia, situación que es tomada por la Alcaldía de Colosó, Sucre, para la expedición del Decreto 0036 de 2016.

En relación a este aspecto, además de la advertencia que se hizo anteriormente, se avizora de la lectura del Decreto 0036 – 2016, que tal aspecto ni siquiera fue considerado como motivo de la decisión administrativa. Al efecto, en el acto administrativo cuestionado, se dijo lo siguiente:

*“Que, el empleo público de Auxiliar de Servicios Generales - Código 470 - Grado 01, adscrito a la Planta de Personal de la Alcaldía del Municipio de Colosó – Sucre, en virtud de lo previsto en los artículos 125 y 5º de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, respectivamente, es un cargo de **CARRERA ADMINISTRATIVA**, por lo cual el nombramiento en provisionalidad de la señora **RUTH MENDEZ MERCADO**..., debió efectuarse previa la convocatoria un **NUEVO CONCURSO PÚBLICO PARA PROVEER EL CARGO VACANTE**, conforme a lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, proferida mediante la Resolución No. 2632 del nueve (9) de septiembre de 2010 y la Ley 909 de 2004 en su artículo 24 del siguiente tenor literal:*

**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”.*

De la anterior lectura se extrae, que si bien fue citada la norma referente al encargo por el término de seis (6) meses, lo cierto es, que ello se hizo en justificación a que el nombramiento de la demandante “debió efectuarse previa convocatoria a un nuevo concurso público para proveer el cargo vacante, conforme a lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Ley 909 de 2004, en su artículo 24.

Tan es así, que luego de citada la norma, se dice:

*“Que, la normativa citada señala que el ingreso y el ascenso a los cargos de carrera se harán previo cumplimiento de los requisitos que señale la ley, con el fin de establecer los méritos y calidades de los aspirantes mediante un proceso de selección, sin excepción alguna”.*

Es de advertirse, que en la parte motiva del acto administrativo demandado no se hace un análisis concreto y justificado de la desvinculación de la accionante, por haber vencido el término de los seis (6) meses del “encargo” y/o que la demandante no tenía idoneidad para continuar en su ejercicio; lo cual conduce de inmediato, a que los cargos de apelación

sean desechados, ya que ese aspecto, no hizo parte fundamental de la motivación del acto de insubsistencia.

Conforme lo expuesto, la decisión de primera instancia, que declaró la nulidad del acto acusado y ordenó el respectivo restablecimiento, debe ser confirmada, conforme lo antes expuesto.

### **3. Condena en costas - segunda instancia -.**

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas de segunda instancia, a la parte demandada y liquídense de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia adiada 26 de abril de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia, a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C. G. del P.

**TERCERO: ACÉPTESE** la renuncia de la Doctora INGRID MARÍA MARTÍNEZ TORREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.897.768 de Colosó,

Sucre y Tarjeta Profesional No. 22.897.768 del C. S. de la J.<sup>28</sup>, como apoderada de la entidad demandada.

**CUARTO: RECONÓZCASE** personería para actuar a la Doctora LADY DIANA MORENO ROSA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 23.182.290 de Sincelejo, Sucre y Tarjeta Profesional No. 252.206 del C.S. de la J.<sup>29</sup>, como apoderada judicial del Municipio de Colosó, Sucre, en los términos del poder conferido obrante a folio 23 del cuaderno de segunda instancia.

**QUINTO:** Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

**NOTIFIQUÉSE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobada en sesión ordinaria de la fecha, Acta No. 0122/2019

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

**ANDRÉS MEDINA PINEDA**  
(Ausente con justificación)

---

<sup>28</sup> Consultados los antecedentes disciplinarios de la apoderada judicial, no se encontró registro alguno. Cfr.

<<http://antecedentesdisciplinarios.ramajudicial.gov.co/antecedentes/Default.aspx>>.

Fecha de consulta 28/08/2019, hora: 11:05.

<sup>29</sup> Consultados los antecedentes disciplinarios de la apoderada judicial, no se encontró registro alguno. Cfr.

<<http://antecedentesdisciplinarios.ramajudicial.gov.co/antecedentes/Default.aspx>>.

Fecha de consulta 28/08/2019, hora: 11:09.