



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

Sincelejo, treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013)

**Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01         |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA         |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS              |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |

**SENTENCIA N° 049**

**I. ASUNTO A DECIDIR**

Decide la Sala la apelación formulada por la parte demandada, contra la sentencia del 7 de junio de 2013, proferida por el Juzgado Octubre Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se concedieron las pretensiones de la demanda.

**II. ANTECEDENTES**

**2.1. La demanda**

CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA, por intermedio de apoderado y en ejercicio del medio de control nulidad y restablecimiento del derecho instaurada en contra del MUNICIPIO DE LOS PALMITOS, con la pretensión de que se declare la nulidad del decreto N° 072 de 17 de febrero de 2012, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento provisional del demandante.

Como consecuencia de aquella declaratoria requiere el reintegro al cargo que venía ocupando o a otro de igual o superior categoría.

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

## **2.2. Los fundamentos de hecho**

Manifiesta que, fue nombrado provisionalmente en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 01, mediante decreto N° 276 de 15 de diciembre de 2011 con una asignación básica mensual de \$1.350.161.00, el acto administrativo en cita estableció que ejercería sus funciones en la tesorería municipal de Los Palmitos, como Jefe de Presupuesto.

Precisa que, el cargo pertenece a carrera administrativa, de allí que previo a su nombramiento y posesión, se requirió y obtuvo autorización a la Comisión Nacional del Servicio Civil por el término de 6 meses.

Alega que, las funciones asignadas fueron cumplidas sin ninguna queja desde el momento de su posesión; esto es, 15 de diciembre de 2011 hasta el 15 febrero de 2012, fecha en la cual se dio por terminado su nombramiento provisional.

Afirma que, el acto administrativo de retiro tiene como motivación la falta de presupuesto para el cubrimiento de salarios, así como el mejoramiento del servicio y el cumplimiento de los fines de la función pública, no siendo suficiente ni válido por la jurisprudencia.

Refiere que, si en gracia de discusión se aceptara este argumento como motivación, se tiene que una vez desvinculado se nombró al señor ALVARO GABRIEL GÓMEZ DÍAZ en su reemplazo; lo mismo sucedió en los cargos de los señores EDGAR ALEXANDER TOVAR SALGADO – Almacenista, siendo sustituido por el señor TULIO DÍAZ PÉREZ; EDIMER LUÍS PÉREZ ARRIETA- Profesional Universitario Código 222, Grado 03-, por AMPARO SILVA SALGADO; ALEJANDRO ENRIQUE MERCADO HERAZO –Profesional Universitario, Código 219, Grado 01, por LUÍS EMILIO PARRA PÉREZ; por tanto, existe una falsa motivación.

Arguye la falsa motivación y desviación de poder del acto administrativo.

## **2.3. Recuento procesal**

La demanda presentada el 14 de agosto de 2012<sup>1</sup>, fue admitida por auto del 6 de septiembre de 2012<sup>2</sup> y notificada a la parte demandada<sup>3</sup> y al Ministerio Público<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Fl. 175 C. Ppal.

<sup>2</sup> Fs. 176 a 179 reverso C. Ppal.

<sup>3</sup> Fl 182 C. Ppal, el 24 de septiembre de 2012.

<sup>4</sup> Fl 182 C. Ppal, el 24 de septiembre de 2012.

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

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

El Municipio demandado, por intermedio de apoderada judicial se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que no es dable predicar que el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar transitoriamente un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, pueda ostentar la misma condición del que se vincula a la administración previa superación rigurosa del conjunto de etapas del concurso de méritos que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual para desempeñar la función.

Afirma que, la búsqueda del mejoramiento del servicio y la satisfacción del bien común de la sociedad son los propósitos que siempre debe propender el nominador cuando ejerce la facultad discrecional de declarar insubsistente un nombramiento de un provisional en un cargo de carrera.

Presenta como excepción: Inepta demanda; insuficiencia de poder; indebida acumulación de pretensiones; falta de agotamiento de la vía gubernativa; falta de integración al litis consorcio necesario por no ser demandada comisión nacional del servicio civil; caducidad de la acción; prescripción; e inexistencia de ilegalidad o carencia de vicios en el acto administrativo acusado.

#### **2.5. La sentencia recurrida<sup>6</sup>**

El Juzgado Octavo Administrativo de Sincelejo, con funciones del sistema oral, resolvió conceder las pretensiones de la demanda luego de precisar que no existía desviación del poder en el acto acusado; pero que, en lo que hacía a la motivación, esta estaba viciada de falsedad por cuanto aquella se hizo de manera general y no se circunscribe a los postulados establecidos en la ley 909 y su decreto reglamentario, que consagra la carrera.

Señaló que, es necesaria la motivación aún para quienes sean vinculados en un cargo que la ley le confiere características de estabilidad; aun cuando sea temporalmente, puesto que el mismo se produce por cumplir con los méritos exigidos para ello.

#### **2.6. El recurso de apelación<sup>7</sup>**

Dentro del término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia, el demandado interpuso contra aquel pronunciamiento, recurso de apelación, enfatizando su inconformidad en lo que es la motivación del acto administrativo anulado; dado que a

---

<sup>5</sup> Fs. 192 a 204 C. Ppal.

<sup>6</sup> Fs. 452 a 469 reverso folio, C. Ppal.

<sup>7</sup> Fs. 482-500 C. Ppal

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

su parecer el acto de retiro fue motivado; por cuanto la terminación del vínculo se estableció que era por mejoramiento del servicio, de allí que el operador jurídico no examinó en su totalidad el acto administrativo; puesto que insiste, el mismo si fue justificado; que no llenó las expectativas del demandante, es una situación diferente.

Le parece, grave el hecho de que el *a quo*, no se detuvo a comparar las hojas de vida de demandante con el funcionario entrante, en donde se evidencia que este último tiene un mejor perfil académico y experiencia para ejercer el cargo, lo que lleva implícito el mejoramiento del servicio.

## **2.7. Actuación en segunda instancia<sup>8</sup>**

Mediante auto de agosto 8 de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la apoderado de la accionada en contra de la sentencia proferida el 7 de junio de 2013 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo<sup>9</sup>; por auto del 29 de agosto de 2013 se corrió traslado a las partes por diez días para alegar de conclusión<sup>10</sup>.

## **2.8. Alegatos de conclusión**

### **2.8.1. De la parte demandante**

No presentó alegatos en esta instancia.

### **2.8.2. De la parte demandada<sup>11</sup>**

Vuelve a insistir sobre lo que fueron los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Concluye, requiriendo la revocatoria la sentencia apelada.

### **2.8.3. Ministerio Público.**

El delegado de la Procuraduría ante esta Corporación, no presentó alegatos de conclusión.

## **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

---

<sup>8</sup> Fs. 1 a 35, C. alzada.

<sup>9</sup> Fl 3 C. alzada.

<sup>10</sup> Fl 9 C. Alzada.

<sup>11</sup> Fs. 13 a 30 Cdno. recurso.

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

conocer en segunda instancia de la apelación de la sentencia del 7 de junio de 2013, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo, con funciones del sistema oral, en la que se concedieron las súplicas de la demanda al señor CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA.

### **3.1. Problemas jurídicos**

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación, para tal fin, formulará el siguiente problema jurídico:

¿Es procedente dar por terminado el vínculo laboral de un trabajador que se encuentra en un cargo de carrera provisionalmente sin motivar el acto administrativo?

¿El mejoramiento en el servicio es suficiente para declarar la terminación de un vínculo de un empleo de carrera que se desempeña de manera provisional?

Guardando congruencia entre lo alegado en el recurso de apelación con lo que será la resolución en esta instancia, se detendrá la Sala a determinar si el acto administrativo estuvo bien o falsamente motivado, para arribar a su mérito, se hará alusión sólo a aquel tema, a saber: (i) línea jurisprudencial constitucional frente a la insubsistencia de provisional (ii) línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la insubsistencia; (iii) falsa motivación; y (iv) caso concreto.

### **3.2. Línea jurisprudencial constitucional frente a la insubsistencia de provisional.**

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal.

Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano.

La jurisprudencia constitucional<sup>12</sup>, ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii)

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia T-289 de 2011.

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado.

### 3.2.1. Línea jurisprudencial del Consejo de Estado frente a la insubsistencia de provisional <sup>13</sup>.

La Sección Segunda del Consejo de Estado, en repetidas oportunidades ha expresado que el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera y que la situación en provisionalidad no otorga a su titular fuero de estabilidad relativa alguno.

Así mismo, ha advertido que aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente esta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso. De otra parte, existen en el ordenamiento jurídico previsiones que son claras en señalar que el retiro del servicio de un empleado provisional puede operar en cualquier momento, antes de cumplirse el término de provisionalidad o su prórroga, sin necesidad de motivar el acto.

Esta normatividad le ha permitido a la Sección Segunda reiterar en sus pronunciamientos que el acto de retiro del servicio de un empleado que se encuentra en provisionalidad, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonado en la carrera no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera.

Sin embargo, esta misma sección ha enfatizado frente al empleado provisional, que:

“En este punto, la Sala considera necesario advertir, que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente: Dr. Tarcisio Cáceres Toro; en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico – normativo de la figura. **Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005,**

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", C.p: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO, 23 de mayo de 2011, Radicación número: 47001-23-31-000-2002-00518-01(2672-08)

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

**reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada<sup>14</sup>.**

Entonces, actualmente el Tribunal Rector de lo Contencioso precisa que la desvinculación de empleado en provisionalidad se deberá motivar siempre que se dé por terminado el vínculo antes de cumplirse el término.

### **3.3. Falsa motivación.**

Los vicios que atacan la presunción de legalidad de los actos administrativos son de dos clases: (i) **formales**: que operan opes legis, habida cuenta que representan la vulneración a la objetividad del ordenamiento jurídico, y (ii) **Materiales**: que por el contrario, no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancia de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la Administración<sup>15</sup>.

Es por ello que a partir de la expedición de la Ley 909 de 2004, y su decreto reglamentario 1227 de 2005, se requiera para la declaratoria de insubsistencia la motivación del acto. Según la jurisprudencia nacional<sup>16</sup>, requerir motivación en el acto administrativo, es reconocer que este tiene una causa.

Dicha causa, es un elemento esencial del acto y comprende no solo la voluntad encaminada a producir un efecto sino también su finalidad; todo acto administrativo tiene un motivo o causa que la administración debe atender según la circunstancia de hechos y derechos aplicables al caso. La causa del acto son los antecedentes y circunstancia de hecho o de derecho que en cada caso lleven a dictarlo.

Por tanto, el acto administrativo será ilegal por falsa motivación cuando su causa no es la que prevé la norma, es decir, cuando del cotejo de los antecedentes de hecho o de derecho no coinciden con las previsiones de la norma. Por ello, cuando se toman hechos o actos no reales, como fundamento causal del acto, hay lugar a su nulidad, si ellos han sido motivo determinante para su expedición, procederá declarar la nulidad si en realidad fue falsamente motivado; pero, no cuando la razón que lo originó fue real y suficiente; esto es, sólo habrá motivo ilegal cuando se prueba procesalmente que la razón manifestada no existe en realidad, o cuando la existente fue erróneamente interpretada.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección “B”, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, marzo 21 de 2013; Radicación N° 05001-23-31-000-2002-04388-01 (2105-11).

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección “A”, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, enero 27 de 2011; Radicación N° 25000-23-25-000-1999-05348-02 (2288-08).

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, Subsección “A”, C.P. Alberto Arango Mantilla, septiembre 27 de 2001; Radicación N° 25000-23-25-000-1997-4005-01 (1913-2000).

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

Es por ello que, el H. Consejo de Estado a precisado que: *“La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad”<sup>17</sup>*

Entonces, la falsa motivación que vicia de nulidad un acto, es la que entraña desviación de poder, la presentación de motivos falaces para dar apariencia de legalidad a un acto, no el simple error en que pueda incurrirse en la parte considerativa de éste.

Por tanto, cuando los motivos de hecho son suficientes en la expedición del acto administrativo y ellos son atacados judicialmente, se requiere enervar su presunción de veracidad.

Colofón, la falsa motivación, causal está prevista en la ley como de nulidad de los actos administrativos, cuando se origina en la disconformidad entre la decisión con la realidad, o bien por la inexistencia o error de los motivos de derecho o de hecho aducidos en la decisión.

### **3.4. Del Sub Examine.**

El centro del debate tiene que ver con lo que fuera el acto de desvinculación del señor CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA, del cargo de Jefe de Presupuesto, Profesional Universitario, Código 214, Grado 01, del municipio de Los Palmitos, sin existir motivación alguna; situación que al parecer del demandante, no debió suceder puesto que el cargo que él ostentaba era de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, para el cual la ley ha establecido la motivación.

En el expediente se encuentran recabadas las siguientes pruebas, las cuales abrirán el sendero para el mérito del asunto; así:

- ✓ Copia auténtica del Decreto 072 de 2012 “por medio del cual se da por terminado un nombramiento (fs. 15-17 C.pal N° 1).
- ✓ Original del Certificado laboral. (f. 19 C.pal N° 1).
- ✓ Copia auténtica acta de posesión. (f. 20 C.pal N° 1).
- ✓ Copia auténtica del Acuerdo 019 de 20 de diciembre de 2010, referido a la reestructuración de la planta de personal. (fs. 21-23 C.pal N° 1; 342-343 C.pal N° 2).
- ✓ Copia autenticada estudio técnico para la reestructuración. (fs. 24-51 C.pal N° 1; 345-371 C.pal N° 2).

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, C.P. Clara Forero de Castro, marzo 19 de 1998; expediente N° 10051.

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

- ✓ Copia auténtica autorización de nombramientos por la CNSC. (fs. 52-53 C.pal N° 1).
- ✓ Copia autentica Decreto 276 de 2011 “por medio del cual se hacen unos nombramientos provisionales” (fs.54-56 C.pal N° 1).
- ✓ Copia autenticada del decreto N° 126 de mayo de 2011 “por medio de la cual se establece la escala de asignación salarial...”. (fs. 57-59 C.pal N° 1; 339-341 C.pal N° 2).
- ✓ Copia auténtica del decreto 127 de mayo de 2011, “por medio de la cual se estructura la planta de personal ..”. (fs. 60-62 C.pal N° 1; 336-338 C.pal N° 2)
- ✓ Copia autenticada del decreto N° 128 de mayo 2011 “por medio de la cual se adopta la nueva planta de personal...”. (fs. 63-69 C.pal N° 1; 334-335 C.pal N° 2).
- ✓ Copia autenticada del manual específico de funciones... (fs. 70-73 C.pal N° 1).
- ✓ Copia autenticada del decreto N° 130 mayo 6 de 2011 “por el cual se modifica el manual específico de funciones...”. (fs. 74-151 C.pal N° 1).
- ✓ Copia simple nómina de pago. (fs. 152-156 C.pal N° 1).
- ✓ Copia simple del decreto 052 de 2012 “por medio del cual se da por terminado un nombramiento provisional...”. (fs. 157-158 C.pal N° 1).
- ✓ Copia simple del decreto 056 de 2012 “por medio del cual se da por terminado un nombramiento...”. (fs. 159-162 C.pal N° 1).
- ✓ Copia simple del decreto N° 071 de 2012 “por medio del cual se da por terminado un nombramiento...” (f. 163-165 C.pal N° 1).
- ✓ Copia simple del decreto N° 053 de 2012 “por medio del cual se da por terminado un nombramiento ...” (fs. 166-168 C.pal N° 1).
- ✓ Copia simple del decreto N° 043 de 2012, “por medio del cual se da por terminado un nombramiento ...” (fs. 169-171)
- ✓ Original acta de conciliación ante la procuraduría 44 judicial II (f. 172 C.pal N° 1).
- ✓ Original de la constancia de conciliación (f. 173 C.pal N° 1)
- ✓ Poder (f. 174 C.pal N° 1)
- ✓ Copia de la hoja de vida del señor ÁLVARO GÓMEZ DÍAZ (fs. 208-241 C.pal N° 2)
- ✓ Copia de la solicitud de autorización a la CNSC, para nombramiento en provisionalidad –febrero 20 de 2012 (fs. 242-246 C.pal N° 2)
- ✓ Copia autorización de LA CNSC, de fecha 28 febrero de 2012 (fs. 247-248 C.pal N° 2; 9-10, 16-17 C.dno. Pba)
- ✓ Copia decreto N° 100 de marzo 20 de 2012 “por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad” (fs. 249-250 C.pal N° 2; 14-15 C.dno. Pba)

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

- ✓ Copia de posesión del señor ÁLVARO GABRIEL GÓMEZ DÍAZ, Profesional Universitario, Código 219, Grado 01 (f. 251 C.pal N° 2; 22 Cdno. Pba)
- ✓ Copia solicitud de prórroga nombramientos provisionales CNSC (fs. 253-254 C.pal N° 2)
- ✓ Copia autorización de prórroga nombramiento provisional CNSC (fs. 255-256 C.pal N° 2)
- ✓ Copia solicitud autorización prórroga nombramiento provisional CNSC (f. 258 C.pal N° 2)
- ✓ Copia certificado de no existir personal de carrera para el cargo profesional universitario, código 219, grado 1. (f. 259 C.pal N° 2)
- ✓ Copia certificado de no existir personal de carrera para el cargo de almacenista, código 215, grado 1. (f. 260 C.pal N° 2)
- ✓ Copia certificado de no existir personal de carrera para el cargo profesional Especializado, código 222, grado 3. (f. 261 C.pal N° 2)
- ✓ Copia autorización CNSC nombramientos provisionales (fs. 262-263 C.pal N° 2)
- ✓ Copia oficio N° 0-2012 EE – 37405 dirigido a la CNSC (fs. 265-268 C.pal N° 2)
- ✓ Copia autorización nombramientos provisionales de la CNSC (fs. 269-270 C.pal N° 2)
- ✓ Copia decreto N° 258 del 28 de septiembre de 2012, “por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad” (fs. 271-272)
- ✓ Copia hoja de vida de CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA (fs. 273-321 C.pal N° 2)
- ✓ Copia autorización CNSC, para nombramientos provisionales, diciembre 1° de 2011 (fs. 322-323 C.pal N° 2)
- ✓ Copia solicitud autorización para nombramientos provisionales, noviembre 8 de 2011 (fs.324-3333 C.pal N° 2)
- ✓ Copia certificado secretario del interior (f. 344 C.pal N° 2)
- ✓ Original certificado pago salarios al demandante (f. 12 Cdno. Pba)
- ✓ Copia decreto N° 255 de septiembre 28 de 2012 “por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad” (fs. 18-21; 23-24 Cdno. Pba)
- ✓ Copia acta de posesión de LUÍS EMILIO PARRA PÉREZ (f. 25 Cdno Pba)
- ✓ Copia decreto N° 101 de marzo 20 de 2012, “por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad (fs. 26-27 Cdno Pba)
- ✓ Copia acta posesión ALBEIRO PÉREZ PÉREZ (fs. 28 Cdno. Pba)
- ✓ Copia decreto N° 256 de 28 de septiembre de 2012, “por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad” (fs. 29-30 Cdno. Pba).

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

- ✓ Copia acta de posesión TULIO CÉSAR PÉREZ DÍAZ (f. 31 Cdno. Pba)
- ✓ Copia decreto N° 257 de septiembre 2012, “por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad” (fs. 32-33 Cdno Pba)
- ✓ Copia acta de posesión de AMPARO SILVA SALGADO (f. 34 Cdno Pba)

De los antecedentes administrativos se extrae que, el señor CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA, fue nombrado en el cargo de Profesional Universitario, Código 219, Grado I, adscrito a la tesorería, con funciones de jefe de presupuesto, del ente territorial demandado (ver folios 1), no quedando duda que el cargo en que se desempeñaba era de carrera administrativa, de allí que su desvinculación debía ser motivada.

Por su parte el acto administrativo reprochado es del siguiente contenido:

“Decreto N° 072 de 2012  
(febrero 17)

**“POR MEDIO DEL CUAL SE DA POR TERMINADO UN NOMBRAMIENTO PROVISIONAL EN LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ALCALDÍA MUNICIPAL DE LOS PALMITOS – SUCRE”**

**EL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE LOS PALMITOS – SUCRE**, En ejercicio de las atribuciones Constitucionales y legales y en especial las que confiere el artículo 315 de la C.N., Ley 136 de 1994, Ley 909 de 2004, Decreto 785 de 2005, Decreto 1227 de 2005, Decreto 4968 de 2007, y Decreto 1937 de 2007, y

**CONSIDERANDOS:**

Que por Decreto N° 128 de mayo 6 de 2011. “*Por medio de la cual se adopta la nueva planta de personal del Municipio de Los Palmitos, se suprimen y se crean unos cargos*”, en su artículo sexto contempla el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 01. Si analizamos este Decreto fue expedido por la Alcaldesa desde mayo 6 de 2011 y sólo hasta el 8 de noviembre de 2011 la Administración municipal solicita autorización para hacer nombramientos provisionales a la Comisión Nacional del Servicio Civil, es decir, transcurrieron más de seis meses de expedido el acto administrativo para llenar la vacante y sólo hasta el 15 de diciembre de 2011 se posesiona el funcionario. **Como conclusión se puede decir, que este cargo no era necesario para desarrollar el servicio Público de la Administración saliente y solo lo proveen con nombramiento provisional para restringir a la Administración entrante de la potestad discrecional del nominador**<sup>18</sup>. Además cuando se crearon los cargos de la planta de personal el día 6 de mayo de 2011 **estos gastos de funcionamiento no se tuvieron en cuanto en el acuerdo del presupuesto de la vigencia 2010 esta es una de las razones por las cuales la administración no hizo los nombramientos a partir de mayo porque estos gastos de funcionamiento no estaban cubiertos por ingresos presupuestales al igual que en el presupuesto para la vigencia 2012**<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Negrillas u subrayas para llamar la atención.

<sup>19</sup> Negrillas u subrayas para llamar la atención.

Expediente 70-001-33-33-008-2012-00035-01  
 Actor CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA  
 Demandado MUNICIPIO DE LOS PALMITOS  
 Acción NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 Procedente JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO.

Que el Decreto N° 130 de mayo 6 de 2011, “*por el cual se modifica el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la Planta de personal*”, contempla en las páginas 43, 44, y 45, identificación, descripción de funciones esenciales, requisitos de estudios y experiencias.

Que el día 8 de Noviembre de 2011 la Alcaldesa del Municipio de los Palmitos – Sucre **CARMEN BERENA GÓMEZ MENDOZA** solicitó a la Comisión Nacional del Servicio Civil – C.N.S.C., la autorización para proveer el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 01, de manera provisional, por encontrarse vacante y en la planta de personal no existe personal de carrera administrativa con el perfil que reúnan las condiciones exigidas en el artículo 24 de la ley 909 de 2004 para desempeñar dichos cargos hasta que se conforme la lista de elegibles por parte de la C.N.S.C.

Que el día 1° de Diciembre de 2011, la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante Oficio N° 2011 EE 472 bajo el radicado N° 02-2011-57047 autoriza a la Administración Municipal el nombramiento provisional del Cargo Profesional Universitario Código 219, Grado 01 por un término no superior a seis (6) meses en el siguiente empleo:

| No. de Empleos | DENOMINACIÓN              | CÓDIGO | GRADO |
|----------------|---------------------------|--------|-------|
| 1              | Profesional Universitario | 219    | 01    |

Que mediante el Artículo Segundo del Decreto 276 de Diciembre 15 de 2011, expedido por la Alcaldesa Municipal de los Palmitos, fue nombrado en provisionalmente en el cargo de Profesional Universitario Código 219 Grado 01, el señor **CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA**, identificado con Cédula de Ciudadanía N° 18.777.657 expedida en Los Palmitos, el cual dispone que ejercerá funciones de Jefe de Presupuesto en la Tesorería Municipal, y en esa misma fecha se posesionó.

**El funcionario no reúne los requisitos que establece el Acto Legislativo 04 del 2011, por lo tanto no tiene estabilidad laboral alguna<sup>20</sup>.**

Que el artículo 10 del Decreto 1227 del 2005 “*por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004*”, establece: antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga, o del **nombramiento provisional**, el nominador por resolución motivada, podrá darlos por terminado.

**Que por razones de mejorar el servicio de las funciones del cargo y para el cumplimiento de los fines de la función pública<sup>21</sup>**, con fundamento en el artículo 209 de la Constitución Nacional y de la Ley 909 de 2004, la Administración Municipal da por terminado el nombramiento provisional del funcionario, de este acto administrativo se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En mérito de lo anterior,

**DECRETA:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** Dése por terminado el nombramiento provisional del señor **CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA**, identificado con Cédula de Ciudadanía N° 18.777.657 expedida en Los Palmitos, del cargo Profesional Universitario Código 219 Grado

<sup>20</sup> Negrillas u subrayas para llamar la atención.

<sup>21</sup> Negrillas u subrayas para llamar la atención.

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

01, quien ejercía funciones de Jefe de Presupuesto en la Tesorería Municipal de Los Palmitos – Sucre.  
(...)”

Entonces el fundamento del retiro del servicio del señor CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA fueron: (i) que el cargo no era necesario para desarrollar el servicio Público de la Administración saliente, e impedir el desarrollo de la entrante; (ii) los gastos de funcionamiento para el cargo que se terminaba no estaban cubiertos por ingresos presupuestales para el año 2011, al igual que para el presupuesto para la vigencia 2012; y (iii) Por razones de mejorar el servicio de las funciones del cargo y para el cumplimiento de los fines de la función pública.

En resumen, estos 3 numerales vendrían a ser la motivación por la cual se dio por terminado el vínculo laboral del señor CLEYMAN YAIR, sin embargo, ellos serán confrontados por los establecidos por la jurisprudencia constitucional referida a la insubsistencia de provisionales y su motivación, al igual que la direccionada por el Tribunal Rector de lo Contencioso; de encontrarse el reflejo frente a una de aquellas se procederá de conformidad con los requerimientos del apelante; de lo contrario, se confirmará la sentencia objeto de revisión.

La Corte Constitucional, según jurisprudencia anteriormente transcrita prevé alguno de estos elementos para que proceda la remoción: i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado.

- i) **Tener sanción disciplinaria:** el demandante en este asunto no ha sido objeto de sanción alguna, de allí que frente a este requisito, no podía ser retirado del servicio.
- ii) **Existir lista de elegible por concurso de mérito:** No se ha convocado a concurso; por tanto, persiste la vacancia del cargo; esto es así, dado que de las pruebas adjuntas al expediente, se tiene que no sólo, por una vez, sino sendas veces se ha solicitado autorización a la Comisión Nacional de Servicio Civil para nombramiento en el cargo de profesional universitario, código 219, grado 01, quien ha dado el visto bueno para el nombramiento como para la prórroga –ver folios 247-248 Cdno Ppal N° 2; 9-10 Cdno. Pba; 255-256 Cdno Ppal N° 2; 262-263 Cdno Ppal N° 2; 269-270 Cdno Ppal N° 2; 322-323 Cdno Ppal N° 2-.
- iii) **Se motive el acto administrativo de desvinculación:** Sobre la motivación ha dicho el Consejo de Estado:

“(..). Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123, y 125 de la Constitución Política, 3° y 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del decreto 1227 de 2005, el retiro del servicio de los empleados que ocupan en la actualidad cargos de carrera

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

provisionalidad, debe ser justificado mediante acto administrativo motivado, (...). La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos<sup>22</sup> de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005) y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado. (...)”<sup>23</sup>

Este requisito también es suplido en el acto administrativo que aquí se ataca; empero, para que el acto mantenga su legalidad, no debe estar viciado de falsedad; que a voces del H. Consejo de Estado, se configura cuando “*para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad*”<sup>24</sup>.

Aquí es donde el acto contenido en el decreto N° 072 de febrero 17 de 2012, tiene sus reparos; puesto que, en su cuerpo se encuentran motivaciones simuladas, contrarias a la realidad; dado que se advierte que, tanto para el año 2011 como para el 2012, no se había incluido en el presupuesto las erogaciones que se tendrían con el cargo del demandante; así mismo, se puntualizó que para el momento de creación no se requería el mismo; por último, tiene que, la administración indica que el retiro se debe a mejoramiento del servicio; pero sin determinar de qué forma el señor CLEYMAN MONTERROZA, no cumplía con las funciones inherentes al cargo; o como se estaba viendo afectado el servicio público por el “mal” actuar accionante.

Se observa que durante toda la primera instancia nunca se dijo como se había mejorado el servicio y como el retirado lo obstruía; es más, si la administración no contaba con los recursos económicos para cancelar los salarios del actor, ¿cómo es qué, nombran un reemplazo, y requieren autorización a la comisión nacional de servicio civil, no sólo para nombrar un nuevo empleado, sino para las prórrogas?.

Son aquellas inconsistencias las que le demuestran a esta Sala, que existió una falsa motivación para retirar del servicio al señor CLEYMAN MONTERROZA, y no el mejoramiento de la función que recaía en los hombros de aquél; es mayor la evidencia, cuando en esta instancia se viene a pedir que se comparen las hojas de vida entre el servidor saliente y el entrante; entonces, la administración con la exclusión del demandante, buscaba otra finalidad.

---

<sup>22</sup> La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente y no por personas.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, sección segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve; 23 septiembre de 2010; expediente 883-08.

<sup>24</sup> Sentencia 19 de marzo de 1998, C.P. Clara Forero de Castro, Expediente N°. 10051.

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

Es tal la proporción de la falsa motivación, que raya en la desviación de poder, al contener el mismo acto administrativo aquí anulado, entre otros de sus apartes como argumentos que: **“solo lo proveen con nombramiento provisional para restringir a la Administración entrante de la potestad discrecional del nominador”**, desconociendo el representante legal del ente territorial que la administración es una sola, que se hace representar por distintas personas, dependiendo del derecho constitucional de elegir y ser elegido; por lo tanto, los pronunciamientos que expresan se realizan en nombre del ente territorial y no de la persona natural en turno por el mandato del pueblo; entonces, no podía el representante actual, manifestar como soporte de la terminación del vínculo laboral del actor, la supuesta mala intención del funcionario saliente para restringir su potestad discrecional, puesto que la misma, es delimitada por la Ley, y no por el querer de un individuo; de allí, que si en gracia de discusión se aceptara que aquella actuó por capricho y meros celos políticos debía probar su dicho; no quedándose sólo con el decir.

Con todo, esto no es argumento para desconocer los derechos del vinculado, en desconocimiento de los postulados legales y jurisprudenciales existentes respecto a la declaratoria de insubsistencia y su motivación; máxime que el retirado tenía una cobertura de 6 meses para cumplir con unas labores; entonces, su desvinculación, sólo era posible con una real motivación, cosa que aquí no sucedió.

Cobra especial veracidad lo expuesto por el testigo –fs 1-7 Cdo Pba-, el cual fue tachado de sospechoso en la primera instancia, por haber interpuesto este mismo medio de control, dado que fue desvinculado en la misma fecha que el aquí demandante; en donde se expone que sobre ellos pesó una retaliación política y no la búsqueda del mejoramiento del servicio, toda vez que, tampoco sobre este punto pudo el demandado probar en qué medida venía siendo deficiente el servicio y como se optimizó.

Contrario sensu, se indica que no había presupuesto, ni para la época en que fue nombrado el actor, esto es el año 2011, ni para el año 2012; con todo, para el 20 de febrero de 2012, sólo 3 días después de haberse dado por terminado el vínculo con el señor MONTERROZA RIVERA, se requiere a la comisión nacional del servicio civil, autorización para nombrar en provisionalidad al reemplazo de aquél; y luego que terminó el tiempo de gracia, se volvió sobre la prórroga del mismo; tomando mayor convicción, la desviación de poder por falsa motivación.

A todas luces, existió un deseo de poder contrarios a los postulados constitucionales, contemplado en el artículo 209.

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

### 3.5. Conclusión

En este orden de ideas, la respuesta al primer interrogante será negativo puesto que, para que proceda la terminación del vínculo laboral de un trabajador que se encuentra en un cargo de carrera provisionalmente debe ser motivado en razón a lo estatuido por el legislador en la ley 909 de 2004 y decreto 1227 de 2005.

En lo que hace a la segunda pregunta, su respuesta es negativa, dado que, no es suficiente aducir el mejoramiento en el servicio para retirar del servicio a un empleado que ostenta en provisionalidad un cargo de carrera, puesto que de ser ello así, se debe probar de qué manera se mejoró el mismo, y como aquél lo afectaba; pues lo propio en esta clase de vinculaciones es la motivación del porqué del retiro.

### IV. 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 7 de junio de 2013 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Sincelejo de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

Se hace constar que el proyecto de esta providencia se discutió y aprobó por la Sala en sesión de la fecha tal como consta en el acta No. 130.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Magistrado

**LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS**

Magistrado

(Con aclaración de voto)

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

Magistrado

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

## **ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 31 DE OCTUBRE DE 2013, M.P. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**

Con el debido respeto para con mis compañeros de Sala, en cumplimiento de los artículos 129 del C.P.A.C.A. y 9 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, me permito manifestar que comparto la decisión de fondo de confirmar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto administrativo demandado y concedió el correspondiente restablecimiento del derecho, pero disiento algunos de los argumentos expuestos en lo que atañe a la insubsistencia de los empleados que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad, acorde con los siguientes argumentos:

Para el suscrito, el marco legal que debe analizarse para estudiar la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad debe partir de los artículos 13, 25, 53, 123 y 125 constitucionales, bajar a las normas legales contenidas en los artículos 23, 25 y 41 de la Ley 909 de 2004, y por último llegar a las reglamentarias establecidas en los artículos 8, 9 y 10 del Decreto 1227 de 2005.

Con fundamento en el anterior marco jurídico, debe empezar el análisis desde la protección del trabajo en todas sus manifestaciones, por lo que es predicable de todo tipo de vínculo laboral los principios de primacía de la realidad sobre la forma y la estabilidad en el empleo, este último punto, obviamente con diferentes matices en tratándose de empleados en provisionalidad, por lo que quienes ostentan el mismo no han superado las etapas del proceso de selección, pero de todas formas gozan de esa garantía. Así pues, estos principios constitucionales deben informar la interpretación que se haga de las demás fuentes del derecho de rango inferior.

Por ello, el suscrito no comparte las afirmaciones realizadas en la providencia en torno a que el vencimiento del plazo del nombramiento provisional acompañado de la negativa de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL de autorizar la prorroga, sin que se haya demostrado que se convocó al concurso y exista un lista de elegibles, sea una causa legal para motivar el acto de insubsistencia de los empleados provisionales.

Para quien disiente de la posición mayoritaria, la interpretación que debe realizarse del párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005 modificado por el artículo 1

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

del Decreto 4968 de 2007<sup>25</sup>, tiene que partir del entendido de que el nombramiento en provisionalidad es excepcional y condicionado a la inexistencia de personal que cumpla los requisitos para encargarlo y no haya lista de elegibles, pero que el plazo de seis (6) meses allí consignado no tiene como objeto poner fin a su nombramiento o ser una causa para ello, sino que es el plazo razonable que la ley determinó para que exista lista de elegibles para ocupar el cargo en carrera, por lo que solo puede ser terminado su nombramiento por las causales consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y cuando venga a ocupar el puesto la persona que haya superado las etapas del concurso de méritos.

Igualmente, para el suscrito, el vencimiento del plazo mencionado y la ausencia de trámite ante la COMISIÓN para prorrogar el nombramiento o su negativa de autorización por parte de la misma entidad por ser extemporánea la solicitud, como en el presente caso, constituye una irregularidad atribuible a la administración empleadora pero en modo alguno puede ser una justificación de la terminación del nombramiento provisional, dado que es un hecho totalmente ajeno al trabajador, máxime que como se ha demostrado en el proceso analizado, se trata de un cargo existente dentro de la planta de personal del municipio demandado, necesario para atender las funciones propias de la entidad territorial, y que posteriormente fue nuevamente provisto en provisionalidad, por lo que claramente se infiere su necesidad de existencia y de prestar el servicio de manera

---

<sup>25</sup> **“Artículo 1º.** Modifícase 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.”*

|            |  |
|------------|--|
| Expediente | 70-001-33-33-008-2012-00035-01                           |
| Actor      | CLEYMAN YAIR MONTERROZA RIVERA                           |
| Demandado  | MUNICIPIO DE LOS PALMITOS                                |
| Acción     | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                   |
| Procedente | JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO. |

ininterrumpida.

Adicionalmente, el hecho de que no exista lista de elegibles para ocupar el cargo en carrera en el plazo inicial del nombramiento, no es un hecho atribuible al trabajador, a su desempeño, a su idoneidad, que justifique de manera objetiva la terminación del vínculo laboral, sino que simplemente es la materialización de la operación inadecuada del sistema de selección de empleados dentro de la administración pública, que en un plazo razonable, no agota las etapas para tener lista de elegibles para nombrar en propiedad, por lo que el superarse el plazo de seis (6) meses sin nombramiento de persona en carrera no justifica la desvinculación de quien viene desempeñando la labor para nombrar a otra persona en iguales condiciones, es decir, en provisionalidad, por lo que este argumento solo se usa como un razonamiento formal del acto pero que en modo alguno llena las condiciones legales y jurisprudenciales sobre la motivación del mismo y justificar objetivamente la decisión de declaratoria de insubsistente, máxime que en las relaciones laborales debe primar la realidad por sobre la forma, y en este caso se está dando prevalencia a la forma (inexistencia de autorización de la prorroga) por sobre la realidad (necesidad de prestar el servicio en el cargo nombrado en provisionalidad que se declara insubsistente, se subsana la inconsistencia formal de la autorización y se nombra nuevamente a otra persona en provisionalidad).

Todas estas razones, llevan al suscrito a separarse de la decisión adoptada por la mayoría y plantear el anterior salvamento de voto.

De los H. Compañeros de Sala, 13 de septiembre de 2013

**LUIS CARLOS ALZATE RÍOS**  
**Magistrado**