



## JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

---

Sincelejo, diecisiete (17) de febrero de dos mil diecisiete (2017).

**Medio de control:** Nulidad y Restablecimiento del Derecho.  
**Radicado N°:** 70-001-33-33-003-2013-00174-00.  
**Demandante:** Hernán Antonio Novoa Arrieta.  
**Demandado:** Departamento de Sucre.  
**Temas:** Insubsistencia de Provisional.

### SENTENCIA N° 16.

#### OBJETO DE LA DECISIÓN:

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

#### 1. ANTECEDENTES.

##### 1. 1. LA DEMANDA

##### 1.1.1. PARTES.

- Demandante: **HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA**, identificado con la cédula de ciudadanía N° 92.551.920 expedida en Corozal - Sucre, quien actuó a través de apoderado judicial<sup>1</sup>.
- Demandado: **DEPARTAMENTO DE SUCRE**.

---

<sup>1</sup> Folio 31 del expediente.

### 1.1.2. PRETENSIONES.

**Primera:** Que se declare la nulidad del decreto N° 0767 del 17 de diciembre de 2012, expedida por el señor Gobernador del Departamento de Sucre, por medio del cual, se da por terminado un nombramiento provisional y se hace un nombramiento en período de prueba.

**Segunda:** Que como consecuencia de la nulidad deprecada, se restituya al demandante en el cargo del que fue desvinculado o en su defecto se nombre en uno de igual o superior categoría.

**Tercera:** Que se condene a la entidad demandada, al pago de todos los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales, que dejó de devengar durante todo el tiempo que demore la separación del servicio público a causa y como consecuencia de la decisión contenida en el acto administrativo que se ataca.

**Cuarta:** Que se condene al Departamento de Sucre a pagar las costas y agencias en derecho.

### 1.1.3. HECHOS.

Se indica que, fue incorporado a la planta de personal de la Secretaría de Educación Departamental de Sucre, como funcionario administrativo de hecho del sector educativo financiado con recursos del Sistema General de Participaciones, a través del decreto 0332 del 04 de junio de 1996, expedido por el señor Gobernador del Departamento de Sucre.

Señala que, tal incorporación fue formalizada mediante decreto N° 2772 del 23 de noviembre de 2005 emitido por la Gobernación de Sucre, en el que se le designó equivocadamente en el cargo de Celador, por lo que por medio del decreto N° 0820 de 2006, se corrigió tal error, expresando que su vinculación a la planta de personal del Departamento de Sucre era en el cargo de Instructor en la Institución Educativa Técnico Agropecuaria El Piñal de Los Palmitos – Sucre.

Refiere que, mediante decreto N° 0845 del 04 de agosto de 2008 suscrito por el Gobernador de Sucre, el cargo que venía desempeñando fue homologado, asignándosele la denominación de Auxiliar Administrativo, código 314, grado 42.

Afirma que, a través del decreto N° 0767 del 17 de diciembre de 2012, expedido por el Gobernador de Sucre, se le dio por terminado su nombramiento en provisionalidad en el empleo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 43, de la planta de personal de la Gobernación de Sucre – Institución Educativa Técnico Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos y se hizo un nombramiento en período de prueba a la señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, según lista de elegibles enviada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Informa que, el motivo para la terminación de su nombramiento en provisionalidad, consistió en que equivocadamente la administración Departamental de Sucre, estableció que el cargo que venía ocupando correspondía al de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 43, empleo este de carrera, que había sido sometido a concurso y del cual existía lista de elegibles como ya se advirtió, pero lo que realmente ocurría era que el cargo que venía desempeñando era el de Auxiliar Administrativo, código 314, grado 42, que era uno diferente, con distinto código, por lo que el empleo que él se encontraba ejerciendo no había sido sometido a concurso.

Expresa que, de la iniciación de la actuación administrativa que originó su desvinculación de la planta de personal del Departamento de Sucre, nunca fue informado, pues solo se enteró cuando fue notificado del decreto N° 0767 de 2012, impidiéndose así el ejercicio de su derecho de contradicción y por ende del debido proceso.

Narra que, realizó audiencia de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, con la entidad demandada, obteniendo resultado fallido, cumpliéndose el requisito de procedibilidad. El Departamento de Sucre, alegó en la mentada audiencia, que el cargo de Auxiliar Administrativo, código 314 no existe, pues la denominación del cargo desempeñado por el actor es el de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42, y todo obedeció a un error de redacción.

#### **1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.**

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

**Constitución Política:** Artículos 29, 83, 121, 123 y 229.

**Legales:** Artículo 37, 138, 159, 160, 161, 162, 163 y 164 de la Ley 1437 de 2011.

### 1.1.5. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Manifiesta que, el acto administrativo cuya nulidad se pretende esta falsamente motivado, debido a que en su parte considerativa estipula que el cargo que venía ocupando en provisionalidad el demandante, fue sometido a concurso mediante convocatoria 001 de 2005 por la Comisión Nacional del Servicio Civil, pero en realidad, el cargo que fue sometido a concurso fue el de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42, denominación que no corresponde a la del empleo ejercido por el actor, que era el de Auxiliar Administrativo, código 314, grado 42, como consta en su acta de posesión N° 28134 del 05 de agosto de 2008.

Explica que, al demandante se le creó la confianza legítima de que el cargo para el que había sido homologado y del que tomó posesión, era el de Auxiliar Administrativo, código 314, grado 42.

Apunta que, la entidad demandada, no le comunicó a su representado, la actuación administrativa que culminó con la decisión adoptada mediante resolución N° 0767 de 2012, con lo cual, se violó el derecho que tenía el demandante de ser oído en un asunto en el que con antelación se sabía que iba a ser afectado.

### 1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 31 de mayo de 2013<sup>2</sup>.
- El Despacho mediante auto del 03 de julio de 2013<sup>3</sup> admitió la demanda, decisión comunicada a través de correo electrónico N° 084 del 04 de julio de 2013<sup>4</sup>.
- La demanda fue notificada a las partes el 09 de agosto de 2013<sup>5</sup>.
- Por auto de fecha 03 de diciembre de 2013<sup>6</sup>, se fijó el día 27 de marzo de 2014 a partir de las 10:00 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.
- Con fecha 27 de marzo de 2014<sup>7</sup>, se llevó a cabo audiencia inicial, fijando el día 04 de junio de 2014 a partir de la 02:30 p.m. para llevar a cabo audiencia de pruebas.

---

<sup>2</sup> Folio 33 del expediente.

<sup>3</sup> Folio 35 - 36 del expediente.

<sup>4</sup> Folio 37 del expediente.

<sup>5</sup> Folio 42 - 44 del expediente.

<sup>6</sup> Folio 51 del expediente.

<sup>7</sup> Folio 70 - 75 del expediente.

- Llegado el día 4 de junio de 2014<sup>8</sup>, se realizó audiencia de pruebas, fijando fecha para audiencia de alegatos y juzgamiento para el 03 julio de 2014 a partir de las 10:30 a.m.
- El día 03 de julio de 2014<sup>9</sup>, se llevó a cabo audiencia de alegatos y juzgamiento, la cual fue suspendida, fijándose como nueva fecha el 17 de julio de 2014 a partir de las 05.00 p.m.
- Por medio de auto del 16 de julio de 2014<sup>10</sup>, se reprogramó la audiencia de alegatos y juzgamientos para el 25 de septiembre de 2014 a partir de las 10:30 a.m.
- La audiencia de alegatos y juzgamiento es reanudada el día 25 de septiembre de 2014<sup>11</sup>, ordenándose la vinculación de la señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, como tercera interesada y su correspondiente notificación del contenido de la demanda para su contestación.
- La apoderada de la tercera interesada, el día 30 de junio de 2015<sup>12</sup>, presenta contestación de la demanda.
- El despacho a través de auto del 25 de abril de 2016<sup>13</sup>, fija el día 07 de junio de 2016 a partir de las 08:30 a.m. para audiencia de pruebas.
- Llegado el día 07 de junio de 2016<sup>14</sup>, se realizó audiencia de pruebas, corriendo traslado a las partes por el término común de 10 días, para presentar sus alegatos de conclusión.
- La apoderada de la tercera interesada aporta alegatos de conclusión con fecha 07 de junio de 2016<sup>15</sup>. De igual forma lo hace el departamento de Sucre, con fecha 20 de junio de 2016<sup>16</sup>.

### 1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

#### 1.3.1. DEPARTAMENTO DE SUCRE.

El Departamento de Sucre, no presentó contestación de la demanda.

---

<sup>8</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

<sup>9</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

<sup>10</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

<sup>11</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

<sup>12</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

<sup>13</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

<sup>14</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

<sup>15</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

<sup>16</sup> Folio 94 - 95 del expediente.

### 1.3.2. TERCERO INTERESADO<sup>17</sup>.

Frente a las pretensiones de la demanda, manifestó que se opone a todas y cada una de ellas.

Atinente a los hechos de la demanda, no emitió pronunciamiento alguno.

Fundamenta su defensa alegando que, su representada se encuentra nombrada y debidamente posesionada en propiedad, en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 43, en la institución Educativa Técnica Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos – Sucre, cargo que desempeñaba en provisionalidad el demandante.

Argumenta que, su nombramiento en período de prueba y después en propiedad, se dio en cumplimiento de cada uno de los requisitos establecidos para ello, toda vez que la señora GADID ISABEL PEÑA, participó en concurso público que para tal efecto realizó la Comisión Nacional del Servicio Civil, aprobando cada una de las etapas establecidas por ley.

Expresa que, el Departamento de Sucre, declaró insubsistente al señor NOVOA ARRIETA, en el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 43, en la institución Educativa Técnica Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos – Sucre, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 125 de la Constitución Política, cumpliendo los requisitos legales y las publicaciones respectivas, pues tal procedimiento era necesario, habida cuenta que el demandante se encontraba nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera que fue sometido a concurso público y el actor no participó en tal convocatoria y como es lógico no fue seleccionado en lista de elegibles para tal cargo.

Anota que, el señor HERNÁN NOVOA ARRIETA, no posee sustancial y legalmente el derecho de exigir nulidad del acto administrativo N° 0767 del 17 de diciembre de 2012, toda vez que este ejercía tal cargo en provisionalidad.

Como excepciones propuso la de inexistencia del derecho reclamado.

---

<sup>17</sup> Folio 337 - 403 del expediente.

#### 1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

##### 1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

No presentó alegatos de conclusión.

##### 1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA<sup>18</sup>:

El Departamento de Sucre alega que, el señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, fue nombrado en provisionalidad en el año 2005, en el cargo de Auxiliar Administrativo , grado 43, código 407, de la planta global de cargos del Departamento de Sucre. El actor en todo momento ostentó el código y grado de empleo referido desde que se vinculó a la administración en calidad de funcionario en provisionalidad, como aparece en los reportes de sus certificados laborales y desprendibles de pago.

El cargo de auxiliar administrativo, código 314, fue un error de transcripción, pues en realidad dicho cargo y dicho código no existe en la planta de personal de la Secretaría de Educación Departamental, ni en la Gobernación del Departamento de Sucre.

El cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 43, fue sometido a concurso de méritos a través de la convocatoria 001 de 2005 llevada a cabo por la Comisión Nacional de Servicio Civil.

La señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, se inscribió al concurso mencionado, aspirando al cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 43, del nivel asistencial de la planta de personal de la Gobernación de Sucre y una vez superadas todas las etapas y cumplidos todos los requisitos del cargo, optó por la vacante de Auxiliar Administrativo, Código 407, grado 43, de la Institución Educativa Técnico Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos - Sucre, cargo que ocupaba en provisionalidad el actor.

En atención a la lista de elegibles enviada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Departamento de Sucre, a través del decreto 0767 del 17 de diciembre de 2012, procedió a dar por terminado el nombramiento en provisionalidad del demandante

---

<sup>18</sup> Folio 435 - 440 del expediente.

y a nombrar en período de prueba a la señora PEÑA NOVOA, en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 407, grado 43, de la Institución Educativa Técnico Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos – Sucre, empleo que hoy ocupa en propiedad.

Para el caso bajo examen, el demandante, quien ocupa provisionalmente el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 43, de la Gobernación del Departamento de Sucre, no le otorga derechos para ostentar el cargo como funcionario en carrera administrativa. El simple hecho de ocupar el empleo de carrera no le concede al funcionario derechos de carrera en relación con el cargo que ocupa, pues a los empleados nombrados en provisionalidad no les asiste fuero de estabilidad alguna, ni mucho menos se le genera un fuero de inamovilidad.

El nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera, accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera, ya que a esta clase de funcionarios no se les garantiza una estabilidad laboral, pues su cargo está circunscrito a la forma como se proveerán los empleos de carrera administrativa, que puede ser en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos, de conformidad con el título V de la ley 909 de 2004.

#### **1.4.3. TERCERO INTERESADO<sup>19</sup>.**

Explica que, la señora GADID PEÑA NOVOA, adquirió mediante concurso de mérito el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 43, por haber superado todas la etapas y requisitos para ello.

Refiere que, las reglas de los concursos de méritos son invariables de conformidad con la sentencia SU – 913 de 2009, que señala “resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez estas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.”

---

<sup>19</sup> Folio 432 - 434 del expediente.

El demandante fue nombrado en provisionalidad mediante decreto N° 0846 de 2008 en el cargo de auxiliar administrativo, grado 43 código 407, este cargo se encontraba vacante ya que no había sido sometido a concurso abierto de mérito como lo establece la Constitución Política de Colombia en su artículo 125.

En el presente caso, el señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, quien ocupó provisionalmente el cargo de auxiliar administrativo, código 407, grado 43, de la Gobernación del Departamento de Sucre, no le otorga derechos para ostentar el cargo como funcionario en carrera administrativa.

#### 1.4.4. MINISTERIO PUBLICO:

Se abstuvo de emitir concepto de fondo.

## 2. CONSIDERACIONES.

### 2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

### 2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el decreto N° 0767 del 17 de diciembre de 2012<sup>20</sup>, expedido por el señor Gobernador del Departamento de Sucre, mediante la cual se da por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 43, de la planta de personal de la Gobernación de Sucre en la Institución Educativa Técnico Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos.

---

<sup>20</sup> Folio 9 – 10 del expediente.

### 2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿al demandante le asiste derecho o no a ser restituido al cargo en provisionalidad que ocupaba en la entidad accionada, y como consecuencia de ello, al pago de los salarios y prestaciones sociales que dejó de percibir?

Para arribar a la solución de lo planteado, se abordará el siguiente hilo conductor: (i) marco normativo de la carrera administrativa, y la provisionalidad en Colombia (ii) Situación del empleado provisional (iii) caso concreto.

### 2.4. NORMATIVIDAD DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA, Y LA PROVISIONALIDAD EN COLOMBIA<sup>21</sup>.

Desde la Carta Política de 1886, se elevaron a rango constitucional, las reglas generales sobre el acceso, organización y administración del servicio público y sobre quienes se vincularan laboralmente al mismo, así se extrae del artículo 62 de la norma superior.

Luego de un amplio desarrollo legal, la Carta Política de 1991, varió de manera trascendente el texto del artículo 62 de la anterior Constitución hasta el punto de dedicar a la Función Pública, todo el Capítulo 2º, es decir, de los artículos 122 a 131.

Es así como en el artículo 125 prescribe, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y expresamente exceptúa de la misma a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, a los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Señala además que, los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la ley, serán nombrados por concurso público; el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; el retiro ocurrirá por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley; y en ningún caso la filiación de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

---

<sup>21</sup> El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, agosto 4 de 2010, Expediente N° 15001-23-31-000-2001-00354-01 (0319-08)

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

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

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

En el artículo 4º por primera vez se define lo que es un sistema específico de carrera. Enlista las carreras específicas agregando a las que traía la normativa anterior, las Superintendencias, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la U.E.A de la Aeronáutica Civil.

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

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

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

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

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004, establece las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, los que se producen en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) Inexequible. [Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004](#), por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; [Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005](#).
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-501 de 2005](#), en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante [Sentencia C-1189 de 2005](#), en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Parágrafo 1º. Inexequible. Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Empero, estos dispositivos fue suspendida provisionalmente por el H. Consejo de Estado<sup>22</sup>, en providencia del 5 de mayo de 2014; por considerar entre otras cosas que, la Comisión Nacional del Servicio Civil no puede inmiscuirse en temas regulados específicamente por la normativa especial; en este sentido señaló:

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

---

<sup>22</sup> El anterior recuento fue tomado de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Expediente N° 11001-03-25-000-2012-00795-00 (2566-12)

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

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

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

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

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

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

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

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

*Encuentra el Despacho que del cotejo entre el texto de los actos administrativos acusados y las normas invocadas como vulneradas se evidencia la vulneración de estas últimas<sup>23</sup>, por cuanto el Decreto 4968 de 2007, crea procedimientos y trámites*

---

<sup>23</sup> De la Ley 909 de 2004: **"Artículo 11. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa.** En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:  
a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley; (...)  
h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa;

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**“Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal.** Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”.

Ahora, en cuanto al retiro de los servidores públicos, hoy objeto de estudio, la Corte Constitucional ha señalado que ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad<sup>24</sup>.

La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “*cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal*”<sup>25</sup>. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “*no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo*”<sup>26</sup>.

## 2.5. DE LA SITUACIÓN DEL EMPLEADO PROVISIONAL

Siguiendo el mismo hilo conductor de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, agosto 4 de 2010, Expediente N° 15001-23-31-000-2001-00354-01 (0319-08), encontró el Consejo de Estado, de conformidad con el recuento normativo que antecede, que en nuestro País existe como garantía para los servidores públicos, que les permite la permanencia en los cargos, el principio general de la carrera administrativa, que ha atravesado por diversas condiciones circunstanciales de las dinámicas políticas, que inevitablemente en veces la han convertido en la excepción. Es así como en la Carta Política de 1886 inicialmente se consagraron las reglas generales sobre el servicio público, entre las que se hizo alusión a la carrera administrativa, que en los primeros cincuenta años de su vigencia se tornó en una figura extinta, pero que renació con la expedición de la Ley 165 de 1938, en la que se proyectaron los principios

---

<sup>24</sup> En las normas generales que han reconocido la provisionalidad como forma de provisión de empleos se destacan el artículo 5º del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 4º de la Ley 61 de 1987, el artículo 10 de la Ley 27 de 1992, el artículo 8º de la Ley 443 de 1998, así como la Ley 909 de 2004.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-1206 de 2004.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-793 de 2002.

fundamentales de mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y ascenso en la misma. Sin embargo, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968, en tanto que admitió el ingreso automático a la misma, favoreciendo a los empleados que estuvieron desempeñando el empleo de carrera, solo por el hecho de estarlo haciendo al momento de la expedición de la ley; obviando con ello, que uno de los pilares básicos es el mérito que se debe demostrar previo al ingreso en el servicio público, situación que encontró su fin solo hasta el año 1997, con la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional del artículo 22 de la Ley 27 de 1992 en la Sentencia C- 030.

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

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

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

En efecto es claro, que por orden legal, la designación del empleado provisional tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado; tal circunstancia en armonía con el inciso 3º del mismo artículo, permite deducir, que dicho nombramiento no tiene el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, no otorga la estabilidad propia del sistema; así las cosas, su desvinculación se producirá dentro de las hipótesis del artículo 25 ibídem, que bien desarrolló el artículo 26, pero con la ambigüedad relacionada a que la insubsistencia es propia de los que no pertenecen a una carrera, esto es, los nombramientos ordinarios o sea los de libre nombramiento y remoción, pues para los de carrera existen los motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios de insatisfactoria.

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

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

Tal identidad que comparte el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, en razón de que puede declararse su insubsistencia sin motivación alguna, persiste aún, en razón de que la Carta Política de 1991 en su artículo 125,

preceptuó como causales de retiro para los empleados de carrera, no solo la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario, las demás causales previstas en la Constitución, sino también las demás contempladas por *“la ley”*; última parte de la disposición Superior, que habilita de manera expresa la aplicación de lo prescrito en esta particular materia de tiempo atrás, por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

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

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

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

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

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004, cuando establece que las clases de nombramiento son ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal; con lo que se torna aún más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

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

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

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

venció el período de los 6 meses, por el cual se efectúa el nombramiento del demandante.

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

## 2.6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la declaratoria de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho, del acto administrativo contenido en el decreto 0767 del 17 de diciembre de 2012<sup>27</sup>, por medio del cual, la Gobernación del Departamento de Sucre, dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del demandante, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 43 de la planta de personal de la Gobernación de Sucre – Institución Educativa Técnico Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos, cargo que no corresponde al que realmente el ejercía, lo que al parecer del accionante constituye una falsa motivación.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Copia del decreto 0767 de 2012<sup>28</sup> de la Gobernación de Sucre.
- Copia del oficio 700.11.03/H. N° C 1483 del 17 de diciembre de 2012<sup>29</sup>, suscrito por el Líder de Programa Administrativo y Financiero - Secretaría de Educación departamental de Sucre.
- Copia del decreto N° 0332 del 04 de junio de 1996<sup>30</sup>, expedido por la Gobernación de Sucre.
- Copia del decreto N° 2772 del 23 de noviembre de 2005<sup>31</sup>, expedido por la Gobernación de Sucre.

---

<sup>27</sup> Folio 9 - 10 del expediente.

<sup>28</sup> Folio 9 – 10 del expediente.

<sup>29</sup> Folio 11 del expediente.

<sup>30</sup> Folio 171 - 322 del expediente.

<sup>31</sup> Folio 16 - 17 del expediente.

- Copia del acta de posesión N° 25063 de fecha 07 de diciembre de 2005<sup>32</sup>, del demandante en el cargo de Celador en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos – Sucre.
- Copia del decreto N° 0820 de 2006<sup>33</sup>, expedido por el Secretario de Educación Departamental de Sucre.
- Copia del decreto N° 0845 de 2008<sup>34</sup>, expedido por la Gobernación de Sucre.
- Copia del decreto N° 0846 del 04 de agosto de 2008<sup>35</sup>, expedido por la Gobernación de Sucre.
- Copia del acta de posesión del demandante de fecha 05 de agosto de 2008<sup>36</sup>, por medio del cual toma posesión del cargo de auxiliar administrativo, código 314, grado 42.
- Copia de la resolución N° 3619 del 11 de octubre de 2012<sup>37</sup>, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- Copia del certificado de tiempo de servicio del demandante de fecha 21 de enero de 2013<sup>38</sup>, expedido por el Líder del Programa Administrativa y Financiera de la Gobernación de Sucre – Secretaría de Educación.
- Copia del certificado salarial del demandante de fecha 25 de enero de 2013<sup>39</sup>, expedido por el Asesor del Programa de Recursos Humanos de la Gobernación de Sucre – Secretaría de Educación.
- Acta de conciliación extrajudicial celebrada entre las partes ante el señor Procurador 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 28 de mayo de 2013<sup>40</sup>.
- Constancia de conciliación extrajudicial celebrada entre las partes ante el señor Procurador 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 28 de mayo de 2013<sup>41</sup>.
- Un CD que contiene en formato Excel listado de cargos de carrera de la Gobernación de Sucre que fueron convocados a concurso de méritos a través de la aplicación IV de la convocatoria N° 001 de 2005<sup>42</sup>.

---

<sup>32</sup> Folio 66 del expediente.

<sup>33</sup> Folio 18 del expediente.

<sup>34</sup> Folio 153 - 156 del expediente.

<sup>35</sup> Folio 157 - 168 del expediente.

<sup>36</sup> Folio 22 del expediente.

<sup>37</sup> Folio 23 - 25 del expediente.

<sup>38</sup> Folio 26 del expediente.

<sup>39</sup> Folio 27 del expediente.

<sup>40</sup> Folio 29 del expediente.

<sup>41</sup> Folio 30 del expediente.

<sup>42</sup> Folio 87 del expediente.

- Acta individual de escogencia de empleo de la señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, en los establecimientos educativos del Departamento de Sucre de fecha 22 de noviembre de 2012<sup>43</sup>.
- Copia del oficio de fecha 19 de diciembre de 2012<sup>44</sup>, suscrito por la señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, donde manifiesta que acepta el cargo de Auxiliar Administrativo, grado 43 de la planta de personal de la Gobernación de Sucre – Institución Educativa Técnico Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos.
- Copia del oficio 700.11.03/H. N° C 1484 del 17 de diciembre de 2012<sup>45</sup>, suscrito por el Líder de Programa Administrativo y Financiero - Secretaría de Educación departamental de Sucre.
- Copia del acta de posesión de fecha 20 de diciembre de 2012<sup>46</sup>, de la señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 43 de la planta de personal de la Gobernación de Sucre – Institución Educativa Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos.
- Copia del decreto 0517 del 02 de julio de 2013<sup>47</sup>, expedido por el Gobernador de Sucre, por medio del cual se hace un nombramiento en propiedad.

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, anteriormente relacionado, se encuentra acreditado que el accionante fue vinculado a la administración del Departamento de Sucre, a través del decreto N° 2772 del 23 de noviembre de 2005<sup>48</sup>, en el cargo de celador, acto administrativo que fue aclarado a por medio del decreto 0820 de 2006<sup>49</sup>, con respecto al demandante, determinando que el empleo que este ejercería en la planta de personal de la Gobernación de Sucre, era el de Instructor, en la Institución Educativa Técnico Agropecuaria El Piñal del municipio de los Palmitos – Sucre.

En el mismo decreto N° 2772 del 23 de noviembre de 2005<sup>50</sup>, se vincularon a la planta de personal del Departamento de Sucre, a otras seis personas, cuatro de las cuales ingresaban en el cargo de Instructor, estas son: MARTHA BEATRIZ ARRIETA DÍAZ, MARÍA ELENA BUELVAS PÉREZ, SILVIA LUCIA NÚÑEZ ARRIETA, MARÍA DEL ROSARIO SEVERICHE DÁVILA.

---

<sup>43</sup> Folio 367 del expediente.

<sup>44</sup> Folio 368 del expediente.

<sup>45</sup> Folio 369 del expediente.

<sup>46</sup> Folio 372 del expediente.

<sup>47</sup> Folio 382 del expediente.

<sup>48</sup> Folio 16 – 17 del expediente.

<sup>49</sup> Folio 18 del expediente.

<sup>50</sup> Folio 16 – 17 del expediente.

A través del decreto N° 0845 de 2008<sup>51</sup>, la administración del Departamento de Sucre, homologa y nivela salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación Departamental financiados con recursos del Sistema General de Participaciones, es así como en el artículo primero del mentado reglamento, en el nivel Técnico, el cargo de Instructor, código 4085, grado 8, se homologó al de Técnico Operativo, código 314, grado 13 y al cargo de Auxiliar Administrativo se le otorgó el código 407.

Seguidamente la Gobernación de Sucre, por medio del decreto N° 0846 de 2008<sup>52</sup>, asigno la denominación, código, grado y asignación mensual determinado en la planta de cargos homologada al personal administrativo del sector educativo financiado con recursos del Sistema General de Participaciones en el Departamento de Sucre, estableciendo que al señor NOVOA ARRIETA HERNÁN ANTONIO, le correspondía el cargo identificado con el código 314, grado 42 con denominación de Auxiliar Administrativo.

En la misma decisión administrativa se dispuso que, los señores MARÍA ELENA BUELVAS PÉREZ, SILVÍA LUCIA NÚÑEZ ARRIETA y MARÍA DEL ROSARIO SEVERICHE DÁVILA, incluidos en la planta de personal de la Gobernación de Sucre, por la misma norma que vinculó al actor y que ocupaban el mismo cargo, quedaban desempeñando el empleo de Técnico Operativo, código 314, grado 13.

El Departamento de Sucre, ofertó en convocatoria pública 001 de 2005 adelantada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tanto el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42, como el de Técnico Operativo, código 314, grado 13<sup>53</sup>.

La señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, quien actúa en el presente proceso como tercera interesada, se inscribió en la convocatoria número 001 de 2005, para participar en el concurso de méritos para el cargo de nivel asistencial grupo III rango A<sup>54</sup>, y luego de superadas todas las etapas del concurso y cumplir los requisitos exigidos, optó por el empleo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42 de la planta de personal de la Gobernación de Sucre, ofertado en la OPEC<sup>55</sup>, que para tal efecto público la CNSC.

---

<sup>51</sup> Folio 153 - 156 del expediente.

<sup>52</sup> Folio 157 - 168 del expediente.

<sup>53</sup> Folio 87 del expediente CD con archivo en formato Excel.

<sup>54</sup> Folio 347 del expediente.

<sup>55</sup> Folio 359 del expediente.

La Comisión Nacional del Servicio Civil, surtidos los trámites de rigor, verificados los requisitos para el cargo y el cumplimiento de cada una de las etapas de la convocatoria 001 de 2005, a través de la resolución 3619 del 11 de octubre de 2012<sup>56</sup>, expidió lista de elegibles para el empleo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42 de la planta de personal de la Gobernación de Sucre, que incluía a la señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA.

La señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, al quedar ubicada en la tercera posesión de la lista de elegibles, optó por la vacante ubicada en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos<sup>57</sup>.

Con fecha 17 de diciembre de 2012, la Gobernación de Sucre, emite el decreto N° 0767<sup>58</sup>, por medio del cual da por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, en el cargo de Auxiliar Administrativo código 407, grado 42, de la Institución Educativa Técnico Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos - Sucre y en su lugar nombra en período de prueba a la señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, a quien posteriormente nombra en propiedad en el mencionado cargo a través del decreto 0517 del 02 de julio de 2013<sup>59</sup>.

El motivo argumentado por el Departamento de Sucre, para dar por terminado el nombramiento en provisionalidad del demandante, fue la existencia de lista de elegibles conformada por la Comisión Nacional de Servicio Civil para el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42 de la planta de personal de la Gobernación de Sucre y que este cargo de carrera era desempeñado en provisionalidad por el señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA.

De lo relatado anteriormente, resulta evidente, en primera instancia, la existencia de un error cometido por la administración del Departamento de Sucre, al momento de clasificar y homologar el empleo que desempeñaba el demandante desde el año 2005, fecha en la que fue vinculado permanentemente a la planta de personal de la Gobernación de Sucre.

---

<sup>56</sup> Folio 23 - 25 del expediente.

<sup>57</sup> Folio 367 del expediente.

<sup>58</sup> Folio 9 - 10 del expediente.

<sup>59</sup> Folio 382 del expediente.

En efecto se observa que, a través del decreto N° 0820 de 2006<sup>60</sup>, acto administrativo que goza de la presunción de legalidad, se expresó claramente que el señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, pasaba a ser vinculado a la planta de personal del ente territorial en el cargo de Instructor y no en el de celador como equivocadamente había queda sentado en el decreto N° 2772 del 23 de noviembre de 2005<sup>61</sup>.

Según se desprende del decreto N° 0845 de 2008<sup>62</sup>, por el cual se homologaron y se nivelaron salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación Departamental financiados con recursos del Sistema General de Participaciones, planta de personal al que pertenece el accionante, el cargo de Instructor fue homologado al de Técnico Operativo, código 314, grado 13.

De hecho, para reafirmar tal conclusión, se tiene que, los señores MARÍA ELENA BUELVAS PÉREZ, SILVÍA LUCIA NÚÑEZ ARRIETA, MARÍA DEL ROSARIO SEVERICHE DÁVILA, quienes como ya se advirtió, fueron incluidos a la planta de personal de la Gobernación de Sucre, en el mismo decreto de vinculación del actor (decreto 2772 del 23 de noviembre de 2005<sup>63</sup>.) y que ocupaban el mismo cargo, quedaron homologados en el empleo de Técnico Operativo, código 314, grado 13.

Luego entonces, en el decreto N° 0846<sup>64</sup>, que asigna la denominación, código, grado y asignación salarial a los empleados de la planta de personal de la Gobernación de Sucre financiados con cargo al Sistema General de Participaciones, se incurre en un error al indicar que, al señor NOVOA ARRIETA, le corresponde el cargo de Auxiliar Administrativo, código 314, grado 42 con asignación de \$1.477.604, cuando debió indicarse con fundamento en el decreto N° 0845 de 2008<sup>65</sup>, que el cargo del demandante correspondía al de Técnico Operativo, código 314, grado 13 con asignación de 1.698.474, mismo cargo que pasaron a ocupar los señores MARÍA ELENA BUELVAS PÉREZ, SILVÍA LUCIA NÚÑEZ ARRIETA, MARÍA DEL ROSARIO SEVERICHE DÁVILA, vinculados a la planta de personal de la Gobernación de Sucre, en el mismo decreto de vinculación del actor y con el mismo cargo.

De lo anterior se puede colegir, que el demandante, desde siempre ha ejercido en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria El Piñal del municipio de los Palmitos -

---

<sup>60</sup> Folio 18 del expediente.

<sup>61</sup> Folio 16 – 17 del expediente.

<sup>62</sup> Folio 153 - 156 del expediente.

<sup>63</sup> Folio 16 – 17 del expediente.

<sup>64</sup> Folio 157 – 168 del expediente.

<sup>65</sup> Folio 153 - 156 del expediente.

Sucre, el cargo de instructor, empleo que una vez homologado a través del decreto N° 0845 de 2008<sup>66</sup>, se convirtió en el de Técnico Operativo, código 314, grado 13.

Luego entonces, el yerro por parte del Departamento de Sucre, no consistió en primera instancia en un simple error de transcripción en el decreto N° 0846 de 2008<sup>67</sup>, en el código asignado al actor, como lo quiere hacer ver la parte demandada, sino, que la equivocación se concretó, en la incorrecta asignación de la denominación, salario y grado del cargo que le correspondía realmente al demandante en la nueva planta de personal homologada de la Gobernación de Sucre, pues el empleo de Técnico Operativo, código 314, grado 13, es totalmente diferente al de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42, de la planta de personal de la Gobernación de Sucre.

Los empleos públicos están clasificados a través de niveles jerárquicos, así se tiene que de conformidad con lo preceptuado por el decreto 785 de 2005, según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades territoriales se clasifican en: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

De conformidad con el artículo 15 de la misma norma, los empleos igualmente están identificados a través de una nomenclatura, que son los vocablos y dígitos asignados por la autoridad competente que distinguen un empleo de otro, compuesto por un código de identificación del empleo y su denominación que está referida al nombre asignado al mismo.

El conjunto de la denominación del empleo y el código asignado al mismo, permiten que cada cargo tenga su propia nominación que solo a él pertenece.

A partir de la ley 909 de 2004, y en virtud de la sentencia C-279 de 2007, proferida por la Corte Constitucional, por la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, “Estatuto Orgánico de la Fiscalía”, los retiros del servicio por declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales, deberán ser motivados por razones del servicio específicos, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida; posición ratificada entre otras, por la Sentencia SU-917 de 2010.

---

<sup>66</sup> Folio 153 - 156 del expediente.

<sup>67</sup> Folio 157 - 168 del expediente.

De allí, que los actos de retiro del personal en provisionalidad debe ser debidamente motivado.

En sentencia del Honorable Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda – subsección “a”- Consejero Ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Del 12 de abril de 2012, se expresó:

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

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

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

*“(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”<sup>68</sup>.*

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

*De manera ilustrativa la Corte, en el pronunciamiento unificador aludido indicó: “Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de*

---

<sup>68</sup> Sentencia SU 917 de 2010.

*las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”.*

*En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, el hecho de no pertenecer a la carrera administrativa, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.”<sup>69</sup>*

La Honorable Corte Constitucional, a través de Sentencia T-289 de 2011, señaló:

***3.2.3. Protección constitucional a empleados en provisionalidad en cargos de carrera. Reiteración.***

*La Corte Constitucional a través de reiterada jurisprudencia, ha considerado la situación de aquellas personas que han sido nombradas en provisionalidad para ocupar cargos de carrera administrativa, toda vez que las circunstancias de vinculación y retiro del servicio se dan en condiciones que no son equiparables a las de los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción<sup>127</sup> y los funcionarios inscritos en carrera administrativa<sup>181</sup>.*

(...)

*La jurisprudencia constitucional 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)** se provea el cargo respectivo a través de concurso y **iii)** la desvinculación se produzca mediante un acto motivado. En sentencia T-800 de 1998<sup>211</sup>, la Corte Constitucional expuso:*

*La facultad con que cuentan los órganos y entidades del Estado para desvincular a sus servidores depende del tipo de sujeción que éstos tengan con la Administración. Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante*

---

<sup>69</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda – subsección “a”- Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá D.C., 12 de abril de 2012

*calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.*

*En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.*

*No obstante, cabe aclarar que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.*

*(...)*

*La regla impuesta por la Corte Constitucional en sus diferentes fallos es que, quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia, pueda tenerse como válido sólo cuando haya sido motivado<sup>[24]</sup>, toda vez que solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación. Por ello, quien goza de la facultad nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para tales efectos<sup>[25]</sup>. Justa causa que debe ser expuesta en el acto administrativo de desvinculación. Al respecto, en sentencia de unificación SU-917 de 2010<sup>[26]</sup>, se concluyó:*

*En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas. (Subrayado fuera de texto)*

*- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios*

*democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.*

*- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.*

*- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”.*

*En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.*

*- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aun cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.*

*En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador tiene la obligación de motivar el acto mediante el cual pretende la desvinculación, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión, sólo así podrá optar porque la jurisdicción de lo contencioso juzgue la juricidad de los motivos expuestos por la administración.*

*(...)*

**En conclusión, para esta Sala de Revisión es necesario hacer prevalecer la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha mantenido invariable desde el año 1998, según la cual el acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona que viene ocupando provisionalmente un cargo de carrera debe ser motivado, en defensa de derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros.** (Negrita y subrayado fuera del texto).

La sentencia SU 917 DE 2010, en cuanto a las razones o motivos para declarar insubsistente a un funcionario nombrado en provisionalidad, se estableció lo siguiente.

*“...En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.*

*“(...)”*

*Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa[66] o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, lo cuales, en todo caso, deben ser*

*constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.*

“(...)”

*“En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto””.* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

El error del Departamento de Sucre, en la identificación del empleo que venía ejerciendo el demandante desde el año 2005 en la entidad demandada, ocasionó que se cometiera un nuevo yerro, que fue el de declarar insubsistente al actor en un cargo con denominación distinta al que el ejercía en realidad.

La señora GADID ISABEL PEÑA NOVOA, se inscribió a la convocatoria pública 001 de 2005, superando todas las etapas establecidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, hasta el punto de conformar la lista de elegibles para proveer las vacantes ofertadas por la Gobernación de Sucre para el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42 a través de la resolución 3619 del 11 de octubre de 2012<sup>70</sup>, de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El cargo desempeñado por el demandante corresponde al de Técnico Operativo, código 314, grado 13, en la Institución Educativa Técnica Agropecuaria El Piñal del municipio de Los Palmitos- Sucre.

Luego entonces, la administración departamental de Sucre, no podía declarar insubsistente al actor de un cargo con denominación distinta del que ejercía en realidad, so pretexto de dar cumplimiento de forma incorrecta al proceso de selección por méritos realizado a través de la convocatoria 001 de 2005 por la Comisión Nacional del Servicio Civil, toda vez que la aspiración de la tercera interesada correspondía a un cargo totalmente diferente del que ejercía el actor.

---

<sup>70</sup> Folio 23 - 25 del expediente.

Para la desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, la motivación debe cumplir con el principio de razón suficiente, es decir, que en el acto administrativo se observa con claridad y detalle “las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”<sup>71</sup> y mucho menos las justificaciones contrarias a la realidad.

Conclusión de lo anterior, es que el acto administrativo a través del cual se ordena la declaratoria de insubsistencia debe en su motivación obedecer a la provisión definitiva del cargo que ejerce el demandante y no a otro distinto, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación de la labor o al servicio que se está prestando y que debería prestar el funcionario, lo cual no ocurrió en el caso en concreto, toda vez que, como se dijo con anterioridad, el decreto N° 0767 del 17 de diciembre de 2012<sup>72</sup>, declaró insubsistente al actor de un cargo que en realidad no ocupaba y por ende nombró a la tercera interesada en un cargo para el cual no concurso.

Luego entonces, existió falsa motivación en el decreto N° 0767 del 17 de diciembre de 2012<sup>73</sup>, por cuanto la administración del Departamento de Sucre, utilizó unas consideraciones erradas tanto fácticas como jurídicas para declarar insubsistente a un empleado que se desempeña en provisionalidad en un cargo de carrera, razones a su vez suficientes para desestimar la excepción de inexistencia del derecho reclamado, alegada por la tercera interesada.

Colofón de lo anterior, se decretará la nulidad del decreto N° 0767 del 17 de diciembre de 2012<sup>74</sup>, por medio de la cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407 grado 42, de la planta de personal de la gobernación del Departamento de Sucre.

### 3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Corolario de todo lo expuesto, deviene la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por lo que se declarará la nulidad del decreto N° 0767 del 17 de diciembre

---

<sup>71</sup> Ibídem. Sentencia T-1316 del 13 de diciembre de 2005. MP. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>72</sup> Folio 9 - 10 del expediente.

<sup>73</sup> Folio 9 - 10 del expediente.

<sup>74</sup> Folio 9 - 10 del expediente.

de 2012<sup>75</sup>, expedida por el Gobernador del Departamento de Sucre, y el consecuente restablecimiento del derecho, en el sentido de condenar a la entidad demandada al reintegro del señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, a un cargo igual, similar o de superior jerarquía, al que venía ejerciendo en realidad en la entidad territorial, es decir al de Técnico Operativo, código 314, grado 13, y al reconocimiento y pago de la totalidad de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro, hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro, en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es, en provisionalidad y siempre que dicho cargo no se encuentre provisto mediante concurso y que el mismo no sea desempeñado por quien adquirió el mencionado status.

Dicha liquidación la efectuará el Departamento de Sucre, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizará conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigencia a la fecha de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago).

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada prestacional.

Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual el Departamento de Sucre, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término que estuvo desvinculado del ente territorial.

---

<sup>75</sup> Folio 9 - 10 del expediente.

El acto administrativo que ordene el reintegro, deberá indicar que el señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, es reintegrado en el cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 13 de la planta de personal de la Gobernación de Sucre.

#### **CONCLUSION:**

En lo que hace al interrogante principal que se planteó *ab initio*, será positivo puesto que, el acto desvinculador del señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42, de la planta de personal de la Gobernación de Sucre; estuvo falsamente motivado, ya que los argumentos fácticos y jurídicos que sirvieron de fundamento a tal decisión, eran equivocados, pues so pretexto de dar acatamiento a una provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, se desvinculó a un empleado en provisionalidad de un cargo que en realidad no ejercía y se nombró a una persona en un cargo por el cual no había concursado.

#### **1. CONDENA EN COSTAS:**

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

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

#### **2. DECISIÓN**

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

#### **FALLA:**

**PRIMERO: DECLARAR** no probada, la excepción planteada por la tercera interesada de inexistencia del derecho reclamado, según quedó demostrado en este asunto.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del decreto N° 0767 del 17 de diciembre de 2012<sup>76</sup>, expedida por el Gobernador del Departamento de Sucre, por medio del cual se dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 407, grado 42, de la planta de personal de la Gobernación del Departamento de Sucre.

**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** al **DEPARTAMENTO DE SUCRE**, reintegrar al señor HERNÁN ANTONIO NOVOA ARRIETA, al cargo de Técnico Operativo, código 314, grado 13, de la planta de personal de la Gobernación del Departamento de Sucre, empleo que en realidad venía desempeñando, o a uno de igual, similar o de superior categoría y remuneración en su planta de personal, en las mismas condiciones en que se encontraba, esto es, en provisionalidad y siempre que dicho cargo no se encuentre provisto mediante concurso y que el mismo no sea desempeñado por quien adquirió el mencionado status.

**CUARTO: CONDENAR** al Departamento de Sucre, a pagar al actor los salarios, primas, vacaciones, cesantías, y demás emolumentos causados durante el tiempo que estuvo separado del servicio, hasta su reintegro. La liquidación deberá hacerse tal como se indicó en la parte motiva de este proveído.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual el Departamento de Sucre, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término que estuvo desvinculado de la Gobernación de Sucre.

**QUINTO: DECLARAR** que no existió solución de continuidad en la vinculación del demandante durante el tiempo que estuvo separado del servicio, para todos los efectos legales.

**SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense.

**SÉPTIMO:** La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

---

<sup>76</sup> Folio 9 - 10 del expediente.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS**  
**JUEZ**