

CARRERA ADMINISTRATIVA – Objeto. Ascenso / CARRERA ADMINISTRATIVA – Permanencia en el cargo / ENCARGO – Empleado nombrado en carrera administrativa

La carrera administrativa es una institución jurídica, que tiene por objeto la eficiencia de la administración, el buen servicio a la sociedad y la profesionalización o estabilidad de los empleados públicos, mediante un sistema de administración de personal que regula deberes y derechos tanto de la administración como del empleado, de tal forma, que el ingreso y los ascensos están determinados exclusivamente por la capacidad o mérito demostrables por concurso. A su turno, la permanencia en el cargo, se encuentra condicionada a la capacidad con la que cuenta el trabajador para cumplir con los objetivos propuestos por la administración; pues dicho mérito, es periódicamente calificado para comprobar el desempeño de sus deberes. Igualmente, el empleado nombrado en carrera puede estar sujeto a diversas situaciones administrativas, entre ellas la relativa al encargo, por lo cual, la Sala procederá a analizar dicha figura por tratarse del fundamento sobre el cual se edifican las pretensiones del accionante.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125

ENCARGO – Procedencia / VACANCIA DEFINITIVA – Encargo / VACANCIA TEMPORAL – El encargo solo puede darse por el tiempo de la situación administrativa

De conformidad con los anteriores preceptos, se concluye que al tenor de lo dispuesto por la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, los empleados públicos inscritos en el escalafón de la carrera administrativa gozan de derecho preferencial a ser encargados en empleos vacantes de manera definitiva, hasta tanto se surta el proceso de selección por méritos destinado a proveer de forma definitiva la citada vacancia. Ahora bien, como quedó expuesto, en principio, el encargo tiene un término de duración máxima de cuatro meses, sin perjuicio de que por circunstancias debidamente justificadas, ante la Comisión del Servicio Civil, sea necesario ampliar dicho período, por ejemplo cuando el proceso de selección por méritos destinado a proveer en propiedad el empleo vacante no pueda culminarse en el tiempo previamente estipulado. Sobre este particular, es necesario señalar que con ocasión de la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional C-372 de 1999, por la cual se declaró la inexecutable del artículo 14 de la Ley 443 de 1998, y en consecuencia desaparecieron las Comisiones Seccionales del Servicio Civil, fue necesario precisar por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación la forma de proveer los empleos vacantes, existentes en ese momento, ante la evidente imposibilidad de llevar acabo los procesos de selección por méritos. Con fundamento en el anterior concepto, esta Subsección ha estimado que *“a partir de la expedición de la Sentencia C-372 de 1999 quedó facultada para efectuar nombramientos mediante encargos y, o, con carácter provisional en tanto, fuera posible llevar acabo los procesos de selección por méritos necesarios para proveer de forma definitiva la totalidad de los empleos vacantes en la administración pública, los cuales bien pueden ser prorrogados en virtud de lo dispuesto por los artículos 10 de la Ley 443 de 1998 y 5 del Decreto 1572 de 1998”*.

FUENTE FORMAL: LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 8 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 9 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 10 / DECRETO 1572 DE 1998 – ARTICULO 3 / DECRETO 1572 DE 1998 – ARTICULO 5

ENCARGO – Antecedente jurisprudencial / ENCARGO – Terminación / ACTO DE TERMINACIÓN – Siendo desempeñado por un empleado de carrera administrativa debe ser motivado / REINTEGRO – Procedencia

Con fundamento en los precedentes jurisprudenciales referidos, de cara a la figura del encargo, puede concluirse: (i) En los términos de la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, los empleados públicos inscritos en el escalafón de la carrera administrativa gozan de un derecho preferencial a ser encargados en empleos vacantes de manera definitiva, hasta tanto se surta el proceso de selección por méritos destinado a proveer de forma definitiva la citada vacancia. (ii) En atención a que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-372 de 1999, declaró la inexecutable del artículo 14 de la Ley 443 de 1998, desapareciendo así las Comisiones Seccionales del Servicio Civil, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación emitió el Concepto No. 1213 de 3 de septiembre de 1999, indicando que *“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”*. De este modo, entonces, los nombramientos mediante encargos o en provisionalidad pueden ser prorrogados en virtud de lo dispuesto por los artículos 10 de la Ley 443 de 1998 y 5 del Decreto 1572 de 1998. (iii) La Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, establecieron una condición para dar por terminado los nombramientos en encargo, a saber: *“hasta que la administración pueda proveer de forma definitiva la vacancia de un empleo público”*. Esta circunstancia dota de una estabilidad relativa a los empleados nombrados en encargo, traducida en el hecho de que su retiro sólo opera una vez el empleo vacante sea provisto mediante la designación de quien ha superado la totalidad de las etapas de un proceso de selección por méritos. (iv) Si la administración decide dar por terminado el nombramiento en encargo, pero sin que vaya a proveer el empleo con el titular, debe *“expresar las razones del servicio que la llevaron a tomar esa determinación”*, pues en este caso la administración no está dentro del ámbito del ejercicio de una facultad discrecional. (v) Si bien es cierto que, en principio, el retiro del servidor nombrado en encargo procede en razón a que el empleo deba proveerse por el titular del mismo, es decir quien superó el concurso de méritos, también lo es que pueden existir razones asociadas con los principios que orientan la función pública y que impiden continuar con el nombramiento en encargo, es decir que se evidencia *“una circunstancia objetiva que materialmente impida su continuación dentro del ejercicio normal de sus funciones”*. Ello ocurre, por ejemplo, en los procesos de reestructuración que imponen la supresión del empleo respecto del cual se realizó el encargo, pues no se podría obligar a la administración a mantener indefinidamente un cargo que en atención a las necesidades del servicio o de índole presupuestal no justifica su existencia. En torno a este aspecto, esta Corporación ha expresado: Descendiendo al caso concreto, se encuentra acreditado que, a través de la Resolución No. 0187 de 16 de abril de 2001, se dio por terminado *“el encargo surtido según resolución No 0814 del 29 de diciembre de 2000 a NIXON TORRES CARCAMO identificado con la cédula de ciudadanía número 72.193.712 expedida en Barranquilla del cargo de asesor Código 105 adscrito a la dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla”*. Entre tanto, en el expediente no obra prueba alguna que permita inferir que el cargo respecto del cual se terminó el nombramiento en encargo se haya ocupado por el empleado titular, es decir por un funcionario que hubiere aprobado el concurso de méritos; como tampoco se evidencia *“una circunstancia objetiva”* que materialmente le impidiera al actor continuar ejerciendo normalmente sus funciones, tal como ocurriría en el caso de un eventual proceso de

reestructuración de la entidad. En este orden de ideas, y acogiendo las directrices jurisprudenciales ampliamente citadas, al no evidenciarse una razón objetiva y razonable que condujera a la administración a adoptar la decisión ahora enjuiciada, aunado al hecho que dentro del contenido del acto demandado tampoco se expuso razonamiento alguno al respecto, se concluye que el mismo se encuentra viciado de nulidad. En efecto, se insiste, adicionalmente a la potestad que le asiste a la administración de terminar el encargo porque el empleo objeto del mismo debe ser ocupado por la persona que aprobó el concurso de méritos, esta Corporación también ha admitido la posibilidad de terminar el nombramiento en encargo por razones ligadas a la eficiencia y eficacia del servicio, pero *“siempre y cuando motive el acto administrativo por el cual adopta tal decisión, dado que se trata de un empleado de carrera que se encuentra nombrado en encargo, el cual no está sujeto al ejercicio de una facultad discrecional”*. Así las cosas, se declarará la nulidad del acto demandado y, en consecuencia, se ordenará el reintegro del accionante al cargo que venía desempeñando en encargo, así como al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta que se reintegre efectivamente al servicio. Sin embargo, se advierte, que si el cargo se encuentra ocupado por un funcionario de carrera o si el empleo fue suprimido, el pago reconocido al demandante se limitará hasta la fecha de posesión del titular o de la supresión aludida, pues en tales eventos no sería legal ni materialmente posible continuar con el nombramiento en encargo, tal como quedó expuesto anteriormente.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDIL

Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 08001-23-31-000-2001-01470-01(0562-12)

ACTOR: NIXON JOSÉ TORRES CARCAMO

Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 24 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda incoada por Nixon José Torres Carcamo contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

LA DEMANDA

NIXON JOSÉ TORRES CARCAMO, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico declarar la nulidad del siguiente acto:

- Resolución No. 0187 de 16 de abril de 2001, suscrita por el Alcalde Distrital de Barranquilla y el Director de Distrisalud, que dio por terminado *“el encargo surtido según resolución No 0814 del 29 de diciembre de 2000 a NIXON TORRES CARCAMO identificado con la cédula de ciudadanía número 72.193.712 expedida en Barranquilla del cargo de asesor Código 105 adscrito a la dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla”*.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a la parte accionada a:

- Reintegrarlo *“con efectividad a la fecha de terminación del encargo que venía desempeñando en DISTRISALUD en Cargo de Carrera Administrativa como Asesor Código 105, Adscrito a la Dirección”*.
- Reconocer y pagar la diferencia de salario, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, seguridad social y demás emolumentos a que haya lugar, desde la fecha de terminación del encargo hasta cuando se realice el reintegro al mencionado cargo.
- Dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.
- Pagar la condena en costas y agencias en derecho que se le imponga.

Sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

El señor Nixon José Torres Carcamo es servidor público del Distrito Especial de Barranquilla, escalafonado en carrera administrativa en el cargo de Auxiliar Administrativo, adscrito a la Secretaría de Hacienda Distrital.

El 31 de agosto de 2000, mediante la Resolución No. 0480, el Director de Distrisalud nombró al demandante en el cargo de Asesor, el cual se clasifica como de libre nombramiento y remoción.

El 1 de septiembre de 2000, a través de la Resolución No. 0328, el Alcalde Distrital le concedió al actor una comisión por 6 meses, prorrogables por un término igual, para desempeñar el cargo de Asesor adscrito a Distrisalud. El mismo día, dando cumplimiento al artículo 133 del Decreto 1572 de 1998, el interesado se notificó del acto contentivo de la comisión y, a su vez, tomó posesión del aludido cargo.

El 26 de diciembre de 2000, por medio del Decreto No. 0307, el Alcalde fijó la Planta de Personal, las asignaciones salariales y clasificó los cargos del Departamento Administrativo Distrital de Salud - Distrisalud. Dicha disposición estableció que: (i) los cargos de libre nombramiento y remoción correspondían a los de Director Local de Salud y Jefe de Departamento Administrativo y Financiero; y, (ii) los demás eran cargos de carrera administrativa.

Asimismo, el parágrafo del artículo 3° del Decreto No. 0307 precisó que *“Los empleados públicos nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa y los empleados públicos escalafonados en el Sistema General de Carrera Administrativa y que se encuentran en encargos de carrera administrativa, en la Planta de Personal del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla, solo podrán ser desvinculados o declarados insubsistentes o regresados a sus cargos titulares, los primeros una vez se surta el proceso de selección de personal organizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no queden elegidos en el denominado concurso, y los segundos regresados a sus cargos de carrera administrativa de donde provengan, siempre que no sean elegidos en el mencionado concurso, en cumplimiento de la Sentencia T-800 de 1998 y la Sentencia C-372 de 1999”*.

El 29 de diciembre de 2000, mediante la Resolución No. 0814, el Alcalde Distrital y el Director de Distrisalud, nombraron en encargo al actor como Asesor adscrito a la Dirección de Distrisalud.

El 27 de diciembre de 2000, el demandante se afilió al Sindicato de Industria del Sector Salud, ANTHOC, Seccional Barranquilla y el 16 de marzo de 2001, a través

del Acta de la Junta Directiva, fue designado como miembro de la comisión de reclamos estatutaria, situación que le otorgó la garantía o fuero sindical previsto en la Constitución y la Ley.

El 20 de marzo de 2001, el Presidente y la Fiscal Departamental de la Organización Sindical ANTHOC, notificaron al Alcalde Distrital y al Director de Distrisalud *“del fuero sindical del Sr. NIXON TORRES CARCAMO, por ser elegido en la Comisión de Reclamos de dicho Sindicato.”*. Sin embargo, mediante la Resolución demandada, se dio por terminado el encargo que ostentaba el accionante, violando sus derechos fundamentales y desmejorando sus condiciones laborales.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, los artículos 25, 29, 39, 53, 121, 122, 125 y 209.

El Convenio No. 151 de 1978 de la OIT.

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 36, 85, 132, 135 a 139, 176, 177 y 206.

La Ley 411 de 1997.

De la Ley 443 de 1998, los artículos 7° y 8°.

De la Ley 446 de 1998, el artículo 40.

De la Ley 489 de 1998, el artículo 3°.

Del Decreto 2400 de 1968, el artículo 26.

Del Decreto 1572 de 1998, los artículos 3°, 5°, 6° y 7°.

Del Decreto Distrital No. 0307 de 26 de diciembre de 2000, el artículo 3°.

El Convenio Colectivo del Trabajo suscrito el 28 de diciembre de 2000 entre la organización Sindical - ANTHOC y el Alcalde Distrital de Barranquilla, adoptado mediante el Decreto Distrital No. 0306 de 2000, ratificado el 29 de diciembre del mismo año.

El demandante consideró que el acto acusado estaba viciado de nulidad, por las siguientes razones:

En el presente caso se quebrantaron los derechos al trabajo y al debido proceso, por cuanto la terminación del encargo que ostentaba el señor Torres Carcamo no podía decretarse sin haberse surtido el respectivo concurso de méritos, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-372 de 1999. Asimismo, se

desconoció el fuero sindical que amparaba al accionante, el cual le permitía permanecer en el encargo, situación que se encuentra consignada en el Convenio suscrito entre el Sindicato ANTHOC y el Distrito, así como en el Decreto 0306 de 26 de diciembre de 2000.

Además, se debió respetar el derecho preferencial que les asiste a los empleados de carrera para desempeñar otros cargos bajo la modalidad del encargo.

A su turno, el artículo 6° del Decreto 1572 de 1998 prohíbe la provisión de un cargo de carrera administrativa con encargo o provisionalidad, cuando de éste ha salido un funcionario que estaba vinculado como encargado, *“es decir, debe primar la provisión mediante la lista de elegibles, o sea que antecede el CONCURSO DE MÉRITOS”*. Sin embargo, contrariando el ordenamiento jurídico vigente, en el *Sub lite*, después de haberse declarado la terminación del encargo del demandante, se nombró en provisionalidad al señor Fernando Jurado, quien se posesionó el 19 de abril de 2001.

Aunado a lo anterior, el párrafo del artículo 3° del Decreto Distrital 0307 de 2000 previó la posibilidad de permanecer en encargo mientras no se hubiere surtido el respectivo concurso.

De otro lado, se debe resaltar que la decisión de terminar un encargo no es discrecional, sino reglada y, por lo tanto, el acto acusado debió haberse motivado, lo cual no ocurrió y, por lo tanto, está viciado de nulidad por desviación de poder y abuso de autoridad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada ejerció su derecho de contradicción frente a la acción incoada, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos (fls. 90 a 91):

El actor no aportó *“el estudio técnico en el cual se fundamenta la terminación de un nombramiento, bajo la modalidad de encargo en un cargo de carrera administrativa”*.

Entre tanto, las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar, por cuanto el acto acusado se expidió por las autoridades distritales correspondientes,

con plena sujeción al marco jurídico respectivo y atendiendo a sus precisas atribuciones legales y constitucionales.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante Sentencia de 24 de noviembre de 2011, negó las súplicas de la demanda con base en los siguientes argumentos (fls. 179 a 189):

De conformidad con la Ley 443 de 1998 y los Decretos 2400 de 1968, 1950 de 1973 y 1572 de 1998, es posible acudir al encargo para suplir vacancias definitivas o temporales con un empleado que asuma las funciones del empleo vacante por un período de tiempo limitado. Además, preferentemente el encargo recae en empleados de carrera que acrediten los requisitos para acceder al empleo objeto de dicha situación administrativa.

Contrario a lo manifestado por el actor, no es válido sostener que la terminación del encargo debe sujetarse a que se realice el concurso de méritos y se nombre al titular del mismo, pues no puede perderse de vista que para el momento en que ocurrieron los hechos narrados no existía la Comisión Nacional del Servicio Civil y, en consecuencia, *“mal podría exigirse el cumplimiento de este requisito”*.

En este orden de ideas, el nominador estaba facultado para dar por terminado el nombramiento en encargo que ostentaba el demandante, pues dicha figura no le confería fuero de estabilidad alguno. Además, *“así como el nombrado accede sin ningún procedimiento previo ni motivación del acto, igualmente su desvinculación tampoco exige tales requisitos, esto es, bien puede darse por terminado el encargo sin motivación”*. Entre tanto, el accionante no demostró estar amparado por el fuero sindical que alega.

De otro lado, en el *Sub lite* no se han quebrantado los derechos fundamentales del demandante, por cuanto en el mismo acto enjuiciado se dispuso que reasumiera las funciones del empleo al cual estaba inscrito en carrera.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, al sustentar la impugnación, expuso los motivos de inconformidad que a continuación se enuncian (fls. 191 a 219):

Algunas de las disposiciones aplicadas por el Tribunal de primera instancia fueron derogadas y otras hacen parte de normas sustantivas que no atañen al caso concreto.

Ahora bien, el actor tenía derecho a permanecer nombrado en encargo hasta cuando se surtiera el respectivo concurso de méritos, tal como se deriva de lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-372 de 1999 e incluso del contenido del acto que dispuso el encargo.

Los anteriores argumentos también encuentran respaldo en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, los cuales amparan al interesado en virtud del carácter vinculante del precedente jurisprudencial al que aluden las sentencias C-539 y C-634 de 2011. *“Los anteriores pronunciamientos sobre el precedente judicial, los invocamos para reiterar la necesidad y la obligación que tenía el nominador del Distrito de Barranquilla, de motivar la terminación del encargo de mi poderdante, quien unos cuantos meses después de sufrir la persecución política, donde incluso le suprimieron el cargo del que era titular, por parte de la administración de ese entonces, para salvaguardar su vida le tocó desplazarse forzosamente a la ciudad de Bogotá D.C.”*. En efecto, el deber constitucional que le asistía a la entidad accionada de motivar el acto demandado se encuentra ampliamente desarrollado en las sentencias SU-250 de 1998, T-800 de 1998 y C-901 de 2008.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El problema jurídico se contrae a analizar la legalidad de la Resolución No. 0187 de 16 de abril de 2001, en orden a determinar si la declaratoria de terminación del nombramiento en encargo del actor en el empleo de Asesor, Código 105, adscrito a la Dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla, Distrisalud, estuvo ajustada a derecho.

Con el objeto de resolver el problema expuesto, la Sala encuentra probados los siguientes hechos:

- El 31 de agosto de 2000, por medio de la Resolución No. 0480, el Director de Distrisalud nombró al accionante en el cargo de Asesor, Código 105, adscrito a la Dirección de dicha entidad (fl. 25).

- El 1 de septiembre de 2000, a través de la Resolución No. 0328, el Alcalde de Barranquilla le concedió al demandante comisión hasta por 6 meses, prorrogables por el mismo término, para desempeñarse como Asesor en Distrisalud (fls. 26 a 27).

- El Decreto No. 0307 de 26 de diciembre de 2000, expedido por el Alcalde del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, fijó la planta de personal y asignaciones salariales en el Departamento Administrativo Distrital de Salud – Distrisalud, para la vigencia fiscal del año 2001, así (fls. 18 a 21):

	Cargo	Código	No. Cargos	Nivel	Asignación Mensual	Total Anual
Dirección	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
	Asesor Jurídico	105	2	Asesor	\$2.767.873	66.428.952
	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

En torno a la clasificación de los empleos, así como al nombramiento en provisionalidad y en encargo, el citado Decreto Distrital estableció:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Clasifíquese los cargos del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla que no pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa, así:

A) Los cargos que se señalan a continuación son de libre nombramiento y remoción:

DIRECTOR LOCAL DE SALUD

JEFE DE DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

B) Los cargos de Operario de Servicios Generales y Celadores, que se circunscriben en los parámetros de la Ley 6 de 1945, no pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa, y la vinculación a los mismos será a través de Contrato de Trabajo a término indefinido.

PARÁGRAFO: Los demás cargos de la estructura o de la planta de personal del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla, que aparecen señalados en el artículo primero del presente Decreto, pertenecen al Sistema General de Carrera Administrativa y para los efectos legales se entienden o se denominarán Cargos de Carrera Administrativa, aplicándosele la Ley 443 de 1998, sus Decretos

Reglamentarios y las distintas Sentencias Proferidas por la Honorable Corte Constitucional.

(...)

ARTÍCULO TERCERO: (...)

PARÁGRAFO PRIMERO: Los empleados públicos nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa y los empleados públicos escalafonados en el Sistema General de Carrera Administrativa y que se encuentren nombrados en encargos en cargos de carrera administrativa, en la Planta de Personal del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla, solo podrán ser desvinculados o declarados insubsistentes o regresados a sus cargos titulares, los primeros, una vez se surta el proceso de selección de personal organizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y no queden elegidos en el determinado concurso, y los segundos regresados a sus cargos de carrera administrativa de donde provengan, siempre que no sean elegidos en el mencionado concurso, en cumplimiento de la Sentencia T-800 de 1998 y la Sentencia C-372 de 1999.

(...).”

- El 29 de diciembre de 2000, a través de la Resolución No. 0814, el Alcalde Distrital de Barranquilla y el Director de Distrisalud nombraron al actor, bajo la modalidad de encargo, como Asesor, Código No. 105 adscrito al Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla, indicando que *“en cumplimiento de la Sentencia C-372 de 1999, proferida por la Corte Constitucional, el encargado solo puede desvincularse o declararse insubsistente, una vez se surta el proceso de selección de personal convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para este cargo de carrera administrativa”* (fl. 24).

- El 16 de abril de 2001, mediante la Resolución No. 0187, el Alcalde Distrital de Barranquilla y el Director de Distrisalud, dieron por terminado *“el encargo surtido según resolución No 0814 del 29 de diciembre de 2000 a NIXON TORRES CARCAMO identificado con la cédula de ciudadanía número 72.193.712 expedida en Barranquilla del cargo de asesor Código 105 adscrito a la dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla”*. Asimismo, se dispuso que el accionante reasumiría *“su cargo titular denominado Auxiliar Administrativo adscrito a la Secretaría de Hacienda Distrita”* (fl. 16).

Expuesto el anterior marco, la Sala procederá a realizar el análisis de fondo de la situación planteada, estudiando los siguientes tópicos: i) Del régimen de carrera administrativa; ii) Del encargo; y, iii) Del caso concreto.

i) De la carrera administrativa.

En primer término es preciso indicar que el accionante fue inscrito en el sistema de carrera administrativa mediante la Resolución No. 0024 de 24 de diciembre de 1993, emanada de la Comisión Seccional del Servicio Civil del Atlántico, en el cargo de Técnico IV - Auxiliar de Nómina - Tesorería de la Alcaldía Municipal de Barranquilla¹. Posteriormente, se le efectuó nombramiento en encargo para desempeñarse como Asesor, Código 105, adscrito a la Dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla, Distrisalud. Entretanto, el referido encargo, se dio por terminado, a través de la Resolución No. 0187 16 de abril de 2001.

Con fundamento en los anteriores supuestos fácticos, se observa que en el *Sub lite*, el régimen jurídico aplicable en materia de carrera administrativa es el contenido en la Ley 443 de 1998 y demás normas concordantes y reglamentarias².

Ahora bien, el artículo 125 de la Constitución Política, dispone:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o 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 se hará: 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.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

(...).”

La carrera administrativa es una institución jurídica, que tiene por objeto la eficiencia de la administración, el buen servicio a la sociedad y la profesionalización o estabilidad de los empleados públicos, mediante un sistema de administración de personal que regula deberes y derechos tanto de la administración como del empleado, de tal forma, que el ingreso y los ascensos

¹ Folio 41.

² La Ley 443 de 1998 fue derogada, salvo los artículos 24, 58, 81 y 82, por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

están determinados exclusivamente por la capacidad o mérito demostrables por concurso³.

A su turno, la permanencia en el cargo, se encuentra condicionada a la capacidad con la que cuenta el trabajador para cumplir con los objetivos propuestos por la administración; pues dicho mérito, es periódicamente calificado para comprobar el desempeño de sus deberes.

Igualmente, el empleado nombrado en carrera puede estar sujeto a diversas situaciones administrativas, entre ellas la relativa al encargo, por lo cual, la Sala procederá a analizar dicha figura por tratarse del fundamento sobre el cual se edifican las pretensiones del accionante.

ii) **Del encargo.**

El legislador ha previsto que la figura del encargo corresponde a una de las formas en que los empleados públicos pueden estar vinculados a la administración. Así, el artículo 8° de la Ley 443 de 1998, prevé la posibilidad de acudir a este tipo de vinculación cuando se presenta una vacancia definitiva, sujetando su ejercicio a los siguientes lineamientos:

“ARTICULO 8o. 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.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

PARÁGRAFO. Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los

³ Villegas Arbeláez Jairo, *Derecho Laboral Administrativo*, 2008, Tomo 1, Pág. 291.

nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos."⁴.

*ARTICULO 9o. 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, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera*⁵.

*ARTICULO 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*⁶.

Quando 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*⁷.

Por su parte, los artículos 3° y 5° del Decreto 1572 de 1998, reglamentaron las anteriores disposiciones, así:

"ARTICULO 3o. Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, y se requiera su provisión temporal, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales cargos si acreditan los requisitos de estudio y experiencia y el perfil para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrán hacerse nombramientos provisionales.

Tanto el encargo como el nombramiento provisional sólo procederán después de que se haya convocado el respectivo proceso de selección,

⁴ Los apartes subrayados fueron declarados exequibles, por los cargos analizados, mediante la Sentencia C-942 de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵ El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-942 de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶ El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-368 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷ - Mediante la Sentencia C-109 de 2000, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte Constitucional declaró 'Estese a lo resuelto en la Sentencia C-702-99' y declarar exequibles los incisos 2 y 3 salvo las expresiones 'ante la' y 'comisión del servicio civil' declaras inexecutable.

- Los apartes tachados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-372 de 1999, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

salvo autorización previa de la correspondiente Comisión del Servicio Civil cuando medie justificación del jefe de la entidad en los casos en que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de la entidad.”.

(...)

“ARTICULO 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.

PARÁGRAFO. 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. “.

De conformidad con los anteriores preceptos, se concluye que al tenor de lo dispuesto por la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, los empleados públicos inscritos en el escalafón de la carrera administrativa gozan de derecho preferencial a ser encargados en empleos vacantes de manera definitiva, hasta

tanto se surta el proceso de selección por méritos destinado a proveer de forma definitiva la citada vacancia⁸.

Ahora bien, como quedó expuesto, en principio, el encargo tiene un término de duración máxima de cuatro meses, sin perjuicio de que por circunstancias debidamente justificadas, ante la Comisión del Servicio Civil, sea necesario ampliar dicho período, por ejemplo cuando el proceso de selección por méritos destinado a proveer en propiedad el empleo vacante no pueda culminarse en el tiempo previamente estipulado.

Sobre este particular, es necesario señalar que con ocasión de la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional C-372 de 1999, por la cual se declaró la inexecutable del artículo 14 de la Ley 443 de 1998, y en consecuencia desaparecieron las Comisiones Seccionales del Servicio Civil, fue necesario precisar por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación la forma de proveer los empleos vacantes, existentes en ese momento, ante la evidente imposibilidad de llevar a cabo los procesos de selección por méritos. Así, en el concepto No. 1213 de 3 de septiembre de 1999, se indicó:

“(...) 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,...”. Y, el artículo 6º prescribe: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Sentencia de 19 de julio de 2007, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-05488-01(2441-04), Actora: Nancy García Daza.

misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

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.”.

Con fundamento en el anterior concepto, esta Subsección⁹ ha estimado que “a partir de la expedición de la Sentencia C-372 de 1999 quedó facultada para efectuar nombramientos mediante encargos y, o, con carácter provisional en tanto, fuera posible llevar acabo los procesos de selección por méritos necesarios para proveer de forma definitiva la totalidad de los empleos vacantes en la administración pública, los cuales bien pueden ser prorrogados en virtud de lo dispuesto por los artículos 10 de la Ley 443 de 1998 y 5 del Decreto 1572 de 1998”.

iii) Del caso concreto.

Durante el transcurso del proceso, el demandante ha manifestado que su nombramiento mediante encargo en el empleo de Asesor, Código 105, adscrito a la Dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla, Distrisalud, no podía darse por terminado, hasta tanto el citado empleo fuera provisto mediante nombramiento en propiedad, como resultado de un proceso de selección por méritos.

Sobre el particular, se observa que mediante la Resolución No. 0814 de 2000, se dispuso el nombramiento en encargo del señor Nixon José Torres Carcamo como Asesor, Código 105, adscrito a la Dirección de Distrisalud, indicando que “en cumplimiento de la Sentencia C-372 de 1999, proferida por la Corte Constitucional, el encargado solo puede desvincularse o declararse insubsistente, una vez se surta el proceso de selección de personal convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para este cargo de carrera administrativa”.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 11 de agosto de 2011, Radicación No.: 05001-23-31-000-2002-03329-01(0078-10), Actor: Jesús Evelio Cadavid Mesa.

Sin embargo, mediante el acto acusado, la administración dio por terminado el referido nombramiento, disponiendo que el actor debía seguir ejerciendo el cargo al cual estaba adscrito en carrera administrativa.

Ahora bien, como se precisó en el acápite anterior, el nombramiento mediante encargo constituye un derecho preferencial a favor de los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa en tanto les permite desempeñar, transitoriamente, un cargo de mayor categoría vacante en forma definitiva, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos para su desempeño, hasta que la administración lo provea en propiedad como resultado de un proceso de selección por méritos.

A su turno, esta Subsección, mediante Sentencia de 11 de agosto de 2011, con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve¹⁰, sostuvo que tanto la Ley 443 de 1998, como el Decreto 1572 de 1998, establecieron una condición para dar por terminado los nombramientos por encargo, a saber: *“hasta que la administración pueda proveer de forma definitiva la vacancia de un empleo público”, lo cual “constituye a favor de los servidores públicos que vienen desempeñando empleos mediante encargo una especie de estabilidad relativa, en la medida en que su retiro sólo opera una vez el empleo vacante sea provisto mediante la designación de quien ha superado la totalidad de las etapas de un proceso de selección por méritos”.*

En anterior oportunidad, y en similares términos, la Subsección A, a través de la Sentencia de 27 de septiembre de 2007, trazó los siguientes lineamientos interpretativos¹¹:

“(…) Como puede verse, era viable la prórroga del encargo, por el tiempo que fuera necesario y hasta cuando se superara la circunstancia que imposibilitaba proveer el cargo con el titular, en los eventos en que el concurso no se había podido concluir o realizar efectivamente.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 11 de agosto de 2011, Radicación No.: 05001-23-31-000-2002-03329-01(0078-10), Actor: Jesús Evelio Cadavid Mesa.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón, Sentencia de 27 de septiembre de 2007, Radicación No.: 25000-23-25-000-2001-06730-01(0439-05), Actor: Clímaco Antonio Forero Solórzano.

En tal situación, puede afirmarse que la persona que se encuentra encargada de un empleo de carrera administrativa goza de cierta estabilidad laboral (art. 53 C.P.) pues, para su desvinculación, debe mediar un acto de nombramiento con la persona que superó el proceso de selección, hallándose ésta naturalmente en el orden de elegibilidad.

(...)

Si se han demostrado entonces los presupuestos a que hace alusión la Ley 443 de 1998, la persona designada en encargo estaría amparada por prerrogativas que le confiere el legislador y que se concretan en una cierta estabilidad, en tanto se surta el proceso de selección. De lo contrario, se estaría violando el principio de igualdad de oportunidades que le permite no solo su permanencia sino el ascenso dentro del servicio.

Si bien la preceptiva constitucional (art. 125) permite al legislador consagrar algunas causales especiales de retiro, tal delegación no puede concebirse e interpretarse como el ejercicio de una potestad absoluta pues, su regulación, encuentra límites en el mismo ordenamiento legal, como en el caso de los empleos de carrera los cuales se rigen por principios rectores que la misma Constitución consagra y ampara.

No puede olvidarse que la potestad discrecional en materia de función pública se predica, en principio, sólo respecto de los empleos de libre remoción, dada su especial condición de personal de confianza. **Pero, en tratándose de personal escalafonado en carrera o en encargo, la situación varía sustancialmente, y no resultaría ajustado a derecho aplicar, en estricto rigor, las reglas de la discrecionalidad.**

Entiende la Sala que si se trata de dar por terminado un encargo sin que se vaya a proveer con el titular, se vería obligada la entidad a expresar las razones del servicio que la llevaron a tomar esa determinación.

En efecto, se ha establecido como regla general que las decisiones administrativas sean motivadas, así sea en forma sumaria, si con ella se afectan intereses o derechos particulares (art. 35 del C.C.A.); y, como excepción, podrán adoptarse decisiones sin motivación alguna cuando el legislador lo autorice, como en el caso de los actos discrecionales. Pero aún así, no podrán las autoridades apartarse de los fines públicos o sociales propuestos por la norma de derecho positivo que los autoriza.

En tanto no se presente una circunstancia objetiva que materialmente impida su continuación dentro del ejercicio normal de sus funciones, no es posible acudir a la figura de la discrecionalidad. No puede dársele el mismo trato a un empleado de carrera que se encuentra en encargo que a uno de libre remoción.

(...)." (Resalta la Sala).

Asimismo, esta Corporación ha aclarado que tal condicionamiento, esto es, que el nombramiento en encargo se efectúe hasta el momento en que el empleo vacante pueda ser provisto de forma definitiva, debe ser entendido conforme los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa, establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política. Desarrollando este criterio, en la precitada sentencia

de 11 de agosto de 2011, se expresó que la función administrativa debe ser ejercida consultando el bien común, mediante la persecución de objetivos que van más allá del interés particular, los cuales se encuentran consignados en la Constitución Política y en la Ley, por lo que *“la estabilidad relativa que genera a favor del empleado nombrado mediante encargo el hecho de permanecer en el cargo vacante hasta su provisión definitiva, encuentra un límite en el principio del interés general que orienta la totalidad de las actuaciones de la administración por lo que, a juicio de la Sala, resulta inadmisibles predicar a favor de dichos empleados un fuero de estabilidad absoluto”*.

Con fundamento en los precedentes jurisprudenciales referidos, de cara a la figura del encargo, puede concluirse:

(i) En los términos de la Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, los empleados públicos inscritos en el escalafón de la carrera administrativa gozan de un **derecho preferencial** a ser encargados en empleos vacantes de manera definitiva, hasta tanto se surta el proceso de selección por méritos destinado a proveer de forma definitiva la citada vacancia.

(ii) En atención a que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-372 de 1999, declaró la inexecutable del artículo 14 de la Ley 443 de 1998, desapareciendo así las Comisiones Seccionales del Servicio Civil, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación emitió el Concepto No. 1213 de 3 de septiembre de 1999, indicando que *“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”*. De este modo, entonces, los nombramientos mediante encargos o en provisionalidad pueden ser prorrogados en virtud de lo dispuesto por los artículos 10 de la Ley 443 de 1998 y 5 del Decreto 1572 de 1998.

(iii) La Ley 443 de 1998 y el Decreto 1572 de 1998, establecieron una condición para dar por terminado los nombramientos en encargo, a saber: *“hasta que la administración pueda proveer de forma definitiva la vacancia de un empleo público”*. Esta circunstancia dota de una estabilidad relativa a los empleados nombrados en encargo, traducida en el hecho de que su retiro sólo opera una vez

el empleo vacante sea provisto mediante la designación de quien ha superado la totalidad de las etapas de un proceso de selección por méritos.

(iv) Si la administración decide dar por terminado el nombramiento en encargo, pero sin que vaya a proveer el empleo con el titular, debe *“expresar las razones del servicio que la llevaron a tomar esa determinación”*, pues en este caso la administración no está dentro del ámbito del ejercicio de una facultad discrecional.

(v) Si bien es cierto que, en principio, el retiro del servidor nombrado en encargo procede en razón a que el empleo deba proveerse por el titular del mismo, es decir quien superó el concurso de méritos, también lo es que pueden existir razones asociadas con los principios que orientan la función pública y que impiden continuar con el nombramiento en encargo, es decir que se evidencia ***“una circunstancia objetiva que materialmente impida su continuación dentro del ejercicio normal de sus funciones”***. Ello ocurre, por ejemplo, en los procesos de reestructuración que imponen la supresión del empleo respecto del cual se realizó el encargo, pues no se podría obligar a la administración a mantener indefinidamente un cargo que en atención a las necesidades del servicio o de índole presupuestal no justifica su existencia. En torno a este aspecto, esta Corporación ha expresado¹²:

“Empero, tal condicionamiento, esto es, que el nombramiento en encargo se efectúe hasta el momento en que el empleo vacante pueda ser provisto de forma definitiva, debe ser entendido conforme los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa, previstos en el artículo 209¹ de la Constitución Política.

En efecto, estima la Sala que la función administrativa debe ser ejercida consultando el bien común, mediante la persecución de objetivos que van más allá del interés particular, los cuales se encuentran consignados en la Constitución Política y en la ley. Así las cosas, debe decirse que la estabilidad relativa que genera a favor del empleado nombrado mediante encargo el hecho de permanecer en el cargo vacante hasta su provisión definitiva, encuentra un límite en el principio del interés general que orienta la totalidad de las actuaciones de la administración por lo que, a juicio de la Sala, resulta inadmisibles predicar a favor de dichos empleados un fuero de estabilidad absoluto.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 11 de agosto de 2011, Radicación No.: 05001-23-31-000-2002-03329-01(0078-10), Actor: Jesús Evelio Cadavid Mesa.

¹ *“ARTICULO 209. 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 funciones.*

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

Bajo estos supuestos, resulta evidente que, la administración por razones ligadas a la eficiencia y eficacia del servicio puede dar por terminado un nombramiento mediante encargo, siempre y cuando motive el acto administrativo por el cual adopta tal decisión, dado que se trata de un empleado de carrera que se encuentra nombrado en encargo, el cual no está sujeto al ejercicio de una facultad discrecional.

Sobre este particular, debe decirse que, la Sala en anteriores ocasiones ha encontrado razonable la decisión de la administración de dar por terminado un nombramiento mediante encargo cuando se demuestra que la existencia de un empleo vacante no resulta indispensable para el normal funcionamiento de una entidad pública, por ejemplo; ante la existencia de un proceso de reestructuración, supresión y adecuación de una planta de personal, o ante la necesidad de reducir los gastos de funcionamiento de una entidad pública.

(...)

Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, estima la Sala que el departamento de Antioquia al dar por terminado el nombramiento en encargo del señor Jesús Evelio Cadavid Mesa no sólo, motivó el acto administrativo que así lo dispuso, sino que, dicha motivación se encuentra acorde con los principios de la función administrativa dado que, como quedó visto en este caso el interés general estaba representado en las necesidades del servicio y en la obligación de velar por la estricta organización y eficiencia en la prestación de los servicios educativos del departamento de Antioquia.”.

Descendiendo al caso concreto, se encuentra acreditado que, a través de la Resolución No. 0187 de 16 de abril de 2001, se dio por terminado “el encargo surtido según resolución No 0814 del 29 de diciembre de 2000 a NIXON TORRES CARCAMO identificado con la cédula de ciudadanía número 72.193.712 expedida en Barranquilla del cargo de asesor Código 105 adscrito a la dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla”.

Entre tanto, en el expediente no obra prueba alguna que permita inferir que el cargo respecto del cual se terminó el nombramiento en encargo se haya ocupado por el empleado titular, es decir por un funcionario que hubiere aprobado el concurso de méritos; como tampoco se evidencia “**una circunstancia objetiva**” que materialmente le impidiera al actor continuar ejerciendo normalmente sus funciones, tal como ocurriría en el caso de un eventual proceso de reestructuración de la entidad.

En este orden de ideas, y acogiendo las directrices jurisprudenciales ampliamente citadas, al no evidenciarse una razón objetiva y razonable que condujera a la administración a adoptar la decisión ahora enjuiciada, aunado al hecho que dentro

del contenido del acto demandado tampoco se expuso razonamiento alguno al respecto, se concluye que el mismo se encuentra viciado de nulidad.

En efecto, se insiste, adicionalmente a la potestad que le asiste a la administración de terminar el encargo porque el empleo objeto del mismo debe ser ocupado por la persona que aprobó el concurso de méritos, esta Corporación también ha admitido la posibilidad de terminar el nombramiento en encargo por razones ligadas a la eficiencia y eficacia del servicio, pero **“siempre y cuando motive el acto administrativo por el cual adopta tal decisión, dado que se trata de un empleado de carrera que se encuentra nombrado en encargo, el cual no está sujeto al ejercicio de una facultad discrecional”**.

Así las cosas, se declarará la nulidad del acto demandado y, en consecuencia, se ordenará el reintegro del accionante al cargo que venía desempeñando en encargo, así como al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento del retiro y hasta que se reintegre efectivamente al servicio. Sin embargo, se advierte, que si el cargo se encuentra ocupado por un funcionario de carrera o si el empleo fue suprimido, el pago reconocido al demandante se limitará hasta la fecha de posesión del titular o de la supresión aludida, pues en tales eventos no sería legal ni materialmente posible continuar con el nombramiento en encargo, tal como quedó expuesto anteriormente.

Igualmente, se ordenará que el pago de los salarios y demás prestaciones que resulten a favor del actor se ajusten en su valor, de conformidad con el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el actor desde la fecha en que se dio por terminado el nombramiento en encargo, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago).

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada salarial y prestacional teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Así mismo, se declarará que para todos los efectos legales no ha habido solución de continuidad.

Finalmente, en torno a la pretensión del demandante, relativa a la condena en costas, se precisa indicar que no hay lugar a acceder a ella, toda vez que la entidad accionada no observó una conducta temeraria ni negligente en el transcurso del proceso, como tampoco desleal con la parte accionante, que pudiera ameritar la imposición de las mismas, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo¹³.

DECISIÓN

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

FALLA

REVÓCASE la Sentencia de 24 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las súplicas de la demanda incoada por Nixon José Torres Carcamo contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla. En su lugar,

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 0187 de 16 de abril de 2001, suscrita por el Alcalde Distrital de Barranquilla y el Director de Distrisalud, que dio por terminado el encargo del actor como Asesor, Código 105, adscrito a la Dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla, Distrisalud. En consecuencia,

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, Expediente No 10.775, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Ver también la sentencia de 3 de noviembre de 2005, proferida por esta Subsección, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00088-01(2797-03), Actora: Mariluz Cardona Botero.

CONDÉNASE al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla a reintegrar, con nombramiento en encargo, al señor Nixon José Torres Carcamo al cargo que venía desempeñando como Asesor, Código 105, adscrito a la Dirección del Departamento Administrativo de Salud Distrital de Barranquilla, Distrisalud, siempre y cuando dicho empleo no se encuentre ocupado por un empleado de carrera o no hubiere sido suprimido.

CONDÉNASE al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, a reconocerle y pagarle al señor Nixon José Torres Carcamo los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde cuando se dio por terminado el nombramiento en encargo, y hasta que se efectúe el reintegro al mismo, de forma actualizada de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva de esta providencia. Sin embargo, se advierte, que si el cargo se encuentra ocupado por un funcionario de carrera o si el empleo fue suprimido, el pago reconocido al demandante se limitará hasta la fecha de posesión del titular o de la supresión aludida, de acuerdo con lo expresado en el acápite de las consideraciones de este proveído.

DECLÁRASE para todos los efectos que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del señor Nixon José Torres Carcamo.

Dese cumplimiento al fallo en los términos y condiciones establecidas en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA