

## **COMPETENCIA – Concepto / COMPETENCIA - Delegación**

La competencia es la aptitud atribuida por la Constitución o la Ley a los Entes Públicos o a los particulares para que manifiesten validamente la voluntad estatal por vía administrativa. Tal facultad es expresa, irrenunciable e improrrogable y debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano o funcionario que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación o sustitución previstos por las disposiciones normativas pertinentes. La delegación surge como la posibilidad de transferir funciones propias; no implica la alteración de la estructura administrativa de un órgano sino de su dinámica, con el fin de hacer efectivos los cometidos estatales y lograr una mejor y más eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo. Comporta una relación administrativa entre delegante y delegatario, sujeta en todo caso a la normatividad que expresamente la autoriza.

## **DELEGACION DE LA FUNCION NOMINADORA - Límites / ACTO DE INSUBSISTENCIA - Expedición por funcionario incompetente. Carga de la prueba**

La función nominadora que le asiste al Alcalde en este caso, por virtud del numeral 3° del artículo 315 de la Constitución, puede ser delegada pues así lo autoriza el literal a) del artículo 92 de la Ley 136 de 1994, no obstante la delegación de tal facultad recae únicamente sobre los funcionarios que dependan de los delegatarios, no pudiendo extenderse más allá de ello; lo cual quiere decir que la potestad para delegar la facultad de nombrar y remover funcionarios conferida legalmente al regente de una entidad territorial, es de carácter restrictivo y solo puede ser ejercida por el delegatario frente a sus subordinados. Ahora, aun cuando en el presente caso se observa que en el acto de delegación -Decreto No. 0037 de 2001, se transfirió al Secretario Administrativo tal facultad respecto de “los funcionarios de la Administración Central del Municipio, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes ha de entenderse que el condicionamiento subrayado implica la limitación legal anteriormente esbozada, es decir, que el ejercicio de la función delegada, recae únicamente sobre aquellos empleados de la Administración Central dependientes del Secretario Administrativo en este caso. De acuerdo con lo anterior, en tanto la facultad delegada se encuentra legalmente conferida, correspondía al demandante frente a su caso particular, aterrizar la limitación que al respecto establece la norma, probando que en efecto no dependía funcionalmente del delegatario, situación que configuraría el vicio de nulidad alegado por extralimitación en el ejercicio de la función transferida, carga que no se cumplió en este caso, pues no se aportó al plenario prueba eficaz que revele la ilegalidad del ejercicio de la función nominadora que por delegación ostentó el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga para expedir el acto administrativo que declaró insubsistente al actor. En otras palabras, no se probó que el señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya en ejercicio del cargo de Profesional Universitario Grado 340, Grado 1, se encontrara adscrito a otra dependencia o subordinado a funcionario diferente al delegatario, lo que supone que en efecto, el Secretario Administrativo se encontraba habilitado para expedir el acto de insubsistencia demandado en ausencia de prueba que demuestre lo contrario, conclusión que impone el despacho desfavorable del cargo formulado en este sentido.

## **FALSA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Causal de nulidad. Operancia / MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Concepto**

Se reconoce esta causal cuando la motivación de los actos administrativos es ilegal, es decir cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen

para su emisión, traducidas en la parte motiva del acto, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición. De manera pues que el acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse, so pena de configurar el vicio de falsa motivación que afecta su validez y que confluye en la nulidad del mismo. Entratándose de examinar ésta causal de nulidad, se acudirá siempre a la motivación expresada en el acto cuando se expide en ejercicio de una facultad reglada. La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración; constituye además un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto, por lo que cualquier anomalía que se aduzca en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición.

**ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD - No se expide en ejercicio de la facultad discrecional cuando existe una motivación clara, expresa y sobre la misma es que debe recaer control jurisdiccional / FACULTAD DISCRECIONAL - No opera cuando en el acto administrativo de insubsistencia de un empleado en provisionalidad existe una motivación, clara y expresa / ACTO ADMINISTRATIVO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD - No motivación. Presunción de mejoramiento del servicio / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD - Por vencimiento del término legal de la provisionalidad**

Ha de precisar la Sala es que el acto administrativo demandado no se expidió en ejercicio de la facultad discrecional que reprocha el demandante y que se ha predicado tantas veces de la Administración frente al retiro de los empleados provisionales; por el contrario, del examen del acto acusado visible a folio 2 del expediente, se observa que nos encontramos ante un acto reglado, en tanto la norma invocada como motivación de la decisión tomada predetermina concretamente la conducta de la Administración, de manera que ésta tan solo junta las circunstancias que configuran los supuestos de hecho contenidos en la norma para aplicar la consecuencia jurídica que ésta prescribe, es decir, que el acto acusado expresa una motivación clara, detallada y precisa de las razones que llevaron a la parte demandada a declarar insubsistente al actor con base en un fundamento legal. Si bien frente a los cargos de carrera desempeñados por empleados en provisionalidad ha imperado la tesis según la cual éstos se asimilan en su tratamiento a los de libre nombramiento y remoción -dada la similitud en su forma de provisión- predicándose el ejercicio de la facultad discrecional para su retiro mediante acto administrativo que no requiere motivación, tal facultad se le ha endilgado a la Administración respecto de los empleados provisionales sin expresión real de la misma dentro del Ordenamiento Jurídico, presumiendo razones objetivas para su retiro, es decir, que la no expresión de motivación implica un fin intrínseco y adecuado de mejoramiento del servicio; sin embargo, cuando existe una motivación clara y expresa dentro del acto de insubsistencia de un empleado provisional, ya no opera la presunción referida y en su control jurisdiccional, se atiende la Administración a las razones de hecho y de derecho consignadas en dicho acto por cuanto constituye entonces un acto reglado, tal como se precisó inicialmente. Así, la facultad discrecional no puede aducirse en estos casos y por ende no pueden presumirse las razones objetivas de mejoramiento del servicio como equivocadamente lo alega la parte demandada y posteriormente lo ratifica el a quo, sino que en ejercicio de una facultad reglada y

con expresión de la misma, el acto se sujeta a lo prescrito en el ordenamiento al respecto y la revisión de los cargos de nulidad de que se acuse, debe instruirse al tenor de su contenido pues lo contrario implicaría un cambio de motivación desde todo punto de vista ilegal. Bajo las anteriores precisiones se tiene, que los motivos consignados en la Resolución No. 0352 del 14 de marzo de 2001, por medio de la cual la Administración Municipal de Bucaramanga retira del servicio al señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya, redundan en el prolongado vencimiento del término de duración de 4 meses previsto para esta clase de nombramientos en el Decreto Reglamentario 1572 de 1998, sin que mediara la prórroga del mismo, frente a lo cual, la norma ordena el retiro del empleado, declarando la insubsistencia de su nombramiento mediante acto administrativo expedido por el nominador.

**INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD - Por vencimiento del término legal de la provisionalidad no procedía hasta la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil / PROCESO DE SELECCIÓN - Pérdida de competencia para convocar por entidades públicas. Jurisprudencia Constitucional. Alcance / NORMA LEGAL - Pérdida de las condiciones de ejecutoriedad. Efectos / FALSA MOTIVACION - Cuando la norma que sustenta el acto administrativo pierde las condiciones de ejecutoriedad**

Las normas anteriormente esbozadas establecen la perentoriedad del término de duración de los cargos en provisionalidad (artículos 8º, 10º de la Ley 443 de 1998, artículos 5º, 7º del decreto 1572 de 1998) ; no obstante debe observarse que la provisión bajo esta modalidad se autoriza únicamente cuando previamente se ha convocado a concurso, lo que sin duda alguna justifica el sucinto término señalado para su duración pues se supone que dentro del mismo debe agotarse el proceso de selección respectivo, lo que obliga a la autoridad encargada a su adelantamiento expedito so pena de afectar la prestación del servicio y la eficiencia en el desarrollo de la función administrativa ante la vacancia prolongada del cargo a proveer; regulación que además busca evitar la dilación indefinida de los nombramientos en interinidad, situación que desconocería los principios de la carrera administrativa establecidos en el Sistema de Administración de Personal adoptado en nuestro ordenamiento. Con ocasión de la Sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional, a partir del 12 de julio de 1999, las Entidades y Organismos Públicos regidos por la Ley 443 de 1998 perdieron competencia para convocar los procesos de selección tendientes a proveer los cargos de carrera administrativa, quedando como una competencia exclusiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que a su vez desapareció como quiera que las disposiciones que la organizaban y reglamentaban -artículos 44, 46 y 47 de la Ley 443 de 1998-, fueron retirados del ordenamiento con ocasión de su revisión de constitucionalidad. De igual manera desaparecieron las Comisiones Departamentales y del Distrito Capital, con la declaratoria de inexecutable de los artículos 48, 49, 50 y 51 del mismo ordenamiento. La situación señalada no impidió que las Entidades proveyeran los cargos de carrera vacantes mediante nombramientos en encargo o en provisionalidad, en tanto se les facultó temporalmente para tal efecto en aras de cubrir las apremiantes necesidades del servicio. A esa conclusión llegó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, lo que sirvió de fundamento al Departamento Administrativo de la Función Pública para expedir la Circular No 1000-004 de septiembre 8 de 1999. De acuerdo con lo anterior, las Entidades podrían proveer los cargos en vacancia definitiva mediante nombramientos en encargo y provisionalidad, aunado a lo cual se tiene, que el periodo de duración inicialmente establecido para dichos nombramientos transitorios se hizo inoperante pues la razón de ser del mismo declinó ante la imposibilidad de convocar los concursos respectivos para la provisión definitiva de los cargos de carrera administrativa y en ausencia del

órgano competente para autorizar, regular y vigilar tales nombramientos, pues como se planteó inicialmente, desaparecieron todos los supuestos que justificaban e imponían su plena observancia por parte de los nominadores hasta tanto reaparezcan las condiciones de ejecutoriedad de dicha norma, es decir, hasta que se organice en los términos expresados en la sentencia citada, la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por ende, la facultad ejercida por el nominador con fundamento en el vencimiento del término de la provisionalidad consagrado en el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998 no es válida en este caso y constituye una falsa motivación, pues como ya se dijo, ésta obedecía a circunstancias de hecho diferentes, en donde mediaba la previa convocatoria a concurso para proveer los cargos en vacancia definitiva, la existencia de Comisión Nacional del Servicio Civil y el adelantamiento y posibilidad de culminación de los procesos de selección respectivos; de allí precisamente que el término de duración de la provisionalidad no haya sido incluido en el acto de nombramiento cuando la Ley expresamente así lo ordena y al contrario se haya sujetado a la condición de la provisión del cargo mediante concurso.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "A"**

**Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008).-

**Radicación número: 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07)**

**Actor: FABIO ALEXANDER ORDÓÑEZ AMAYA**

**Demandado: MUNICIPIO DE BUCARAMANGA**

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 29 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que negó las súplicas de la demanda instaurada por Fabio Alexander Ordóñez Amaya contra el Municipio de Bucaramanga.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. LA ACCIÓN**

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, el demandante solicitó al Tribunal Administrativo de Santander que declarara la nulidad de la Resolución No. 0352 del 14 de marzo de 2001 expedida por el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 1 de la planta de personal de la Administración Central del Municipio de Bucaramanga.

A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar al Ente demandado a su reintegro en el cargo que venía desempeñando dentro de la Planta de Personal de la Alcaldía de Bucaramanga o en otro de igual o superior categoría con el consecuente pago de sueldos, sobresueldos, primas, bonificaciones, subsidios, vacaciones y demás prestaciones laborales inherentes al cargo, dejadas de percibir desde la fecha de notificación del acto demandado hasta cuando se produzca su efectivo reintegro al servicio; solicita además, que se declare para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la prestación de sus servicios y por último, que se ordene el cumplimiento de la sentencia favorable en los términos del artículo 176, 177 y 178 del C.C.A..

## **2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS**

Como sustento de sus pretensiones, expuso los siguientes hechos:

Narra que mediante Resolución No. 0226 del 6 de abril de 2000, expedida por el Alcalde Encargado de Bucaramanga, fue nombrado en provisionalidad para desempeñar el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 1, de la planta globalizada de la Alcaldía de Bucaramanga, cargo de carrera que se encontraba en vacancia definitiva, cuya provisión debía hacerse mediante concurso o ascenso.

Afirma que la Resolución en mención expresó con toda claridad en su numeral segundo, que el nombramiento del señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya tendría vigencia mientras se efectuaba el concurso para proveer las vacantes definitivamente.

Cuenta que mediante Resolución No. 0352 del 14 de marzo de 2001, el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga decidió declarar la insubsistencia de su nombramiento por haber superado ampliamente el término legal establecido, como quiera que el Decreto 1572 de 1998, dispuso que el empleado con vinculación de carácter provisional debía ser retirado del servicio por el nominador mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento cuando se haya superado el término de cuatro meses previsto en la Ley para tal efecto.

### **3. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.**

Citó como normas violadas con la expedición del acto demandado los artículos: 124, 125 y 209 de la Constitución Política; 1 y 5 de la Ley 443 de 1998; 4, 5 y 7 del Decreto 1572 de 1998; 26 del Decreto 2400 de 1968; 92 de la Ley 136 de 1994 y 36 del Decreto Ley 01 de 1984.

Señala que el acto administrativo demandado fue expedido irregularmente, como quiera que la facultad discrecional otorgada a la Administración no puede aplicarse en estos casos, pues es exclusiva respecto de los empleados de libre nombramiento y remoción, en virtud de la naturaleza política de sus funciones; en este sentido precisó, que la discrecionalidad no es prorrogable ni aplicable a los funcionarios o servidores sometidos al régimen de carrera administrativa, por cuanto allí el sistema es estrictamente reglado.

Arguye que la estabilidad laboral del funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de encontrarse en provisionalidad y que en estos casos la Administración solo puede desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se llene la plaza definitivamente mediante concurso de méritos. Concluye al respecto, que un nombramiento en provisionalidad no convierte el cargo de carrera en uno de libre nombramiento y remoción y que por ende, quien lo ocupa no puede ser retirado discrecionalmente.

Alega además, que existió falsa motivación y violación de normas superiores, por cuanto la declaratoria de insubsistencia del demandante no se ajustó a ninguna de las causales de retiro contempladas en la Ley, pues tratándose de cargos ocupados en provisionalidad solo es viable tal decisión

cuando se haya convocado a concurso o existan razones de orden disciplinario para ello, no siendo posible declararla bajo otros presupuestos, pues se estaría cambiando la naturaleza jurídica del empleo y ello no le es dado al Administrador.

Afirma que el acto de nombramiento del actor, señaló un término explícito de duración de la provisionalidad, es decir que subsistiría mientras se efectuaba el concurso para proveer las vacantes respectivas, lo cual no sucedió al momento de su retiro, pues el Municipio de Bucaramanga no convocó concurso alguno para proveer dichos cargos, de manera que el acto de insubsistencia no obedeció al periodo establecido.

Aunado a lo anterior, expresa que el término de duración de cuatro meses señalado en el artículo 7° del Decreto 1572 de 1998, obedece específicamente a ciertas condiciones bajo las cuales debía hacerse el nombramiento en provisionalidad, condiciones que en este caso no se cumplían, por lo cual no podía aplicarse dicho término.

Por último, alega la falta de competencia del Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga para expedir el acto de insubsistencia demandado, como quiera que la facultad delegada por el Alcalde en cuanto a la remoción de los funcionarios de la planta global de la Alcaldía, solo podía otorgarse respecto de aquellos que laboraran en la dependencia del delegatario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley 136 de 1994 y para el caso concreto, el demandante no era dependiente de la Secretaría Administrativa, razón por la cual no podía declarársele insubsistente pues era una competencia exclusiva del Alcalde Municipal.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El Ente accionado, por intermedio de apoderado judicial legalmente constituido, procedió a dar contestación oportuna a la demanda (fl. 28).

Señaló que el nombramiento provisional que ostenta el demandante es aquel que se hace de manera transitoria en un empleo de carrera con personal

no seleccionado mediante sistema de mérito, aun cuando en el acto de nombramiento no se especifique como tal su calidad.

En este sentido, explicó que no existe para quienes son nombrados bajo esta modalidad fuero de inamovilidad alguno, por lo cual pueden ser desvinculados cuando las condiciones económicas de la Entidad no permitan el pago de sus salarios y prestaciones sociales, siempre y cuando no se vea afectada la prestación del servicio, aunado a lo cual, adujo la facultad que le otorga la Ley para modificar su planta de personal en aras de obtener la realización de los fines encomendados.

Afirma que para el caso concreto, la desvinculación del demandante obedeció precisamente a la exigencia consagrada en la Ley 617 de 2000, que impone la obligación de reducir los gastos de funcionamiento de la Entidad, tal como se motivó en el acto de desvinculación.

Agrega que el empleado provisional no tiene los mismos derechos de un empleado de carrera administrativa, por lo cual, su retiro del servicio no genera indemnización alguna como quiera que la Ley 443 de 1998 no les otorga tal derecho.

Finalmente, indica que se encuentra debidamente probado que el demandante superó el periodo de provisionalidad y que no medio acto de prórroga, por lo cual la Administración estaba obligada a dar cumplimiento a la Ley, que ordena en estos casos declarar la insubsistencia de los empleados provisionales a través de acto administrativo expedido por el nominador.

## **II. LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia del 29 de septiembre del 2006, negó las súplicas de la demanda (fl. 88).

Estudiado el acervo probatorio que acompaña el expediente, el a quo concluyó que el demandante ostentaba la calidad de empleado provisional y que

por ende no le eran aplicables los derechos inherentes a la carrera administrativa a la cual se accede una vez superadas las etapas del concurso que permiten la inscripción del servidor en el Registro Público de Elegibles y el periodo de prueba respectivo, de conformidad con lo establecido en los artículos 7 y 17 de la Ley 443 de 1998.

Calificó como inadmisibles pretender que por el hecho de no haberse efectuado un concurso, quien se encuentre nombrado en provisionalidad mantenga su permanencia en un cargo determinado, adquiera el derecho a ser inscrito en carrera administrativa y reclame los derechos derivados de ella.

Indicó que en el presente caso el demandante como empleado provisional podía ser desvinculado de su cargo sin necesidad de indemnización o derecho preferencial, máxime cuando en este evento operó el retiro del servicio por supresión del cargo en virtud de lo dispuesto en la Ley.

Destacó el carácter transitorio de los nombramientos provisionales y la imposibilidad de alegar estabilidad alguna frente a los cargos de carrera, como también la perentoriedad del término previsto en el Decreto 1572 de 1998 respecto de estos nombramientos y la facultad discrecional que en virtud del mismo se le otorga a la Administración para su designación y retiro.

Por último, frente al cargo de falta de competencia, concluyó su improcedencia, pues del acto de delegación de funciones que obra en el expediente, se infiere que para la época de retiro del actor su jefe inmediato era el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga, lo que se ajusta a los supuestos de hecho del artículo 92 de la Ley 136 de 1994.

### **III. LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión adoptada, la parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia denegatoria proferida por el Tribunal Administrativo de Santander (fl. 104).

En primer lugar, aclara que contrario a lo expuesto en el fallo, de ninguna manera se ha pretendido la inscripción en carrera administrativa del actor y el reconocimiento de la totalidad de derechos que se derivan de ella, pues la

demanda se encuentra dirigida a manifestar que si bien el demandante no ostenta la calidad de empleado inscrito en carrera administrativa, si existen derechos en cabeza del mismo que le dan cierta estabilidad, que aunque restringida, le permiten permanecer en el cargo al menos hasta que la Administración convoque el respectivo concurso de méritos y en consecuencia, se designe en propiedad el titular del mismo.

Expresó que por regla general los empleos en los Órganos y Entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones establecidas en la norma. En tal sentido, precisó que a diferencia de los empleos de libre nombramiento y remoción -en donde la estabilidad esta sujeta a la discrecionalidad del nominador-, los cargos de carrera que como parte de un sistema técnico y objetivo de Administración de personal son ocupados en provisionalidad, gozan de una protección especial en razón de su naturaleza, que impide a la Administración la desvinculación de los empleados provisionales sin razones legales, de manera que éstos gozan de un fuero especial de permanencia salvo que existan motivos disciplinarios o provisión definitiva de los empleos respectivos mediante el concurso convocado para tal efecto.

Señaló que la motivación del acto demandado ha sido estructurada bajo supuestos que originan una falsa motivación, como quiera que no corresponden a los exigidos en la Ley para la expedición del acto. Expuso que el artículo 7° del Decreto 1572 de 1998, estableció que en el acto de nombramiento provisional debía consignarse el término de duración del mismo y que en este caso, tal término no se fijó expresamente, por lo cual no era posible determinar su duración. Sin embargo, considerando que en dicho acto se dispuso que el nombramiento en provisionalidad duraría mientras se efectuaba el concurso de méritos para proveer las 5 vacantes definitivas existentes para el cargo de Profesional Universitario Código 340, Grado 1, estima que no debió retirarse pues en ningún momento se cumplió tal condición, es decir, que en ningún momento la Alcaldía de Bucaramanga adelantó el concurso respectivo.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

##### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala revisar la legalidad de la Resolución No. 0352 del 14 de marzo de 2001, expedida por el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga, en orden a establecer si resulta ajustada a derecho la decisión de declarar insubsistente el nombramiento del señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya, como Profesional Universitario Código 340, Grado 1 de la planta de personal de la Administración Central del Municipio de Bucaramanga.

Previo a abordar el fondo del asunto propuesto en esta instancia, resulta necesario precisar ante las evidentes inconsistencias del fallo recurrido con la situación fáctica planteada en el sub examine, que se trata en este caso de la declaratoria de insubsistencia de un empleado provisional con fundamento en el cumplimiento del término legal establecido para dichos nombramientos en la Ley 443 de 1998 y en el Decreto 1572 de 1998 y no del retiro del servicio de un empleado provisional por supresión del cargo, como equivocadamente lo señala el a quo en la parte motiva de la providencia apelada, aclarado lo cual, se impone para la Sala el estudio de los vicios de nulidad que se le endilgan al acto de insubsistencia acusado.

En síntesis, el motivo de inconformidad del demandante frente al fallo del a quo se concreta en los cargos de falta de competencia y falsa motivación que según dice, le sobrevienen al acto demandado y que configuran la ilegalidad de la decisión de la Administración, lo que implica el análisis de cada uno de ellos a la luz de la situación fáctica que rodeó la declaratoria de insubsistencia del señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya, en orden a desatar el mérito del asunto.

Se encuentra probado dentro del proceso, que mediante Resolución No. 0226 del 6 de abril del 2000, el Alcalde (E) de Bucaramanga con fundamento en las facultades conferidas por la Ley 443 de 1998, el Decreto Reglamentario 1572 de 1998 y la Circular No. 1000-004 de 1999, nombró en provisionalidad al demandante en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 1, de la Planta de Personal de la Administración Central del Municipio de Bucaramanga, cargo que desempeñó a partir del 10 de abril del mismo año (fl. 4 y 7).

También consta dentro del plenario, que posteriormente el señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya fue separado del servicio a través de la Resolución ahora demandada -No. 0352 del 14 de marzo de 2001-, proferida por el Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento con fundamento en la superación del término legal de cuatro (4) meses previsto para dichos nombramientos en el artículo 5° del Decreto 1572 de 1998, sin que mediara la prórroga del mismo (fl. 2).

Contra la anterior decisión de la Administración, el demandante adujo en primer lugar, la falta de competencia del funcionario que manifestó la voluntad de la Administración en este sentido, razón por la cual corresponde revisar la aptitud del Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga para expedir el acto de insubsistencia demandado, es decir, si éste se encontraba legalmente habilitado para ejercer la función nominadora que implica entre otras, el retiro del servicio de un empleado público, en este caso del nombrado en provisionalidad.

#### **De la falta de competencia.**

Se observa que el funcionario en mención, dentro del acto enjuiciado aduce el ejercicio de las facultades legales conferidas por el Alcalde de Bucaramanga mediante Decreto No. 0037 del 9 de febrero de 2001, en virtud del cual éste último delega entre otras, la función nominadora que le es inherente con fundamento en las atribuciones contenidas en el artículo 315 de la Constitución Política y en el artículo 91 de la Ley 136 de 1994.

La competencia es la aptitud atribuida por la Constitución o la Ley a los Entes Públicos o a los particulares para que manifiesten validamente la voluntad estatal por vía administrativa. Tal facultad es expresa, irrenunciable e improrrogable y debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano o funcionario que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación o sustitución previstos por las disposiciones normativas pertinentes.<sup>1</sup> La delegación surge como la posibilidad de transferir funciones propias; no implica la alteración de la estructura administrativa de un órgano sino de su dinámica, con el fin de

---

<sup>1</sup> DROMI Roberto. *Derecho Administrativo. Edi. Ciudad Argentina. 2004.*

hacer efectivos los cometidos estatales y lograr una mejor y más eficiente prestación de los servicios públicos a su cargo. Comporta una relación administrativa entre delegante y delegatario, sujeta en todo caso a la normatividad que expresamente la autoriza.

La función nominadora que le asiste al Alcalde en este caso, por virtud del numeral 3° del artículo 315 de la Constitución, puede ser delegada pues así lo autoriza el literal a) del artículo 92 de la Ley 136 de 1994<sup>2</sup>; no obstante la delegación de tal facultad recae únicamente sobre los funcionarios que dependan de los delegatarios, no pudiendo extenderse más allá de ello; lo cual quiere decir que la potestad para delegar la facultad de nombrar y remover funcionarios conferida legalmente al regente de una entidad territorial, es de carácter restrictivo y solo puede ser ejercida por el delegatario frente a sus subordinados.

Ahora, aun cuando en el presente caso se observa que en el acto de delegación -Decreto No. 0037 de 2001- (fl. 8), se transfirió al Secretario Administrativo tal facultad respecto de “los funcionarios de la Administración Central del Municipio, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes”<sup>3</sup>, ha de entenderse que el condicionamiento subrayado implica la limitación legal anteriormente esbozada, es decir, que el ejercicio de la función delegada, recae únicamente sobre aquellos empleados de la Administración Central dependientes del Secretario Administrativo en este caso.

De acuerdo con lo anterior, en tanto la facultad delegada se encuentra legalmente conferida, correspondía al demandante frente a su caso particular, aterrizar la limitación que al respecto establece la norma, probando que en efecto no dependía funcionalmente del delegatario, situación que configuraría el vicio de nulidad alegado por extralimitación en el ejercicio de la función transferida, carga que no se cumplió en este caso, pues no se aportó al plenario prueba eficaz que revele la ilegalidad del ejercicio de la función nominadora que por delegación ostentó el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga para expedir el acto administrativo que declaró insubsistente al actor. En otras palabras, no se probó que el señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya en ejercicio

---

<sup>2</sup> ARTÍCULO 92. DELEGACION DE FUNCIONES: El alcalde podrá delegar en los secretarios de la alcaldía y en los jefes de los departamentos administrativos las siguientes funciones:

a) Nombrar y remover los funcionarios dependientes de los delegatarios; (...)

<sup>3</sup> Resalta la Sala

del cargo de Profesional Universitario Grado 340, Grado 1, se encontrara adscrito a otra dependencia o subordinado a funcionario diferente al delegatario, lo que supone que en efecto, el Secretario Administrativo se encontraba habilitado para expedir el acto de insubsistencia demandado en ausencia de prueba que demuestre lo contrario, conclusión que impone el despacho desfavorable del cargo formulado en este sentido.

Agotado el primer cargo propuesto, procede la Sala al análisis de la falsa motivación en que presuntamente incurrió la Administración con la expedición del acto demandado.

### **De la falsa motivación.**

Se reconoce esta causal cuando la motivación de los actos administrativos es ilegal, es decir cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para su emisión, traducidas en la parte motiva del acto, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición.

De manera pues que el acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse, so pena de configurar el vicio de falsa motivación que afecta su validez y que confluente en la nulidad del mismo.

Entratándose de examinar ésta causal de nulidad, se acudirá siempre a la motivación expresada en el acto cuando se expide en ejercicio de una facultad reglada. La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración; constituye además un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto<sup>4</sup>, por lo que cualquier

---

<sup>4</sup> DROMI Roberto. *Derecho Administrativo. Edi. Ciudad Argentina. 2004.*

anomalía que se aduzca en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición.

En este sentido, afirma el recurrente que la motivación del acto demandado ha sido estructurada bajo supuestos que configuran una falsa motivación, como quiera que no corresponden a los exigidos en la Ley para la expedición del acto. Considera que aunque los empleados provisionales no tienen el fuero de estabilidad que otorga el acceso a la carrera administrativa, ostentan una estabilidad relativa que impide su desvinculación por parte de la Administración en ejercicio de la facultad discrecional que se predica para el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, y sin razones legalmente válidas para el retiro, que para el caso se concretarían en la existencia de motivos disciplinarios o en la provisión definitiva del empleo respectivo mediante concurso.

Lo anterior, para precisar la falsedad en que incurrió el demandado al declarar insubsistente al actor, alegando el vencimiento del término de cuatro (4) meses que consagra el artículo 5° del Decreto 1572 de 1998, por cuanto al momento del retiro no se había provisto el cargo mediante concurso, ni existía alguna causal legal que justificara su insubsistencia; aunado a lo cual, anota que dentro del acto de nombramiento no se señaló el término de duración del mismo y por el contrario se estableció que tendría efectos mientras se efectuaba el concurso respectivo para proveer la vacante definitivamente.

La situación esbozada amerita el siguiente análisis en orden a esclarecer la virtualidad del cargo invocado frente al acto acusado:

Lo primero que ha de precisar la Sala es que el acto administrativo demandado no se expidió en ejercicio de la facultad discrecional que reprocha el demandante y que se ha predicado tantas veces de la Administración frente al retiro de los empleados provisionales; por el contrario, del examen del acto acusado visible a folio 2 del expediente, se observa que nos encontramos ante un acto reglado, en tanto la norma invocada como motivación de la decisión tomada predetermina concretamente la conducta de la Administración, de manera que ésta tan solo junta las circunstancias que configuran los supuestos de hecho

contenidos en la norma para aplicar la consecuencia jurídica que ésta prescribe, es decir, que el acto acusado expresa una motivación clara, detallada y precisa de las razones que llevaron a la parte demandada a declarar insubsistente al actor con base en un fundamento legal. Veamos:

“RESOLUCIÓN NÚMERO 0352 DE 2001

14 DE MARZO DE 2001

Por medio de la cual se termina una provisionalidad.

El Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga en uso de sus facultades legales y conferidas mediante Decreto No. 0037 del 9 de febrero de 2001 y

CONSIDERANDO:

- A. Que mediante Resolución No. 0226 del 6 de abril de 2000, se hizo el nombramiento provisional de FABIO ALEXANDER ORDOÑEZ AMAYA, en el cargo de Profesional Universitario Código 340, Grado 1, Nivel Profesional.
- B. Que el artículo 5° del Decreto No. 1578 de 1998 (sic), señala que el nombramiento o encargo provisional no podrá ser superior a cuatro (4) meses.
- C. Que no medió prórroga en el nombramiento del cargo antes mencionado.
- D. Que el artículo 7° del Decreto 1572 de 1998, señala que el empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador, cuando se haya superado el término legal previsto.
- E. Que en el presente evento se ha superado ampliamente el término legal de nombramiento en calidad de provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Código 340, Grado 1, Nivel Profesional.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: A partir de la fecha declarar insubsistente el nombramiento en calidad de provisionalidad de FABIO ALEXANDER ORDOÑEZ AMAYA, en el empleo de Profesional Universitario Código 340, Grado 1°, Nivel

Profesional por las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: Copia del presente acto administrativo será enviado (sic) a la Secretaría Administrativa, (grupo de Talento Humano, Nómina, Hoja de Vida, Novedades, descuentos salariales), Secretaría de Hacienda (Grupo de Presupuesto), interesado y demás oficinas a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Expedida en Bucaramanga, a 14 de marzo de 2001.

El Secretario Administrativo,

BENJAMÍN GUTIERREZ SANABRIA”

En efecto, el acto transcrito precisa las razones que fundamentaron la declaratoria de insubsistencia del señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya, invocando como fundamento lo prescrito en los artículos 5° y 7° del Decreto 1572 de 1998; como ya se anotó, es claro que su motivación implica el ejercicio de una facultad reglada -es decir que la conducta de la Administración se encuentra regulada, prevista y legitimada en una disposición normativa-, lo que presupone además que las razones allí expuestas son las que efectivamente determinaron el retiro del demandante y que fuera de ellas no existen otras; por ende deberá examinarse la legalidad de su motivación frente al contexto normativo que lo sustenta y la validez de su aplicación al caso concreto, previo a lo cual resulta necesario para la Sala aclarar lo siguiente:

Si bien frente a los cargos de carrera desempeñados por empleados en provisionalidad ha imperado la tesis según la cual éstos se asimilan en su tratamiento a los de libre nombramiento y remoción -dada la similitud en su forma de provisión- predicándose el ejercicio de la facultad discrecional para su retiro mediante acto administrativo que no requiere motivación, tal facultad se le ha endilgado a la Administración respecto de los empleados provisionales sin expresión real de la misma dentro del Ordenamiento Jurídico, presumiendo razones objetivas para su retiro, es decir, que la no expresión de motivación implica un fin intrínseco y adecuado de mejoramiento del servicio; sin embargo, cuando existe una motivación clara y expresa dentro del acto de insubsistencia de un empleado provisional, ya no opera la presunción referida y en su control

jurisdiccional, se atiende la Administración a las razones de hecho y de derecho consignadas en dicho acto por cuanto constituye entonces un acto reglado, tal como se precisó inicialmente.

Así, la facultad discrecional no puede aducirse en estos casos y por ende no pueden presumirse las razones objetivas de mejoramiento del servicio como equivocadamente lo alega la parte demandada y posteriormente lo ratifica el a quo, sino que en ejercicio de una facultad reglada y con expresión de la misma, el acto se sujeta a lo prescrito en el ordenamiento al respecto y la revisión de los cargos de nulidad de que se acuse, debe instruirse al tenor de su contenido pues lo contrario implicaría un cambio de motivación desde todo punto de vista ilegal.

Bajo las anteriores precisiones se tiene, que los motivos consignados en la Resolución No. 0352 del 14 de marzo de 2001, por medio de la cual la Administración Municipal de Bucaramanga retira del servicio al señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya, redundan en el prolongado vencimiento del término de duración de 4 meses previsto para esta clase de nombramientos en el Decreto Reglamentario 1572 de 1998, sin que mediara la prórroga del mismo, frente a lo cual, la norma ordena el retiro del empleado, declarando la insubsistencia de su nombramiento mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Sobre la naturaleza de los nombramientos de quienes ejercen empleos de carrera sin haber participado en el correspondiente concurso, la Ley 443 de 1998 por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa, señala que los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Frente a la provisión de los mismos, el artículo 8° de dicho ordenamiento, dispone lo siguiente:

“ Artículo 8°. Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. **En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.**

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.(...)” (Resalta la Sala)

Consagra la norma, la forma de proveer transitoriamente los cargos de carrera administrativa **vacantes definitivamente**, precisando el derecho preferente de los empleados de carrera para acceder a los mismos bajo la figura del encargo, en defecto de lo cual pueden ser provistos mediante nombramientos provisionales siempre y cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo y se acrediten los requisitos para su desempeño.

Por su parte, el artículo 10 de la misma Ley, establece un término de duración del encargo y de los nombramientos provisionales, así:

“Artículo 10. Duración del encargo y de los nombramientos provisionales. **El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses**; cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil.

Cuando por circunstancia debidamente justificada ante la respectiva Comisión del Servicio Civil, una vez convocados los concursos, éstos no puedan culminarse, el término de duración de los encargos o de los nombramientos provisionales podrá prorrogarse previa autorización de la respectiva Comisión del Servicio Civil, hasta cuando se supere la circunstancia que dio lugar a la prórroga.

La Comisión del Servicio Civil respectiva podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales o su prórroga sin la apertura de concursos por el tiempo que sea necesario, previa la justificación correspondiente en los casos que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de una entidad.” (Resalta la Sala)

Asimismo, el Decreto Reglamentario 1572 de 1998 en su artículo 5° desarrolla la disposición transcrita en los siguientes términos:

**“ARTÍCULO 5o. La provisión de los empleos de carrera a través del encargo o del nombramiento provisional no podrá ser superior a cuatro (4) meses,** salvo en los siguientes casos:

1. Cuando la vacancia se produzca como resultado del ascenso en período de prueba de un empleado de carrera, en cuyo caso tendrá la duración de dicho período y su superación, más el tiempo requerido para la realización del proceso de selección si fuere necesario.
2. Cuando la prórroga sea autorizada previamente por las Comisiones del Servicio Civil en el evento de que el concurso no pueda culminarse en el término de cuatro (4) meses. En este caso, se extenderá hasta cuando se supere la circunstancia que la originó.
3. Cuando se haya autorizado por las Comisiones del Servicio Civil encargo o nombramiento provisionales sin la apertura de concurso.
4. Cuando se trate de proveer empleos de carrera que impliquen separación temporal de sus titulares, caso en el cual su duración será igual al tiempo que duren las situaciones administrativas que la originaron.
5. En caso de vacancia definitiva del empleo, cuando éste se encuentre provisto mediante nombramiento provisional con una empleada en estado de embarazo; en este evento, el término de duración de la provisionalidad se prorrogará automáticamente y culminará tres (3) meses después de la fecha del parto o una vez vencida la licencia remunerada, cuando en el curso del embarazo se presente aborto o parto prematuro no viable. Cuando se trate de adopción, el término del nombramiento provisional culminará tres (3) meses después de la fecha de la entrega del menor de 7 años. En estos eventos, el concurso convocado continuará su curso y el nombramiento de quien ocupe el primer puesto será efectuado una vez venza el término de la provisionalidad.

PARAGRAFO. Las prórrogas de los encargos y de los nombramientos provisionales se efectuarán mediante resolución motivada por el nominador y de ello se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil.” (Resalta la Sala)

Bajo las preceptos anteriores, el artículo 7° del citado Decreto establece que el término de duración de la provisionalidad debe ser consignado dentro del acto de nombramiento y señala la forma de retiro del empleado

provisional al vencimiento del mismo, facultando al nominador para la expedición del acto administrativo respectivo, así:

**“ARTÍCULO 7o. El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador.**

No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.” (Resalta la Sala)

Las normas anteriormente esbozadas establecen la perentoriedad del término de duración de los cargos en provisionalidad; no obstante debe observarse que **la provisión bajo esta modalidad se autoriza únicamente cuando previamente se ha convocado a concurso**, lo que sin duda alguna justifica el sucinto término señalado para su duración pues se supone que dentro del mismo debe agotarse el proceso de selección respectivo, lo que obliga a la autoridad encargada a su adelantamiento expedito so pena de afectar la prestación del servicio y la eficiencia en el desarrollo de la función administrativa ante la vacancia prolongada del cargo a proveer; regulación que además busca evitar la dilación indefinida de los nombramientos en interinidad, situación que desconocería los principios de la carrera administrativa establecidos en el Sistema de Administración de Personal adoptado en nuestro ordenamiento.

De esta manera, el término de cuatro meses que señala la norma, corresponde y se encuentra estrechamente ligado a la duración del proceso de selección respectivo, previa convocatoria, tan así es, que la Ley prevé la prolongación del mismo por excepción ante las diversas contingencias que impidan la provisión efectiva del cargo mediante concurso, bien por la extensión del tiempo previsto para adelantar el proceso de selección o bien ante situaciones especiales que afecten la estructura orgánica de la Entidad respectiva, extensión

del término sujeta en todo caso a la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

De acuerdo a lo anterior, se tiene, que el límite de temporalidad establecido para los nombramientos en provisionalidad no es caprichoso, sino que obedece a razones indefectibles de celeridad en el adelantamiento de los concursos para la provisión definitiva de los cargos de carrera administrativa que se encontraban en vacancia, como también, que su prórroga requería necesariamente la aprobación de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

No obstante, con ocasión de la Sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional, a partir del 12 de julio de 1999, las Entidades y Organismos Públicos regidos por la Ley 443 de 1998 perdieron competencia para convocar los procesos de selección tendientes a proveer los cargos de carrera administrativa, quedando como una competencia exclusiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que a su vez desapareció como quiera que las disposiciones que la organizaban y reglamentaban -artículos 44, 46 y 47 de la Ley 443 de 1998-, fueron retirados del ordenamiento con ocasión de su revisión de constitucionalidad. De igual manera desaparecieron las Comisiones Departamentales y del Distrito Capital, con la declaratoria de inexecutable de los artículos 48, 49, 50 y 51 del mismo ordenamiento<sup>5</sup>.

La Corte Constitucional concluyó en esa oportunidad la necesidad de una nueva Ley que instituyera y organizara la Comisión Nacional del Servicio Civil con las características que se indicaron en la referida sentencia, a fin de que se lograran cumplir las funciones asignadas a dicho Organismo de conformidad con el artículo 130 de la Carta Política, esto es, la convocatoria y ejecución de los concursos para proveer los cargos de carrera administrativa, la autorización para la provisión transitoria de los mismos, la organización del Registro Público de la Carrera y las demás relacionadas con la administración y vigilancia de la carrera administrativa.

Lo anterior trajo como consecuencia que a partir de la fecha en que las Entidades perdieron la competencia para convocar y adelantar los respectivos

---

<sup>5</sup> *Concepto 1.213 del 3 de septiembre de 1999. Sala de Consulta y Servicio Civil.*

concursos y en ausencia del Órgano habilitado para tal efecto, no fuera posible la provisión de los cargos de carrera administrativa mediante concurso y por ende tampoco resultara viable la provisión transitoria de los mismos.

Sin embargo, la situación señalada no impidió que las Entidades proveyeran los cargos de carrera vacantes mediante nombramientos en encargo o en provisionalidad, en tanto se les facultó temporalmente para tal efecto en aras de cubrir las apremiantes necesidades del servicio. A esa conclusión llegó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación con fundamento en los siguientes planteamientos:

“Si la Constitución atribuye determinada función a un órgano específico, distinto de las tres ramas tradicionales del poder público, y no se ha conformado por falta de la ley que le de vida jurídica y la reglamente, no hay manera de entregarle esa función a otro órgano o entidad pues ello iría contra la Constitución.

Es lo que ocurre en el caso presente cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil y las departamentales y distrital de Santafé de Bogotá dejan de existir, por causa del fallo de inexecutable de la Corte Constitucional y en consecuencia, no es viable transferirle la competencia que tenían o asignarle los asuntos de su conocimiento (reclamaciones, consultas o recursos para su decisión, información o autorización de encargos o nombramientos provisionales o su prórroga ) a otro organismo, con la finalidad de llenar el vacío, pues ello equivaldría a crear una competencia inconstitucional que invalidaría las decisiones y actuaciones administrativas.

Dentro de las funciones asignadas a dichas comisiones están, de acuerdo con el artículo 10 de la ley 443 de 1998, la de recibir información sobre la duración de encargos y nombramientos provisionales y la de autorizarlos sin la convocatoria previa del concurso o prorrogar el término de su duración, en casos debidamente justificados, hasta cuando se supere la circunstancia que dio lugar a la prórroga.

¿Debe entenderse que mientras se crea la Comisión Nacional del Servicio Civil no pueden hacerse encargos y nombramientos provisionales o prorrogar el término de su duración? Una interpretación gramatical del artículo 10 de la ley 443 conduce a afirmar que no es viable adoptar esas decisiones; pero la aplicación del anterior criterio producirá

como resultado una parálisis o desmejoramiento del servicio en las entidades en las cuales surja la necesidad de hacer los encargos o nombramientos provisionales, mientras se crea la mencionada Comisión encargada de realizar los concursos para proveer los cargos en carrera u otorgar las autorizaciones antes indicadas.

Para construir una solución lógica a la cuestión planteada, es necesaria una interpretación sistemática que consulte el ordenamiento jurídico a partir de los principios constitucionales.

Dentro de estos principios están los de la prevalencia del interés general, los que definen los fines esenciales del Estado que son, entre otros, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política. Precisamente, el artículo 209 de ésta, dispone 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, (...)

Por consiguiente, si la ley impone un requisito que no se puede cumplir porque ella misma no provee la forma de hacerlo, forzoso es concluir que para darle prevalencia al interés general, mediante la prestación oportuna y adecuada de los servicios que contribuyen a lograr los fines del Estado, deben adoptarse las decisiones correspondientes con prescindencia de esos requisitos de imposible cumplimiento. Entonces, mientras subsista la carencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil será viable jurídicamente proveer las vacancias definitivas de empleos en carrera administrativa mediante encargos o nombramientos provisionales.”<sup>6</sup>

Así, el Departamento Administrativo de la Función Pública, mediante Circular No. 1000-004 del 8 de septiembre de 1999, siguiendo el citado concepto, impartió la siguiente instrucción a los nominadores de las Entidades y Organismos de los Órdenes Nacional, Distrital y Territorial, regidos por las disposiciones de la Ley 443 de 1998:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 443 de 1998, el requisito para efectuar encargos o nombramientos provisionales es la previa convocatoria del concurso. No obstante y ante la inexistencia del organismo competente (Comisión Nacional del Servicio Civil) para

---

<sup>6</sup> Concepto 1213 del 3 de septiembre de 1999. Sala de Consulta y Servicio Civil.

convocarlos o para autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin la apertura del proceso de selección, las entidades pueden proveer transitoriamente los empleos que se encuentren en vacancia definitiva, a través de estas figuras (encargos o nombramientos provisionales), mientras la ley conforma y organiza la mencionada Comisión”.

De acuerdo con lo anterior, las Entidades podrían proveer los cargos en vacancia definitiva mediante nombramientos en encargo y provisionalidad, aunado a lo cual se tiene, que el periodo de duración inicialmente establecido para dichos nombramientos transitorios se hizo inoperante pues la razón de ser del mismo declinó ante la imposibilidad de convocar los concursos respectivos para la provisión definitiva de los cargos de carrera administrativa y en ausencia del órgano competente para autorizar, regular y vigilar tales nombramientos, pues como se planteó inicialmente, desaparecieron todos los supuestos que justificaban e imponían su plena observancia por parte de los nominadores hasta tanto reaparezcan las condiciones de ejecutoriedad de dicha norma, es decir, hasta que se organice en los términos expresados en la sentencia citada, la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Bajo el análisis precedente resulta clara la configuración de la causal invocada respecto del acto demandado, en tanto se alegó como motivación de la declaratoria de insubsistencia el cumplimiento profuso del término de cuatro meses establecido en el artículo 5° del Decreto 1572 de 1998, de acuerdo a lo cual el Municipio de Bucaramanga ejerció la facultad conferida en el artículo 7° ibidem, que ordena al nominador del nombrado en provisionalidad, el retiro del servicio al vencimiento del término señalado en el acto de nombramiento.

En efecto, el acto de nombramiento del demandante se produjo el 6 de abril del 2000, fecha para la cual los Entes Públicos ya habían perdido la competencia para convocar los procesos de selección para proveer los cargos de carrera administrativa vacantes dentro de sus plantas de personal, competencia que correspondía para entonces exclusivamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual no se encontraba aun organizada, razón por la cual el vencimiento del término de cuatro meses aducido para la desvinculación del actor no tenía razón de ser, por cuanto no medio en ningún momento convocatoria a concurso de meritos que justificara su perentoriedad.

Aunado a lo anterior, se observa, que el nombramiento del actor en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 1, se hizo con fundamento en las directrices dadas por el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante la Circular No. 1000-004 del 8 de septiembre de 1999, que ante las contingencias anteriormente expuestas permitió la provisión de tales empleos sin que mediara la convocatoria a concurso, atendiendo a las imperiosas necesidades del servicio, razón por la cual resultaba inapropiado invocar el cumplimiento del término señalado en el Decreto 1572 de 1998 para declarar insubsistente su nombramiento, ante el decaimiento de las circunstancias fácticas que señalaba la norma para su apremiante observancia.

Por ende, la facultad ejercida por el nominador con fundamento en el vencimiento del término de la provisionalidad consagrado en el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998 no es válida en este caso y constituye una falsa motivación, pues como ya se dijo, ésta obedecía a circunstancias de hecho diferentes, en donde mediaba la previa convocatoria a concurso para proveer los cargos en vacancia definitiva, la existencia de Comisión Nacional del Servicio Civil y el adelantamiento y posibilidad de culminación de los procesos de selección respectivos; de allí precisamente que el término de duración de la provisionalidad no haya sido incluido en el acto de nombramiento cuando la Ley expresamente así lo ordena y al contrario se haya sujetado a la condición de la provisión del cargo mediante concurso.

No quiere ello decir que el empleado provisional no pueda ser retirado o se le esté atribuyendo el fuero de estabilidad de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera luego de agotar las diferentes etapas del concurso, sino que la motivación aducida para el ejercicio de la facultad de retiro del mismo se constituyó quimérica y no obedece a aquellas causales legalmente válidas para proferir dicha decisión, en tanto resulta desajustada frente al contexto fáctico del asunto y los supuestos de hecho de la norma que autoriza su ejercicio.

Por último resulta necesario señalar que la Administración no puede exponer en vía jurisdiccional razones diferentes a las consignadas en el acto para justificar extraordinariamente las decisiones que toma, como en efecto lo pretende

el Municipio de Bucaramanga al alegar la supresión del cargo y la falta de disponibilidad presupuestal como fundamento de la declaratoria de insubsistencia del demandante, lo cual implica un cambio de motivación ilegal desde todo punto de vista, violatorio del debido proceso y de los principios que rigen la Administración Pública.

Ahora, si bien la Administración alega que el cargo ocupado por el demandante fue suprimido de la planta de personal adscrita al Ente Territorial (fl. 61), con lo cual persigue enervar el restablecimiento deprecado, considera la Sala que tal afirmación carece de fuerza probatoria, como quiera que no se allegaron los documentos y actos administrativos que sustenten validamente tal situación, de donde pueda concluirse que el cargo efectivamente suprimido haya sido el del actor o que en efecto no existe dentro de la planta cargo equivalente para el consecuente reintegro, razón por la cual no se tendrá en cuenta el argumento propuesto en este sentido.

Las anteriores consideraciones son suficientes para concluir que el acto administrativo acusado se haya viciado de nulidad, lo cual impone para la Sala la revocatoria de la sentencia apelada y el despacho favorable de las súplicas de la demanda.

Así, una vez establecida la prosperidad de la acción, al actor le corresponde el reintegro al servicio en un cargo de igual o superior categoría, como también el pago a título de indemnización de lo equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir a partir del 14 de marzo de 2001, fecha a partir de la cual fue retirado del servicio y hasta cuando opere su reintegro efectivo.

Finalmente, advierte la apoderada del demandante la pérdida de documentos procesales radicados en el Tribunal Administrativo de Santander (fl. 118), concretamente del poder a ella conferido, situación que en efecto incidió en que las actuaciones procesales por ella suscritas no fueran tenidas en cuenta en el fallo de primera instancia, razón por la cual se conmina a la Corporación a iniciar la investigación correspondiente en aras de esclarecer lo sucedido y verificar las posibles faltas disciplinarias en que se haya incurrido.

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

## **F A L L A**

**REVÓCASE** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 29 de septiembre de 2006 que negó las súplicas de la demanda instaurada por Fabio Alexander Ordóñez Amaya contra el Municipio de Bucaramanga. En su lugar, **SE DISPONE:**

**1. DECLÁRASE** la nulidad parcial de la Resolución No. 0352 del 14 de marzo de 2001, expedida por el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 1, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**2. ORDÉNASE** al Municipio de Bucaramanga, incorporar al señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya al cargo que ocupaba al momento de su desvinculación o a uno equivalente o de mayor categoría.

**3. CONDÉNASE** al Municipio de Bucaramanga a pagar al accionante los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta que se produzca el reintegro. Las sumas a pagar se actualizarán de conformidad con la siguiente fórmula:

$$R = RH \frac{\text{Indice final}}{\text{Indice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH) que es lo dejado de percibir por el demandante por concepto de salarios y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación, por el guarismo que

resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha de pago de cada mensualidad, teniendo en cuenta los aumentos salariales producidos o decretados durante dicho periodo.

**4. DECLÁRASE** para todos los efectos que no existió solución de continuidad durante el lapso comprendido entre el retiro y el reintegro del señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya.

**5.** La entidad condenada dará aplicación para el cumplimiento de esta sentencia, a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN    JAIME MORENO GARCÍA**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**

**Radicación No. 680012315000200101916 01 (0606-07) Actor: Fabio Alexander  
Ordóñez Amaya.**