REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, once (11) de junio de dos mil quince (2015)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	0-001-33-33-001-2013-00170-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Actor	DONALDO GIL PÉREZ GONZÁLEZ
Demandado	MUNICIPIO DE COVEÑAS
Instancia	SEGUNDA
Tema	INSUBSISTENCIA DE PROVISIONAL – ACTO QUE DECLARA INSUBSISTENTE AL EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD ES NULO POR CUANTO, EL RETIRADO SE ENCONTRABA EJERCIENDO OTRO CARGO DISTINTO DE AQUEL CONSIDERADO EN LA RESOLUCIÓN DEMANDADA E INVOCANDO UN NOMBRAMIENTO POR CONCURSO DE MÉRITO QUE NO EXISTIÓ.

SENTENCIA No. 035

I. ASUNTO A DECIDIR

Decide la Sala, la apelación formulada por la parte demandada, contra la sentencia del 15 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones en el sistema oral, mediante la cual se conceden las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda[1].

DONALDO GIL PÉREZ GONZÁLEZ, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó por intermedio de apoderado judicial al MUNICIPIO DE COVEÑAS, pretendiendo que se declare la nulidad de la Resolución Nº 0008 de enero 22 de 2013, por la cual se le declaró insubsistente del cargo de Inspector Central de Policía y Tránsito, código 04, grado 405 de aquella localidad.

Como consecuencia de aquella declaratoria, requiere el reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría y remuneración, así como al pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejados de percibir, desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo su reintegro.

2.2. Los fundamentos de hecho[2].

La Sala los sintetiza a continuación, así:

Indica que, ingresó a la administración municipal en el cargo de inspector central de policía y tránsito, código 04, grado 405, mediante Decreto 007 del 11 de enero de 2006.

Posteriormente se le traslada en encargo al de profesional universitario, código 202, grado 03, con funciones de comisario de familia, mediante Decreto 004 de enero 2 de 2007; desempeñándose en las dos actividades con diligencia, respeto y eficiencia.

Precisa que, mediante Decreto 0008 de enero 22 de 2013, es declarado insubsistente, sin motivación alguna, por cuanto la argumentación que soporta esa decisión, no son, razonables ni admisibles.

Alega la falsa motivación, por cuanto el acto de nombramiento no fijó fecha de terminación de la provisionalidad y desviación de poder.

[1] Las pretensiones se encuentran a folio 3. Cdno 1.
[2] Folios 1 a 3. Cdno 1.

2.3. Recuento procesal.

La demanda se presentó el 19 de julio de 2013[3], inicialmente inadmitida[4]; para luego ser admitida por auto del 23 de agosto de 2013[5], notificada a la parte demandada[6] y al Ministerio Público[7]; se realizó la audiencia inicial el 6 de mayo de 2014 –f. 165 a 169 Cdno 1-, en donde se ordenó la práctica de pruebas; más tarde, el 18 de junio de esa misma calenda se llevó a cabo la audiencia de pruebas[8]; ordenando correr traslado para alegar por escrito; el 15 de octubre de 2014, se profirió sentencia.

2.4. Contestación de la demanda.

2.4.1. El Municipio de Coveñas[9], a través de apoderado judicial y dentro del término de traslado presentó contestación a la demanda, quien en el mismo orden de los hechos de la demanda, indica que el señor PÉREZ GONZÁLEZ, estuvo vinculado a la administración municipal provisionalmente, lo cual no le generaba ninguna clase de estabilidad.

En cuanto a las pretensiones se opone a cada una de ellas, por carecer de sustento fáctico y jurídico; dado que tal como lo establece la Ley 909 de 2004.

Excepciona (i) Inexistencia de causa para pedir.

2.5. La sentencia recurrida[10].

El Juez de primera instancia resolvió conceder las pretensiones de la demanda; para llegar a esa decisión, indicó que, en el acto de insubsistencia, se indican una serie de normas, se señala la justificación de la forma de provisión de empleos de nombramientos en provisionalidad, así como el término previsto en la ley para su duración, sin embargo adolece de entrar a analizar en forma concreta las razones que justifican la decisión de insubsistencia del actor.

---

[3] Acta de Reparto de Oficina Judicial obrante a folio 115. Cdno 1.
[4] Folio 117 Cdno 1.
[5] Folio 129 ibídem.
[6] Folios 133 ib, a través de correo electrónico el 28 de noviembre de 2013.
[7] Folio 133 ib, a través de correo electrónico el 28 de noviembre de 2013.
[8] Folios 216 a 218 Cdno 2.
[9] Folios 140-142 ib.
[10] Folios 220-230 Cdno 2.

Igualmente, precisó que, el acto acusado se hace mención de la figura del encargo, situación administrativa ajena a las circunstancias del actor al momento de su desvinculación, como también se manifiesta que, se declara insubsistente del cargo de Inspector Central de Policía y Tránsito Código 04, Grado 405, cuando éste no ejercía dicho cargo; por lo que concluyó que, el citado acto no propende por el buen servicio; puesto que su motivación va encaminada a establecer lo que es la vinculación provisional de una manera general y abstracta, siendo deficiente; sin expresar las razones claras y concretas que justificaran la declaratoria de insubsistencia; como tampoco razones de orden subjetivo relacionadas con un perfil no idóneo para el desempeño del cargo, en contraposición a un posible reemplazo.

2.6. El recurso de apelación[11].

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, la parte demandada interpuso contra aquél pronunciamiento, recurso de apelación, en el que refiere que aun cuando el consejo de estado, indica que el empleado en provisionalidad se asemeja a uno de libre nombramiento y remoción, el cual no requiere motivación alguna el acto que lo declara insubsistente, en el caso del señor DONALDO PÉREZ, se motivó la Resolución 0008/2013, lo anterior, teniendo como fundamento legal, los artículos 24 y 25 de la ley 909 de 2004; el decreto 1937 de 2007 y el decreto 1227 de 2005; por lo que requiere la revocatoria de la sentencia recurrida; para lo cual hace referencia de apartes de la jurisprudencia del H. Consejo de Estado.

2.7. Actuación en segunda instancia.

Mediante auto del 23 de febrero de 2015 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2014[12]; por auto del 6 de marzo de 2015 se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión[13].

2.8. Alegatos de conclusión.

2.8.1. De la parte demandante.

La parte actora no presentó alegaciones finales.

---

[11] Folios 236- 239 Cdno. 2.
[12] Folio 4 C. Alzada.
[13] Folio 13 C. Alzada.

2.8.2. De la parte demandada[14]

En esta oportunidad, el demandado volvió sobre lo que fue la argumentación del recurso de apelación.

2.8.3. Ministerio Público.

El representante del Ministerio Público ante esta Corporación, no hizo pronunciamiento alguno sobre el tema.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Con fundamento en lo preceptuado en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso aquí interpuesto.

3.1. Problema jurídico.

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará el siguiente problema jurídico:

3.1.1. *¿Existe falsa motivación en el acto administrativo que declara la insubsistencia del señor DONALDO GIL PÉREZ GONZÁLEZ del cargo de inspector de policía y tránsito y de comisario de familia del Municipio de Coveñas; o por el contrario, aquel está conforme a derecho?*

Antes de iniciar a desarrollar lo que es el fundamento de la revocatoria de la sentencia objeto de revisión, y lo que es el mérito del sub examine, se hará alusión como hilo conductor a lo previsto por el legislador, en la Ley 909 de 2004, y sus decretos reglamentarios, dado que su recuento, logrará al final mostrar lo que es el resultado del caso en concreto.

[14] Folios 20-25 C. Alzada.

3.3. Normatividad de la carrera administrativa, el encargo y la provisionalidad en Colombia[15].

La Carta Política de 1886, en su Título V, incluyó varias disposiciones relativas a las reglas generales sobre el acceso, organización y administración del servicio público y sobre quienes se vincularan laboralmente al mismo; de hecho, así se extrae de los artículos 62, 122 a 131; de allí que, el fundamento de la administración pública, descanse en la carta política.

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 2°, 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 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,

[15] 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 Nº 15001-23-31-000-2001-00354-01 (0319-08)

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.

Es así como **la Ley 909 de 2004** señala en su artículo 1°, 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 periodo fijo y temporales hacen parte de la Función Pública. En su artículo 3° describe en forma taxativa sus destinatarios.

En el artículo 4° 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 periodo 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 Parágrafo 2° 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.

El artículo 42 establece las causas por las cuales se pierden los derechos de carrera, dentro de las que se encuentran el retiro, por las causales previstas en el artículo anterior y la posesión en cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado comisión. Señala que no se pierden los derechos de carrera si el empleado toma posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.

Se resalta que el artículo 56 establece la posibilidad de que los provisionales puedan concurrir a concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer cargos de carrera en forma definitiva, a quienes se les reconocería la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio, pero dicha disposición fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-733 de 2005.

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 1°, 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 corresponde a los empleos de carácter permanente. Como lo informa su artículo 4°, 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 3°, 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 8° 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 9° 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 7° Decreto 1572 de 1998, pero agregando que la resolución debe ser motivada.

Empero, estas disposiciones fueron suspendidas provisionalmente por el H. Consejo de Estado[16], en providencia del 5 de mayo de 2014; por considerar entre otras cosas que,

[16] 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)

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 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 especifica 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 últimas[17], por

---

[17] 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;

cuanto el Decreto 4968 de 2007, crea procedimientos y trámites adicionales para la provisión de empleos públicos en las modalidades en encargo y de provisionalidad, además de establecer las prorroga 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 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 (…)".

---

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".*

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.

El Decreto 3905 de 2009 fue expedido por el Presidente en uso de las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 Superior y la Ley 909 de 2004, a fin de reglamentarla en lo concerniente al derecho a la pensión de jubilación que le asiste a quienes fueron nombrados en provisionalidad en empleos vacantes del sistema general, específico y especial del sector Defensa en forma definitiva antes del 24 de septiembre de 2004 y que les faltaren 3 años o menos para causar dicho derecho.

De la situación del Empleado Provisional

Encuentra la Sala que de conformidad con el recuento normativo que antecede, 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 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 5° 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 4°, 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 3° 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 2° 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 8°, 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 de los artículos 5°, 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 7°, 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.

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 tome 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.

3.6. Hechos probados.

En el sub lite está acreditado que, el señor DONALDO GIL PÉREZ GONZÁLEZ se vinculó en el cargo de Inspector Central de Policía y Tránsito, código 04, Grado 405 del municipio de Coveñas; mediante Decreto 007 de enero 11 de 2006[18]; posteriormente, mediante Decreto 004 de enero 2 de 2007, se ordena un traslado[19], para ocupar el cargo de Profesional Universitario, Grado 03, Código 202, con funciones de Comisario de Familia[20]; tomando posesión del mismo[21].

Luego, a través de la Resolución N° 08 de enero de 2013[22], se declaró insubsistente al señor PÉREZ GONZÁLEZ del cargo que viene de mencionarse, con lo cual se la desvinculó del servicio.

3.7. Caso concreto.

En el sub lite, pretende la parte demandada la revocatoria de la sentencia de primera instancia, que declaró la nulidad de la Resolución N° 008 de enero 22 de 2013.

---

[18] Ver, copia auténtica a folio 46; posesionado el 11 de enero de 2006, folio 47.
[19] A voces del mismo demandante en "Encargo", ver numeral 1.3 de los hechos de la demanda, folio 2 Cdno 1.
[20] Ver, en copia auténtica, a folio 44.
[21] Ver, en copia auténtica, a folio 45; en donde se indica que se posesiona en "provisionalidad.
[22] Ver, en copia auténtica, a folios 39 a 41 Cdno 1.

A ese respecto, por metodología y para determinar las especificidades del caso, se permitirá la Sala practicar el examen de legalidad del acto administrativo en virtud del cual fue declarado insubsistente el señor DONALDO GIL PÉREZ, atendiendo en orden los cargos que por violación se endilgan contra el mismo, y del cual alega el recurrente estar conforme a derecho; para así determinar, sí se motivó o no el acto de desvinculación y sí éste a la vez está conforme a la ley y la jurisprudencia como lo manifiesta el apelante; por cuanto esto, delimitan su revisión[23]:

De la motivación del acto de insubsistencia.

A partir del 18 de abril de 2007 y en virtud de la sentencia C-279 de la Corte Constitucional por la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, "Estatuto Orgánico de la Fiscalía", los retiros del servicio por declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales, deberán ser motivados por razones del servicio específicas, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida.

De allí que no le asista razón al recurrente en lo que hace a la no motivación del acto administrativo que declara insubsistente a un empleado vinculado de manera provisional; puesto que a partir del año 2007, es requisito del acto de desvinculación, que este se encuentre motivado, aun cuando haya sido vinculado de manera transitoria.

Como quiera que la Resolución por medio del cual se declara insubsistente el señor PÉREZ GONZÁLEZ, data del 22 de enero de 2013; éste al momento de decidir sobre su desvinculación debía establecer los motivos por el cual se optaba tal resolutiva.

Con todo, se advierte que, como el demandado alega estar debidamente motivado el acto de retiro, se volverá sobre el mismo.

Se obtiene del expediente lo siguiente:

El señor DONALDO GIL PÉREZ, se desempeñaba en el cargo de Inspector de Policía, cuando en su decir –hecho 1.3.-, lo encargaron como Comisario de Familia; los dos actos de nombramiento y posesión para las susodichas decretos, señalan:

[23] Ello por cuanto, conforme al artículo 328 del C. General del Proceso, aplicable por remisión del 306 de CPACA, *"El juez de segunda instancia deberá pronunciarse* ***solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante****, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley."* Salvo, *"cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones."*

Cargo: Inspector Central de Policía y Tránsito – Código 04. Grado 405. (f. 46)	**Cargo: Profesional Universitario Grado 03, Código 202; con funciones de Comisario de Familia. (f. 44 Cdno 1).**
DECRETO Nº - 007 **"POR MEDIO DEL CUAL SE ACEPTA LA RENUNCIA DE UN CARGO Y SE PROVEE POR NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD"** **EL ALCALDE DE COVEÑAS**, en uso de las facultades que vienen impartidas por el Artículo 315 de la Constitución Política y el Literal "D", Numeral 2º del Artículo 91 de la Ley 136 de 1.994.- **DECRETA** **ARTÍCULO PRIMERO:** Aceptar la Renuncia presentada por la Señora: LEIDY DEL CARMEN TIRADO MORALES, portadora de la C.C. Nº 23'215.323 de Tolú-Sucre, quien se venía desempeñando en el cargo de: INSPECTORA CENTRAL DE POLICÍA Y TRÁNSITO – CÓDIGO 04.- GRADO 405 del Municipio de Coveñas-Sucre. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior se nombra en provisionalidad en el cargo de INSPECTOR CENTRAL DE POLICÍA Y TRÁNSITO – CÓDIGO 04.- GRADO 405 del Municipio de Coveñas-Sucre, a DONALDO GIL PÉREZ GONZÁLEZ, identificado con la C.C. Nº: 92'228.092 de Tolú-Sucre. **ARTÍCULO TERCERO:** Oficiar a la Jefatura de Recursos Humanos o de Personal para que implemente lo necesario a efectos de darle posesión del cargo, previa anunciación por parte del nominad de cumplir con eficiencia los requisitos a que se sustrae el nombramiento y en especial lo concerniente a la inhabilidad que para tal caso debe exhibir la correspondiente declaración rendida ante autoridad competente. **ARTÍCULO CUARTO**: Este Decreto rige desde la fecha de su expedición. (…)"	**DECRETO Nº - 004** **"POR EL CUAL SE ORDENA Y SE HACE UN TRASLADO DE ASCENSO DE UN SERVIDOR PÚBLICO DEL MUNICIPIO DE COVEÑAS Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"** **EL ALCALDE DE COVEÑAS**, con fundamento en el Artículo 315 de la Constitución Política y el Literal "D", Numeral 2º del Artículo 91 de la Ley 136 de 1.994.- **CONSIDERANDO** *Que la administración vinculó al Dr: **DONALDO GIL PÉREZ GONZÁLEZ**, identificado con la C.C. Nº. 92'228.092 de Tolú-Sucre, en el cargo de INSPECTOR CENTRAL DE POLICÍA Y TRÁNSITO, GRADO 02-CÓDIGO 303 del Municipio de Coveñas.- Cargo al cual fue designado en provisionalidad. *Que el mencionado Profesional ha venido desempeñándose con lujo de competencia en el aludido cargo y que atendiendo su perfil profesional en asocio con la experiencia acumulada en el cargo anunciado, se ha decidido **trasladarlo** de manera vertical y por lo mismo a un cargo de nivel y remuneración para el mejoramiento de la función pública. *Que fundamentado en las facultades que le asisten a la administración en cabeza de su Alcalde se: **DECRETA** **ARTÍCULO PRIMERO:** Hacer, ordenar y consumar el **traslado** del servidor Público Dr: **DONALDO GIL PÉREZ GONZÁLEZ**, identificado con la C.C. Nº. 92'228.092 de Tolú-Sucre, al cargo de: PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO 03, CÓDIGO 202, con funciones de Comisario de Familia del Municipio de Coveñas, **también en en provisonalidad** y todo conforme a lo indicado en los considerandos. **ARTÍCULO SEGUNDO:** Oficiar a la Secretaría General, Administrativa y de Gobierno del Municipio de Coveñas, que funge de Jefe de Recursos Humanos o personal, para que implemente los mecanismos necesarios a fin de legitimar la decisión tomada. Igualmente **ARTÍCULO TERCERO**: Este Decreto rige desde la fecha de expedición. (…)"

En el acta de posesión para los dos cargos se dejó establecido que era en "PROVISIONALIDAD" –(f. 45 y 47)-; dando a entender que el mentado "traslado", llevaba incita la renuncia del cargo de Inspector Central de Policía de aquella municipalidad.

Con todo, para mayor entendimiento de las partes, se establecerá que se debe entender por traslado, ascenso y que es, un encargo:

El Traslado: Lo previó el Legislador, en el Decreto 1950 de 1973, el cual se procede respecto de empleados de carrera.	**El Ascenso.** Es una forma de escalar el empleado de carrera; el cual ocurrirá solamente por el mérito; es decir, concursando.	**El Encargo:** La ley 909 de 2004, al igual que el Decreto 1950 de 1973, prevén en Encargo como una forma de llenar vacancias temporales; el empleado encargado, debe pertenecerá la carrera administrativa.

Artículo 29º.- Se produce traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares. También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño. Los traslados o permutas podrán hacerse dentro de la misma entidad o de un organismo a otro, con el lleno de los requisitos previstos en el presente Decreto Nacional. Cuando se trate de traslados o permutas entre organismos, la providencia deberá ser autorizada por los jefes de las entidades en donde se produce. Los reglamentos de las carreras especiales, en lo referente a los traslados y permutas, se ajustarán a lo que se dispone en este Decreto Nacional. **Ver: Artículo 73** Decreto Nacional 1042 de 1978 –Refiere sobre los gastos inherentes al traslado- **Artículo 30º.-** El traslado se podrá hacer por necesidades del servicio, siempre que ello no implique condiciones menos favorables para el empleado. Podrá hacerse también cuando sea solicitado por los funcionarios interesados, y siempre que el movimiento no cause perjuicios al servicio. **Artículo 31º.-** El funcionario de carrera trasladado conserva los derechos derivados de ella. **Artículo 32º.-** El empleado trasladado no pierde los derechos de la antigüedad en el servicio. **Artículo 33º.-** Cuando el traslado implique cambio de sede, el funcionario tendrá derecho al reconocimiento y pago de los gastos que demande el traslado conforme a la ley y los reglamentos. **Ver: Artículo 73** Decreto Nacional 1042 de 1978 –Refiere sobre los gastos inherentes al traslado-	El Decreto 1950 de 1973, señala sobre el ascenso: **ARTÍCULO 181**. Para alcanzar estos objetivos, el ingreso a empleos de carrera **y los ascensos se harán exclusivamente con base en el mérito,** mediante concursos u oposiciones; la permanencia en ellos se determinará por calificación de servicios. En ningún caso la fijación política de la persona o consideraciones de otra índole pueden tener influencia alguna. **También se volvió sobre el ascenso en la Ley 909 de 2004.** **ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS.** Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales. Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley. Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley. (el Título V, hace referencia a ingreso al empleo mediante concurso de mérito; artículos 27, 28 y 29,…)	Decreto 1950 de 1973: **DEL ENCARGO** **Artículo 34º.-** Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo. **Ver: Artículo 23** Decreto Nacional 2400 de 1968 **y Decreto Nacional 325 de 1954. Sobre el encargo en comisión de un funcionario.** **Artículo 35º.-** Cuando se trata de vacancia temporal, el encargado de otro empleo solo podrá desempeñarlo durante el término de esta, y en el caso de definitiva hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva. Al vencimiento del encargo, quien lo venía ejerciendo cesará automáticamente en el desempeño de las funciones de éste y recuperará la plenitud de las del empleo del cual es titular, si no lo estaba desempeñando simultáneamente. **Ver: Artículo 23** Decreto Nacional 2400 de 1968 **Artículo 36º.-** El encargo no interrumpe el tiempo para efectos de antigüedad en el empleo de que se es titular, ni afecta la situación de funcionario de carrera. **Artículo 37º.-** El empleado encargado tendrá derecho al sueldo de ingreso señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no deba ser percibido por su titular. **(Ver Decreto Nacional 325 de 1954).** **ARTÍCULO 24. ENCARGO. (Ley 909 de 2004).** 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.

De las normas anteriores, se puede observar que para que se produzca un traslado, ascenso o encargo, el trabajador debe ser uno de aquellos que haya accedido a la administración pública mediante el concurso de mérito; por cuanto, en el traslado y el encargo, el empleado una vez finalice cualquiera de ellos a donde sea remitido temporalmente, podrá volver a su cargo anterior. Otra cosa por la cual se llama la atención es que, los dos son figuras disímiles; esto porque; en el traslado, se deben tener una similitud en los requisitos y en una misma categoría; por su parte el encargo; se realiza de una cargo menor a otro mayor en beneficio del que se encarga; en lo que hace al ascenso, el legislador, preceptuó que este se obtiene mediante el mérito.

En el sub judice, atinente al señor DONALDO GIL PÉREZ, es que una vez vinculado en provisionalidad a la administración municipal demandada, en el cargo de inspector central de policía y tránsito, y realizarse su traslado/ascenso/encargo, a la labor de profesional universitario con funciones de comisario de familia, se le dio la connotación de empleado de carrera, investidura que el funcionario aludido no ostentaba, de tal suerte que, dicho movimiento administrativo nunca debió ejecutarse; puesto que, para poderse llevar a cabo, el citado señor, tenía que renunciar previamente, para poder sí, posesionarse en el de comisario; cosa que no ocurrió, según se puede ver en los antecedentes administrativos adjuntos al plenario –fs 176 a 200 Cdno 1, y 201 a 214 del Cdno 2-.

Por tanto, al momento de dictarse la Resolución N°008 de enero de 2013, y establecer en su artículo 1° que: "***Declárese insubsistente el nombramiento del señor Donaldo***

Gil Pérez González, *identificado con la cédula de ciudadanía número 92.228.092 expedida en Tolú,* ***en el cargo de Inspector Central de Policía y Tránsito, código 04, grado 405,*** *del Municipio de Coveñas y* ***los traslados posteriores*** *(…)" –f.s.39 a 41-.* Lo hizo como si se tratara de un empleado de carrera; no siendo esa la situación del señor PÉREZ GONZÁLEZ.

Se entiende que, desde el momento de la vinculación del DEMANDANTE –año 2006-, hasta la fecha de su insubsistencia –año 2013-, los distintos actos –vinculación e insubsistencia-, fueron expedidos por distintas personas; sin embargo, lo anterior no es óbice, para que se recuerde que, la administración es una sola; por lo que, debe responder como tal por sus actos.

Ahora, el acto administrativo, si estuvo motivado, dado que las normas que establecen la figura de la provisionalidad y del encargo, lo dejan al descubierto como un empleado de hecho, después de pasados los meses que estableció el legislador para el cumplimiento de dichas funciones; empero, lo cierto es que, se resolvió sobre un cargo que ya el señor DONALDO GIL PÉREZ, no desempeñaba; dado que, al momento de realizarse su "traslado" al de Comisario de Familia", se ejecutó en "Provisionalidad" –f. 45-, lo cual no se podía hacer, en principio, por cuanto, mediante Decreto N° 108, del 29 de diciembre de 2006 –fs. 42 y 43-, se creó el citado cargo; de allí que bien podía ser asignado a una persona de carrera administrativa en calidad de encargo o traslado; pero nunca por ascenso; o en su defecto, por una distinta a la administración, mediante la figura provisional, toda vez que su creación lo hacía un cargo vacante definitivo.

Al nombrarse al demandante, como profesional universitario en aquel nuevo cargo, existió un verdadero acto de nombramiento en provisionalidad, tal como se dejó claro en el acta de posesión –f.45-; labor que, se había extendido en el tiempo, de allí que, estaba facultado el ente territorial para declararlo insubsistente motivadamente, pero ajustado a la realidad y no falsamente, como se hizo, pero, del cargo de Profesional Universitario, con funciones de Comisario de Familia; como esto no ocurrió así, se debe reintegrar a dicha labor.

Se atiende también, lo referido en el acto administrativo demandado, de que el actor había participado en el concurso de mérito y no había alcanzado aprobarlo -f. 41 Cdno 1-, para indicar que, la administración en todo lo que fue la primera, y el recorrido de la segunda instancia de este asunto, no aportó prueba de que efectivamente se hubiese convocado a concurso tanto el cargo de inspector central de policía, como el de comisario de familia, sobre los cuales se haya nombrado en propiedad al vencedor del

mismo; lo anterior, toda vez que de ser así, se entendería que la orden de reintegro, no produciría efecto alguno dada las connotaciones del derecho de carrera del empleado que ejerza el cargo; por lo que procedería una indemnización; con todo, está a la vista –fs. 50 a 52 Cdno 1-, que la municipalidad demandada, proveyó en provisionalidad la vacancia de comisario de familia; el cual venía desempeñando el señor PÉREZ GONZÁLEZ, por tanto, se tiene certeza que, el mismo, no ha sido suplido de lista de elegible; constituyéndose esto también en una causal de anulación del acto denominada falsa motivación. Tal afirmación tiene su asidero en el hecho de que el nombramiento de la señora NANCY ALEYDA MARTÍNEZ LÓPEZ, en el cargo de Comisario de Familia del municipio de Coveñas, realizada mediante Decreto No. 009 de 2013 (f. 50 a 51) y del que tomó posesión como consta en acta del 25 de enero de 2013 (f. 52), se reitera fue en provisionalidad, y si hubiese sido por haber aprobado el concurso de mérito de la señora antes mencionada, debió realizarse en periodo de prueba, conforme lo establece el artículo 31, numeral 5°, jamás en una situación distinta; luego de la voluntad de la administración no era darle cumplimiento a las normas que desarrollan el artículo 125 de la Carta Política del 1991, sino desvincular al demandante; en principio, por estar más de seis meses en provisionalidad, y luego por aplicar un concurso que no demostró haber realizado.

Así las cosas, se atenderá la orden de reintegro, tal como se resolvió en la primera instancia.

Todo lo hasta aquí precisado, lleva a establecer que, lo argumentado por el recurrente sobre el acto administrativo de insubsistencia, es parcialmente cierto, dado que el mismo sí fue motivado pero falsamente, en lo que hace a los tiempos que establece la ley para ejercer en provisionalidad, empero, lo que sucede es que se declaró frente a un cargo que ya no ostentaba el desvinculado, y el ente demandado tampoco probó que el actor ejerciera simultáneamente los dos cargos, como para concluir que era factible declarar "la insubsistencia en el cargo de inspector y sus consecuentes traslados –comisario de familia-"; son estas las razones y no las precisadas en el fallo que se revisa lo que hará confirmar la sentencia apelada, con la salvedad de que en lo que hace a su reincorporación será en el cargo de Comisario –se itera-, dado que era esa la función que ejercía al momento de su destitución.

IV. CONCLUSIÓN

En lo que respuesta al interrogante principal que se planteó *ab initio*, será positiva, en el sentido de que existe falsa motivación del acto administrativo que declaró insubsistente

al señor DONALDO GIL PÉREZ GONZÁLEZ, puesto que lo desvinculó del municipio de Coveñas en un cargo que no desempeñaba al momento de su retiro. Igualmente, existe unas razones falaces de expedición del acto administrativo que aquí se anula, cuando se le declara insubsistente en traslados realizados, que no existieron, ya que debió ser desvinculado en el último cargo ocupado y por razones objetivas, no ajenas a la realidad, como es el caso de invocar la aplicación de un concurso de méritos para retirarlo de su empleo y a continuación nombrar a otra persona en el mismo, bajo la misma condición de provisionalidad que el demandante, y no en periodo de prueba, como debe ser luego de que una persona acceda a un cargo por mérito conforme a la ley.

En consecuencia, al estar probado que los motivos que sirvieron para expedir la Resolución No. 008 de enero de 2013, no son ciertos, debe ser anulada la misma, con el consecuente restablecimiento del derecho.

4.1. 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 hoy Código General del Proceso.

En ese sentido se condena en costas a la parte demandada en esta instancia, las cuales serán tasadas por el juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP, por cuanto si su argumentación ciertamente es considerada ajustada a derecho, se tiene que se realizó frente a un acto desvinculador sobre un cargo que ya no ejercía el demandante.

V. DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2014 proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandado, Municipio de Coveñas, las cuales serán tasadas por el juez de primera instancia, conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión ordinaria de la fecha, según consta en Acta No. 081.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS
Magistrado

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Magistrado
(Ausente, en uso de permiso)