

**Función Pública**

Sentencia 5163 de 2010 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010)

REF: Expediente No. 25000 23 25 000 2004 05163 02 (2000-2008)

Actor. JUAN MIGUEL OSORIO ORTIZ/ DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

AUTORIDADES DEPARTAMENTALES - FALLO-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 22 de junio de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimatoria de las súplicas de la demanda instaurada por el señor JUAN MIGUEL OSORIO ORTIZ, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo emitido por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, mediante el cual declaró insubsistente su nombramiento provisional en el cargo de Profesional Especializado, Código 335 Grado 10, del Despacho del Instituto Departamental de Acción Comunal.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor JUAN MIGUEL OSORIO ORTIZ, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a fin de obtener la nulidad de la Resolución N° 00227 de 25 de febrero de 2004, suscrita por el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento provisional en el cargo de Profesional Especializado, Código 335 Grado 10, del Despacho del Instituto Departamental de Acción Comunal.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó su reintegro al cargo que venía desempeñando en el Instituto Departamental de Acción Comunal; que sea vinculado de forma inmediata al servicio público de la carrera administrativa amparada por el Decreto 1572 de 1998; que se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones de que trata el artículo 137 del Decreto Ley 1572 de 1998, en relación con el artículo 39 de la Ley 446 de 1998, a partir de su vinculación con como empleado público; que se le otorgue el derecho de acceder a otros cargos dentro de la Entidad accionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 del Decreto 1572 de 1998, en razón de haber cumplido los requisitos para acceder al servicio público de la carrera administrativa; que se condene al pago de las sumas que resulten probadas por no haber sido vinculado al servicio público de la carrera administrativa y por la declaratoria de insubsistencia del cargo que venía desempeñando; y que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178, del C.C.A., teniendo en cuenta la Sentencia C-188 de 1998, que declaró inexecutable la frase "durante los seis meses siguientes a su ejecutoria" y "después de éste término."

Así mismo, solicitó condenar a la demanda a reconocer y pagar todos los derechos que resulten probados en el proceso, con base en las facultades ultra y extra petita; condenar en costas a la Entidad demandada y al pago de agencias en derecho.

Por ultimo, pidió que de manera subsidiaria se declare que la demandada es responsable del daño antijurídico que le fue causado por la omisión de su vinculación al servicio público de la carrera administrativa y por la falta de motivación en la expedición del acto de insubsistencia.

Relató el actor en el acápite de hechos, que mediante la Resolución No. 0729 de 24 de julio de 1997, fue nombrado en el cargo de asesor, Código 1120, Grado 02, en la Gerencia de la Beneficencia de Cundinamarca, a partir del 4 de agosto de 1997.

Que mediante la Resolución No. 02777 de 29 de septiembre de 1999, fue vinculado a la Planta Global Única de Personal del Sector Central; que por Resolución No. 025776 del 29 de septiembre de dicha anualidad, fue asignado al Despacho de la Secretaría de Obras Públicas y que por solicitud de ésta Dependencia presentó renuncia al cargo que ocupaba, que fue aceptada a partir del 4 de octubre de dicha anualidad, a través de la Resolución No. 0490 de 1999.

Indicó, que mediante Resolución No. 03152 de 29 de noviembre de 2001, fue asignado nuevamente a la Planta Global Única, en el cargo de arquitecto y que posteriormente por la Resolución No. 00227 del 25 de febrero de 2004, fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado, sin motivación alguna y sin que se le otorgara la posibilidad de interponer recursos contra dicha decisión,

frente a la que presentó derecho de petición que fue resuelto por la Directora del Departamento Administrativo de Talento Humano, en el sentido de señalar que por el carácter de su vinculación no le asistía el derecho de acceder a la carrera administrativa y que en ejercicio de la facultad discrecional dicho acto no admitía recurso alguno.

Finalmente sostuvo, que los cargos que desempeñó fueron reasignaciones en distintas dependencias sin solución de continuidad, al servicio del Departamento de Cundinamarca.

Invoca como normas violadas los artículos 1°, 2°, 13, 25, 29, 53, 83 84 y 305 de la Constitución Política; 8° y 35 del Decreto 01 de 1984; Decretos Nos. 1572 de 1998, reglamentario de la Ley 443 de 1998 y el Decreto Ley 1567 de 1998; 2504 de 1998 artículos 1°, 2°, y 3°.

En sus argumentos expuso que:

El Ente accionado desde su vinculación ha violado el artículo 160 del Decreto 1572 de 1998, por cuanto el encargo de libre nombramiento y remoción recayó en un empleado carrera, toda vez, que el mismo ostenta la calidad de profesional y que en tal sentido, existió una lesión intencionada de sus derechos porque la administración ejecutó la estrategia de disponer del cargo con base en el libre nombramiento y remoción, eludiendo sus derechos de defensa, debido proceso y motivación del acto de su desvinculación.

Que de conformidad, con artículo 1° del Decreto 2504 de 1998, al momento de su retiro se encontraba en el primer orden para acceder a la carrera administrativa y a sus respectivos concursos.

Que la Resolución del 29 de septiembre de 1999, por la que fue vinculado al Ente accionado de manera provisional, es nula porque carece de motivación y no fue notificada, además de violar el artículo 3° del Decreto 2504 de 1998, que dispone que tal nombramiento sólo procede después de que se haya convocado al respectivo proceso de selección.

Que se vulneró el artículo 5° del Decreto 1572 de 1998, que dispone que el nombramiento provisional no puede ser superior a 4 meses, salvo que la prórroga sea autorizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los casos para ello establecidos, situación que no se presentó en su caso.

Que se encontraba desempeñando empleos de carrera y que por disposición del artículo 13 del Decreto 1572 de 1998, era claro, que pasados los 4 meses de provisionalidad desde la fecha en que fue vinculado, debió ser llamado al proceso de selección y concurso para la lista de legibles.

Que la administración al omitir los motivos que fundamentaron el acto de remoción, vulneró su derecho al trabajo, constituyéndose tal actuación en un abuso de la facultad discrecional, toda vez, que la misma no es absoluta.

Que existe error en la invocación legal en que se sustenta la demanda cuando afirma que la insubsistencia opera de conformidad con las atribuciones que el artículo 305 de la Constitución da al Gobernador, pues el numeral 15 ibídem, lo autoriza para nombrar y remover libremente a los gerentes o directores de establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Departamento, calidad que él no ostentaba, situación que evidencia una desviación de poder.

Que la administración lo mantuvo en provisionalidad sin llamarlo a concurso con el fin oculto de destituirlo en cualquier momento para disponer del cargo para sus propias cuotas políticas.

Que las jefes de la unidad donde prestó el servicio, eludieron la obligación establecida en el artículo 14 de la ley 443 de 1998, de elaborar el proyecto para los concursos previos a la inscripción en la carrera administrativa.

Que tenía todos los requisitos para ser reclutado en el servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de Cundinamarca, mediante apoderado judicial, se opuso a todas y cada una de las pretensiones planteadas.

Luego de transcribir los artículos 7° y 8° de la Ley 443 de 1998, y 3°, 4°, 5°, 7° y 8° del Decreto 1572 de esa misma anualidad, señaló que el nombramiento provisional es el que se hace a una persona para proveer de manera transitoria un empleo de carrera administrativa con personal no seleccionado mediante el sistema de concurso o mérito, aunque no se haya expresado la clase de nombramiento en el respectivo acto administrativo.

Indicó, que no obstante lo anterior debe tenerse en cuenta que dado que el sistema de carrera sufrió una alteración con ocasión de la inexequibilidad de una serie de normas que lo regulan, es legítimo mantener en situación de provisionalidad a empleados públicos en cargos de carrera por un término superior al legalmente señalado, siempre que se busque el propósito de impedir que la administración se paralice por el hecho de que no hallan servidores desempeñando las funciones propias del cargo vacante.

Hizo alusión a la Jurisprudencia de ésta Corporación, para señalar que es evidente que a los empleados designados en provisionalidad no les asiste ningún fuero de estabilidad como acontece con los servidores de carrera, sino que por el contrario no gozan de un fuero de inamovilidad, lo que se traduce en una estabilidad restringida.

Finalmente propuso las excepciones de "*Indebida acumulación de pretensiones*" y "*ausencia de ilegalidad de los actos acusados*".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de providencia de 22 de junio de 2007, luego de declarar como no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, negó las súplicas de la demanda.

Estimó, que con la expedición del acto acusado en modo alguno se vulneraron las normas en que debía fundarse, toda vez, que si bien el actor se encontraba desempeñando al momento de la declaratoria de la insubsistencia un cargo de carrera, lo cierto, es que había sido vinculado mediante nombramiento provisional y que en consecuencia tanto su nombramiento como su remoción quedaban a discrecionalidad del funcionario nominador de conformidad con lo establecido en los artículos 305 de la Constitución Política, 107 del Decreto Nacional No. 1950 de 1973 y la Ley 909 de 2004.

Indicó, que no se demostró que el funcionario que expidió el acto acusado, lo hizo contraviniendo ninguna norma constitucional ni de carrera administrativa, puesto que la jurisprudencia contenciosa administrativa ha manifestado que el empleado provisional no goza ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin las formalidades exigidas para los funcionarios vinculados mediante concurso de mérito.

Sostuvo, que al actor no le es dable alegar la falta de motivación del acto de insubsistencia, puesto que el mismo fue expedido de conformidad con la facultad discrecional, la que se presume inspirada en el mejoramiento del servicio público.

Respecto de la desviación del poder del acto cuestionado, argumentó que no resulta acertado manifestar que el numeral 15 (*sic*) del artículo 305 Constitucional, no autoriza al Gobernador para declarar su insubsistencia, puesto que el Instituto Departamental de Acción Comunal, fue creado mediante el Decreto Ordenanza No. 1724 de 2001, como una Entidad perteneciente a la Gobernación del Departamento para la época de la declaratoria de la insubsistencia y que además, su retiro se produjo de conformidad con la facultad que le otorga el Régimen Municipal y Departamental en su artículo 15 (*sic*) numeral 2°, que establece: "Nombrar y remover el secretario o secretarios y subalternos de la Gobernación".

Por último manifestó, que no se comprobó que el acto objeto de censura haya obedecido a razones arbitrarias, ilegales o meramente subjetivas, sin justificación alguna o diferentes al mejoramiento del servicio, tales como persecuciones de tipo político, relaciones personales, etc.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación.

Al efecto señaló, que el Congreso de la República acaba de aprobar la ley que da estabilidad a los empleados vinculados con la administración como provisional y su paso automático a la carrera administrativa.

Indicó, que la Entidad demandada vulneró su derecho de defensa y contradicción, toda vez, que con la expedición del acto de remoción se dejó de aplicar el procedimiento establecido en los artículos 44, 47, 48 y 61 del C.C.A., como quiera, que el mismo no fue notificado, ni en él se informaron los recursos que le eran procedentes, finalizando como un acto de notifíquese y cúmplase, situación que genera su revocabilidad de conformidad con el artículo 69 del íbidem.

Manifestó, que el a quo, no tuvo en cuenta el derecho que adquirió de acceder a la carrera administrativa, ya que por ministerio de la ley el término máximo para que un empleado tenga el carácter de provisional, es de 4 meses, y él prestó sus servicios de manera interrumpida desde del año 1999 hasta el 25 de febrero de 2004, situación que genera una vulneración a las normas consagradas en la Ley 443 de 1998.

Señaló, que la demandada vulneró el artículo 53 Constitucional al sustentarse en la figura de la provisionalidad, para sacarlo en cualquier tiempo, sin motivación y sin las justas causas bajo un proceso disciplinario, transgrediendo además su derecho al debido proceso.

Por último, Hizo alusión a las sentencia de la Corte Constitucional de 17 de octubre de 2000, M.P., Clara Inés Vargas, en la que se indicó que en diferentes fallos se ha introducido el recurso contencioso administrativo por desviación de poder contra los actos discrecionales de la administración en que el agente se aparta de la finalidad del buen servicio y de los fines propios del Estado de derecho.

También, se refirió a las sentencias T-800 de 1998 y T-884 de 2002, en las que se trabajó el tema de la estabilidad laboral y se definió que los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, pero que ésta no se reduce frente al empleado nombrado en provisionalidad, ya que éste sólo puede ser desvinculado por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de fecha 26 de febrero de 2010, se ordenó correr traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público.

La parte demandante, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de alzada y agregó que en la expedición del acto acusado existe desviación de poder, porque la administración lo mantuvo en provisionalidad sin llamarlo a concurso con el fin oculto de destituirlo en cualquier momento para disponer del cargo para sus propias cuotas políticas.

Por último, manifestó que el acto objeto de remoción no fue proferido por el funcionario competente y que además dicha competencia no es delegable.

La parte demandada, guardó silencio.

El Ministerio Público, no emitió concepto en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

CUESTIONES PREVIAS

A fin de establecer el asunto materia de debate, la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

En Primer lugar, observa la Sala que de la situación fáctica y probatoria que se desprende del expediente, emerge con claridad que el recurrente se encontraba vinculado mediante nombramiento provisional, desempeñando el cargo de Profesional Especializado, Código 335, Grado 09, no obstante lo cual, fue declarado insubsistente en el cargo de Profesional Especializado, Código 335, Grado 10, ubicado en el Despacho del Instituto Departamental de Acción Comunal, esto es, en un grado distinto, inconsistencia que no fue alegada por el accionante, ni advertida por el *a quo*, situación de la que se colige que dicha circunstancia surgió como consecuencia de un error mecanográfico en el que pudo incurrir la administración al momento de expedir el acto acusado.

En tal sentido, la Sala abordará el estudio de legalidad de dicho acto, como quiera, fue el que en sentir del actor, afectó su situación particular, al punto que sin reproche alguno lo acusó ante ésta Jurisdicción.

En segundo lugar, se encuentra que el recurso interpuesto por el demandante controvierte un punto no ventilado en el debate de primera instancia, relativo a *la aplicación de la Ley que aprobó el Congreso de la República, que le da estabilidad a los empleados vinculados con la administración de manera provisional y su paso automático a la carrera administrativa*; al respecto, advierte la Sala que resulta improcedente cualquier pronunciamiento al respecto, como quiera, que tal situación excede el objeto y la finalidad de la alzada, en donde resulta extemporáneo e inapropiado exponer o alegar nuevos hechos, pretensiones o argumentos en procura de obtener el interés jurídico perseguido, intentando reabrir la instancia en detrimento del derecho de defensa y de contradicción de la contraparte que se atiene a lo debatido ante el *a quo*, salvo aquellos casos que se circunscriben dentro del contenido del artículo 214 del Código Contencioso Administrativo.

En tercer lugar, observa la Sala que en la oportunidad para alegar de conclusión, el actor expresó que el acto de remoción fue expedido por un funcionario que carecía de competencia; al efecto se advierte que obstante el cargo de falta de competencia, no fue alegado de manera expresa en los escritos contentivos de la demanda y de apelación; será estudiado en esta oportunidad, como quiera, que tal planteamiento fue objeto de análisis en la sentencia que ahora se recurre, pero bajo el abrigo del vicio de desviación de poder.

PROBLEMA JURÍDICO

Hechas las anteriores precisiones, corresponde a la Sala resolver si el acto por el cual la Entidad demandada, declaró insubsistente el nombramiento hecho en provisionalidad al demandante, en el cargo de Profesional Especializado Código 355, Grado 10, ubicado en el Despacho del Instituto Departamental de Acción Comunal, adolece de los vicios de "falta de motivación", infracción de las normas superiores, violación al debido proceso, desviación de poder y falta de competencia, alegados por el recurrente.

DEL FONDO DEL ASUNTO

A fin de decidir el objeto de la controversia, la Sala inicialmente estudiará la figura del empleado provisional, para luego de acuerdo con el acervo probatorio obrante al interior del proceso, establecer si la Resolución por la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad al actor hecho al demandante adolece de los vicios alegados.

DE LA SITUACIÓN DEL EMPLEADO PROVISIONAL

El principio general de carrera administrativa actualmente, previsto en nuestra Carta Política en su artículo 125¹, se consagró como una garantía para los servidores públicos que les permite la permanencia en los cargos públicos, este principio ha atravesado por diversas condiciones circunstanciales de las dinámicas políticas, que inevitablemente en veces la han convertido en la excepción

Anteriormente, en la Constitución de 1886 en su Título V, y específicamente en su artículo 62² se consagraron varias disposiciones relativas a las reglas generales sobre el acceso, organización, administración y vinculación al servicio público; no obstante 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 1938³, en la que se proyectaron los principios fundamentales del mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y el ascenso en la misma.

Fue a partir del Decreto 1732 de 1960⁴ 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 adquiría 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.

No obstante, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968⁵, en tanto que admitió el ingreso automático de 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.

Su artículo 5° estableció por primera vez, las clases de nombramiento: ordinario, en período de prueba y provisional; de manera que, la designación en el empleo de libre nombramiento y remoción tiene el carácter de nombramiento ordinario; el nombramiento en empleo de carrera recae sobre los seleccionados por el sistema de mérito y se produce inicialmente en periodo de prueba que no puede exceder los 6 meses, término que luego de superado habilita la inscripción en el escalafón y la ratificación en el cargo; y el nombramiento provisional, se produce cuando se trata de "proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera", y no puede exceder de cuatro meses, y el artículo 25⁶, contempló dentro de las causales de retiro del servicio, la insubsistencia del nombramiento.

En lo que al retiro concierne, en su artículo 26⁷ señaló, que "*el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia*", no obstante debe dejarse constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Y agregó, que los nombramientos de los empleados de carrera solo podían ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos por la ley o reglamento que regule la respectiva carrera; declaratoria de insubsistencia que conllevaba la pérdida de los derechos de carrera. Si el empleado inscrito en el escalafón ocupaba un cargo que se declarara de libre nombramiento y remoción, perdería su derecho dentro de la carrera, salvo traslado a empleo de carrera con funciones y requisitos equivalentes, como lo informa su artículo 49⁸.

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 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.

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.

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 107⁹, 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 1987¹⁰, 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 1992¹¹ y Decretos Reglamentarios y con la Ley 443 de 1998¹², 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 1998¹³ en su artículo 7°, 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; disposición que corrobora aun 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 2004¹⁴, 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 aun más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005¹⁵, varía la situación, pero solo en el evento de darse por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, caso 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 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.

A esta altura del proceso, se advierte que se continua la línea jurisprudencial, plasmada en la sentencia de 13 de marzo de 2003¹⁶, proferida en el radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro, tesis ratificada en providencia proferida por la Sala de Sección de 4 de agosto de 2010, expediente 319-2008, actor Aura Alicia Pedraza Villamarín, en la que igualmente se consideró que el acto de desvinculación de un funcionario provisional, no requiere motivación alguna, conclusión a la que arribó la Sala, luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura, pero precisando que la exigencia de no motivación del acto que declara la insubsistencia del provisional encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004¹⁷.

LO PROBADO EN EL PROCESO

Se tiene que en el proceso reposan las siguientes pruebas documentales:

Reposa en el expediente la Comunicación dirigida a la Gerente General (E) de la Beneficencia de Cundinamarca, de fecha 1° de octubre de 1999, a través de la cual el accionante presentó renuncia al cargo que venía desempeñando desde el 4 de agosto de 1997, (Folio. 11). Así mismo aparece la Resolución No. 0490 del 4 de octubre de 1999, emitida por dicha funcionaria, por la cual le fue aceptada la renuncia, a partir, del 4 de octubre de 1999; y su comunicación de la misma fecha (Folios. 12 y 13).

Igualmente, aparece la Resolución No. 02777 de 29 de septiembre de 1999, por la cual el Gobernador (E) de la época, nombra en provisionalidad al demandante para desempeñar el cargo de Profesional Especializado, Código 335, Grado 09, de la Planta Global Única de Personal del Sector Central (Folio 20). De la misma manera, obra la comunicación de dicha Resolución, del 30 del mismo mes y año. Y el Acta de Posesión No.001950 de 4 de octubre de 1999 (Folios 19 y 23).

Se observa además, la Comunicación de fecha 30 de noviembre de 2001, en la que se le informa al accionante que: "...como resultado del proceso de reestructuración, mediante la Resolución No. 03152 del 29 de noviembre de 2001, ha sido incorporado con carácter provisional, dentro de la Planta Global Única de Personal del Sector Central establecida mediante Decreto No. 02001 del 29 de noviembre de 2001, en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, código 335grado 09...", (Folio 20). (Resalta la Sala).

Obra, la Resolución No. 00227 del 25 de febrero de 2004, en virtud de la cual el demandante fue declarado insubsistente del cargo de Profesional Especializado, Código 335 Grado 10, del Despacho del Instituto de Acción Comunal. De la misma manera, reposa la comunicación que se hizo al actor el 25 de febrero de 2004, del acto de insubsistencia (Folios 3 y 4).

Aparece, en el expediente la reclamación hecha por el actor, de fecha 25 de marzo de 2004, (con fecha de recibido del 29 del mismo mes y año), contra la Resolución No. 00227 de 2004, dirigida a la Directora de Departamento Administrativo de Talento Humano. De la misma manera obra respuesta negativa, por dicha funcionaria, mediante el Oficio DTH/DD No. 077638 (Folios. 6 y 7).

EL CARGO ENDILGADO DE "FALTA DE MOTIVACIÓN"

Ahora bien, antes de realizar el estudio de el cargo de anulación respecto de la Resolución enjuiciada que el accionante denominó "falta de motivación"; es del caso recordar que los vicios que atacan la presunción de legalidad de los actos administrativos son de dos clases; los vicios formales, que operan de pleno derecho, habida cuenta que representan la vulneración a la objetividad del ordenamiento jurídico y los vicios materiales, que por el contrario, no surgen de la mera confrontación con el ordenamiento, sino que nacen de la comprobación de circunstancias

de hecho, es decir, de los comportamientos concretos de la Administración.

De manera particular, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causales de nulidad de los actos administrativos, contempla como vicios formales, los de infracción de las normas en las que deben fundarse, expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular y como vicios materiales: su emisión con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

El vicio formal de infracción de las normas en las que el acto debe fundarse, referidas dichas normas, a todas aquellas que componen el ordenamiento jurídico, por manera que objetivamente implica la confrontación del acto con la norma superior, se trata entonces de un problema de derecho; la incompetencia, que consiste en que la autoridad administrativa adopta una decisión sin encontrarse legalmente facultada para ello, teniendo en cuenta que no se puede salir del marco constitucional y legal que le señala su competencia; y, la expedición irregular, que acontece cuando se emite el acto sin sujeción a un procedimiento y unas fórmulas determinadas.

El vicio material de desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, es una causal implícita en el Derecho administrativo, porque forma parte de la garantía constitucional básica al debido proceso; la falsa motivación, que se traduce en el error de hecho o de derecho que en determinado momento puede afectar la legalidad del acto y el desvío de poder, que es la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el Legislador.

De lo anterior se advierte, que el cargo que el demandante denominó como "falta de motivación", en sentido estricto no se constituye como patología del acto administrativo, en tanto que de conformidad con lo visto se el mismo se encuentra incurso en el vicio material de violación al debido proceso, habida cuenta que el cargo lo estructuró en el entendido que la demandada se sustentó en la figura de la provisionalidad, para sacarlo en cualquier tiempo, sin motivación y sin las justas causas bajo un proceso disciplinario.

Dilucidado lo anterior, debe señalarse que tal como lo dispone la normativa que regula la materia, al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero de estabilidad alguno, con lo que en consecuencia procede su retiro sin que sea menester su motivación, en consideración a que su nombramiento no requiere de ningún procedimiento, contrario a lo que sucede para el caso de los empleados de carrera, pudiéndose equiparar al cargo de libre nombramiento y remoción.

Además, se resalta que la permanencia del servidor público en el cargo ocupado en provisionalidad por encima del término previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad como tampoco al nominador le surge la obligación de motivar el acto de insubsistencia, porque tal circunstancia carece de la entidad suficiente para modificar la condición que legalmente ostenta el empleado provisional.

Aunado a ello, se tiene que el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, claramente establece que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo en el servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente sin motivación alguna por la autoridad nominadora, pues éste se presume expedido por razones del servicio público.

Por lo anteriormente expuesto, se impone el despacho desfavorable del cargo formulado.

DEL CARGO DE LA INFRACCIÓN DE NORMAS SUPERIORES

El demandante, indicó que con la expedición del acto objeto de cesura, fue expedido con desconocimiento de las normas consagradas en la Ley 443 de 1998, toda vez, que no se tuvo en cuenta que había adquirido el derecho a acceder a la carrera administrativa, puesto que prestó sus servicios en la Entidad accionada, desde del año 1999, hasta el 25 de febrero de 2004, es decir, por encima del término de los 4 meses establecidos para la provisionalidad.

Al respecto, se debe señalar que tal como se citó en el recuento histórico normativo de ésta providencia; la existencia de los provisionales no es extraña a las normas legales, pues esta figura se creó con el objeto de que se ocuparan los empleos de carrera administrativa cuando no ha precedido al nombramiento la selección por concurso, designación, que en principio no podía exceder los cuatro meses. No obstante ello, debe tenerse en cuenta que con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad¹⁸ de la existencia y funcionamiento de la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano dependiente y subordinado del Departamento Administrativo de la Función Pública, impidió por falta de competencia, que las diferentes Entidades y Organismos Públicos, adelantaran sus propios concursos de méritos para proveer en propiedad los cargos de carrera del Estado, quedando como una competencia exclusiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la que a su vez desapareció como quiera que las disposiciones que la regulaban fueron retirados del ordenamiento con ocasión de su revisión de constitucionalidad; situación conllevó a que las Entidades proveyeran los cargos de carrera vacantes mediante nombramientos en encargo o provisionalidad, en tanto se les facultó temporalmente para tal efecto en aras de cubrir las apremiantes necesidades del servicio, aunado a lo cual se tiene que el período de duración inicialmente establecido para dichos nombramientos fuera inoperante, pues la razón de ser del mismo estaba sujeta a la convocatoria del concurso.

Bajo dichos parámetros, no le asiste razón al demandante, al señalar que tenía derecho a acceder a la carrera administrativa por haber permanecido en el cargo bajo la figura de la provisionalidad por un término superior al legalmente establecido, toda vez, que su nombramiento se produjo el 29 de septiembre de 1999, fecha para la cual la Entidad demandada ya había perdido la competencia para convocar los procesos de selección para proveer los cargos de carrera administrativa vacantes dentro de su planta de personal, razón por la cual el término de los 4 meses no tenía razón de ser.

De conformidad lo señalado, se tiene entonces, que no prospera el cargo de infracción a las normas superiores esgrimido por el demandante en

contra del acto acusado.

DEL CARGO DE VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO

Alega el recurrente, que la demandada vulneró el artículo 29 Constitucional, porque con la expedición del acto acusado dejó de aplicar el procedimiento establecido en los artículos 44, 47, 48 y 61 del C.C.A., como quiera, que el mismo no le fue notificado, ni en él se le informaron los recursos que le eran procedentes, situación que genera su revocabilidad.

Frente a ello, advierte la Sala que de conformidad con el artículo 1° ibídem¹⁹, tales disposiciones no son aplicables al caso concreto, si se tiene en cuenta que el acto objeto de estudio, fue expedido en ejercicio de la facultad discrecional²⁰, toda vez, que se profirió respecto de un empleado vinculado mediante nombramiento provisional, que tiene carácter de análogo con el que ingresa al servicio por nombramiento ordinario, razón por la cual no le es dable al actor alegar violación alguna al debido proceso.

Con lo anterior, se impone el despacho desfavorable del cargo formulado.

DE LA DESVIACIÓN DE PODER

En sentir del actor la desviación del poder en la expedición del acto se produjo, porque la administración lo mantuvo en provisionalidad sin llamarlo a concurso con el fin oculto de destituirlo en cualquier momento para disponer del cargo para sus propias cuotas políticas.

En primer término, la Sala indica que es pertinente anotar que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el objeto que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y el ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, cuando se esta ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas que debe someterse.

Pues bien, en este sentido, en lo que concierne a la finalidad torcida de la administración, que en consideración del recurrente se generó al mantenerlo en provisionalidad sin llamarlo a concurso, con el fin de destituirlo en cualquier momento y disponer del cargo para sus propias cuotas políticas, advierte la Sala que tal aseveración impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la administración, lo que a su turno implica la demostración del *iter desviatorio*, para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó en búsqueda de fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.

En este orden de ideas y, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente, encuentra la Sala que los señalamientos del demandante, no pasan de ser meras afirmaciones que carecen por completo de soporte probatorio y que por lo tanto no cuentan con la entidad para configurar el vicio en mención, que invalide la actuación censurada.

Con lo anterior se tiene entonces, que al actor, no obstante asistirle la carga de la prueba, de ninguna manera demostró que el acto objeto de acusación, se inspiró en razones ajenas o distintas al fin señalado por el Legislador, que permitieran establecer la presencia de desviación de poder en su expedición, como quiera que entorno a ello, además del acto demandado no obra ninguna otra prueba.

En tal sentido, es claro que no prospera el cargo formulado.

DEL CARGO DE LA FALTA DE COMPETENCIA.

El accionante, alego que el acto objeto de remoción no fue proferido por el funcionario competente.

Al respecto advierte la Sala que el Instituto Departamental de Acción Comunal, al que pertenecía el cargo de Profesional Especializado, Código 335 Grado 10, que desempeñaba el accionante, para el momento en que fue declarada su insubsistencia, fue creado por el Decreto Ordenanza No. 1724 de 2001, como una Entidad perteneciente a la Gobernación del Departamento de Cundinamarca.

En tal sentido, es claro, que de conformidad con lo establecido en los numerales 15 del artículo 305 constitucional²¹ y 15 del artículo 95 del Decreto 1222 de 1986²², que establece dentro de las funciones de los Gobernadores la de: "*Nombrar y remover el secretario o secretarios y subalternos de la Gobernación*", es evidente, que el Gobernador de Cundinamarca si ostentaba la competencia para expedir el acto de remoción, respecto del actor.

Así las cosas, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia apelada de 22 de junio de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso promovido por el señor Juan MIGUEL OSORIO ORTÍZ, contra el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase ni expediente ni Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN
 IMPEDIDO
 NOTAS DE PIE DE PÁGINA

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

1 *Constitución Política de 1991, Artículo 125.* (Adicionado con un párrafo final, mediante acto legislativo 01 de 2003, julio 3). Los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley..."

2 *Constitución Política de 1886. Artículo 62.* "La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad defunciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público. El presidente de la república, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido. A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción".

3 Ley 165 del 16 de noviembre de 1938. "Por la cual se crea la carrera administrativa". Como lo indica su artículo 20, empezó a regir el 1° de julio de 1939. Artículo 4°. "Para los efectos de la presente Ley, quedan comprendidos en la carrera administrativa todos los empleados públicos que presten sus servicios en los ramos fiscal y administrativo, conforme a los artículos 39 y 40 del Código Político y Municipal, con las siguientes excepciones: a) los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad y sus secretarios; b) Los agentes del presidente de la república o de los gobernadores, intendentes y comisarios, y aquellos que aunque no tengan tal carácter, su designación tenga una significación esencialmente política, como los secretarios de los ministros, gobernadores, intendentes y comisarios; c) Los empleados nombrados por las cámaras legislativas, por las asambleas departamentales y por los concejos; d) Los empleados y agentes de policía y resguardos de rentas; e) Los empleados del ramo electoral; f) los funcionarios del ministerio público; g) los empleados de la presidencia de la república; h) los que estén incorporados en carreras especiales; e i) los demás que, ajuicio del gobierno, tengan funciones políticas o económicas que se rijan por un estatuto distinto del de la carrera administrativa".

4 Decreto 1732 de 18 de julio de 1960. Sobre *Servicio Civil y Carrera Administrativa*". Como lo indicó el Párrafo de su artículo 18, reguló de manera especial la Carrera Diplomática y Consular, dedicando todo el Capítulo VI. Este Decreto fue derogado por el artículo 65 del Decreto 2400 de 1968, menos sus artículos 178 y 179, referentes a la Junta Directiva de Cajanal y al Consejo Directivo de la Esap, respectivamente.

5 Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968 "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones". Este Decreto en su artículo 65, derogó el Decreto 1732 de 1960. Además fue reglamentado por el Decreto 1950 de 1973. Y fue derogado en los Títulos de Carrera Administrativa y Administración de Personal por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.

6 Artículo 25. "La cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: a. Por declaración de insubsistencia del nombramiento; b. por renuncia regularmente aceptada; c. Por supresión del empleo; d. Por retiro con derecho a jubilación; e. Por invalidez absoluta; f. Por edad; g. Por destitución; y h. Por abandono del cargo".

7 El artículo 26 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-734 de 2000, confirmada en Sentencia C-1003 de 2003. "El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera".

8 Artículo 49 "Los empleados inscritos en el escalafón que ocupen cargos que se declaren de libre nombramiento y remoción, perderán su derecho dentro de la carrera". El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Suprema en Sentencia de 10 de abril de 1970.

9 Artículo 107. "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

"En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".

10 Ley 61 de 30 de diciembre de 1987 "Por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones". Esta Ley

fue derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998. En el artículo 4° reiteró que la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción se hace por nombramiento ordinario y la de empleos de carrera previo concurso por "nombramiento en periodo de prueba o por ascenso y por nombramiento provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera..."

11 Ley 27 de 23 de diciembre de 1992 *"Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones"*. Esta Ley fue derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998. El artículo 10 reiteró que la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hacía por nombramiento ordinario y los de carrera previo concurso, por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso, agregó, que mientras se efectuara la selección para ocupar un empleo de carrera, gozaban de derecho preferencial para ser encargados los empleados inscritos en el escalafón, siempre que reunieran los requisitos para su desempeño y en caso contrario podía acudir al nombramiento provisional.

12 Ley 443 de 11 de junio de 1998 *"Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones"*. Esta Ley fue derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, salvo sus artículos 24, 58, 81 y 82, relacionados con los concursos que puede adelantar la ESAP, su naturaleza jurídica, la creación del Sistema Único de Información de Personal y la hoja de vida de los servidores públicos, respectivamente.

13 Decreto 1572 de 5 de agosto de 1998 *"Por el cual se reglamente la Ley 443 de 1998 y el Decreto -Ley 1567 de 1998"*.

14 Ley 909 de 23 de septiembre de 2004 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"*.

15 Decreto 1227 de 21 de abril de 2005 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998"*.

16 Sentencia de 13 de marzo de 2003, radicado 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo. Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro.

17 *Sentencia de 23 de septiembre de 2010, radicado 0883-2008, Actor María Stella Albornoz Miranda. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve "... A juicio de la Sala, en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P.), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad..."*.

18 La Corte Constitucional precisó en la sentencia C-372 de 1999 que el Congreso en desarrollo de los artículos 113 y 130 de la Constitución Política, señalará la estructura de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano autónomo e independiente, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial. La Corte consideró, por una parte, que si la Comisión Nacional del Servicio Civil establecida por la Constitución es un organismo único encargado de administrar y vigilar por regla general el sistema de carrera, ningún sentido tiene la existencia de comisiones independientes a nivel territorial, no previstas por aquella, cuya función descoordinada e inconexa desvertebraría por completo la estructura que la Constitución ha querido configurar en los términos descritos, frustrando los propósitos esenciales de sus artículos 125 y 130. Además, si lo que se predica del régimen de carrera en las contralorías es su carácter especial, a tal punto que frente a ellas ninguna atribución puede cumplir la Comisión Nacional del Servicio Civil, menos todavía puede admitirse la existencia de cuerpos similares a ella en las contralorías de los departamentos y municipios.

19 *"Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, (...) Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción. (...)"*

20 Juan Ángel Palacio Hincapié, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Librería Jurídica, Sánchez R. Ltda, Segunda Edición 2000, pág. 48. *El acto de potestad discrecional es aquel en cual la administración frente a un supuesto tiene la libertad para actuar, es decir, puede tomar la decisión o no tomarla atendiendo a su arbitrio, elige un comportamiento, que miradas las condiciones particulares del asunto que ha de resolver, considera que es la que más conviene al interés general, que es la que mueve su actuar.*

21 Artículo 305. *Son atribuciones del Gobernador.*

(...)

15. Las demás que le señale la Constitución, las leyes y las ordenanzas.

22 *"Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental"*.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 12:54:10