

CARGO DE CARRERA - Reglas para la provisión de vacantes / SENA - Desconoció derecho preferencial de empleado de carrera para ocupar cargo de carrera en encargo /  
NOMBRIAMIENTO EN PROVISIONALIDAD - Nulidad porque entidad nominadora desconoció derecho preferencial de empleado de carrera

De la lectura del artículo 24 de la Ley 909 de 2004 se concluye que para proveer empleos de carrera vacantes, los empleados de carrera de la entidad tendrán derecho preferencial a ser encargados si: i) acreditan las condiciones y los requisitos para su desempeño, ii) poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, iii) no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y iv) su última evaluación del desempeño fue sobresaliente. Ahora bien, aunque la demandante no probó que en la entidad existiera personal de carrera para ocupar el empleo en encargo, lo cierto es que con la documental que remitió el SENA en cumplimiento del auto de pruebas, se allegó al expediente la Resolución N° 0113 de 2008 expedida por el Director Regional (E) del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Regional Chocó, en la cual se indica que: “mediante oficio del 12 de mayo de 2008, enviado por vía Internet, la Comisión Nacional de Personal considero (sic) que se vulnero (sic) el derecho preferente en la provisión de cargos en esta regional [...] Que existe en la planta de personal de la sede de trabajo personal de carrera administrativa con el lleno de los requisitos, perfil requerido, las habilidades y aptitudes para PROVEER EN ENCARGO ESTE EMPLEO”. Entonces, al admitir la entidad - SENA Regional Chocó – que se equivocó, atendiendo el señalamiento de la Comisión Nacional de Personal, tal situación no puede ser desconocida por la Sala como prueba de que ciertamente el acto acusado se aparta de la norma en que debía fundarse: el artículo 24 de la Ley 909 de 2004. Esta situación desvirtúa la legalidad del acto acusado porque es motivo suficiente para dar por probada la vulneración alegada. Consecuencialmente, se impone anular la Resolución N° 004 de 2008, expedida por el Sena - Regional Chocó.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., cinco (5) de marzo de dos mil nueve (2009).

Radicación numero: 11001-03-28-000-2008-00010-00

Actor: ALEYDA MURILO GRANADOS

Demandado: DIRECTORA DEL SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE REGIONAL CHOCO

Procede la Sala a decidir de fondo la demanda que presenta la ciudadana Aleyda Murillo Granado contra la Resolución N° 0004 del 22 de enero de 2008 proferida por la Directora del Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena, regional Choco.

I. ANTECEDENTES.-

1. LA DEMANDA.-

A. PRETENSIONES.-

La señora Aleyda Murillo Granados actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción electoral, solicita la nulidad del acto por medio de cual se nombró en provisionalidad al señor Eccehomo González Bermúdez en el cargo de Profesional Grado 06 del Sena – Regional Chocó.

#### B. FUNDAMENTOS DE HECHO.-

La demandante sustenta su pretensión en los siguientes hechos, que la Sala resume así:

Mediante Resolución N° 0004 del 22 de enero de 2008, la Directora del Servicio Nacional de Aprendizaje – Sena, Regional Chocó nombró en provisionalidad en la planta de personal de ese establecimiento público al señor Eccehomo González Bermúdez, en el cargo de Profesional Grado 06. En esa misma fecha, el nombrado se posesionó en el cargo.

Dice que los requisitos exigidos para ocupar el cargo de Profesional Grado 06 fueron establecidos en {}{}{}{} la Resolución N° 000986 del 25 de mayo de 2007 y son: i) Título Profesional Universitario relacionado con el área de desempeño y ii) Título de formación avanzada o de postgrado.

Considera que para proveer una vacante en un cargo de carrera administrativa lo procedente era realizar un encargo con el personal de carrera que cumpliera los requisitos para desempeñar el cargo, de conformidad con lo dispone el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Que en la planta de personal del Sena – Regional Chocó existe por lo menos un empleado de carrera que reúne los requisitos para el cargo de Profesional Grado 06, como lo es, Daniel Adriano Abadía Herrera.

#### C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.-

Considera la demandante que el acto demandado es nulo por cuanto desconoce el artículo 125 de la Constitución Política y el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Explicó como concepto de la violación, lo siguiente:

Que la norma constitucional señala el procedimiento que debe realizarse conforme a las condiciones que fija la Ley.

Considera que el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 establece que jurídicamente sólo es viable el nombramiento en provisionalidad cuando no sea posible el encargo.

Que la administración está obligada a realizar encargos cuando existan en la planta de personal empleados inscritos en carrera administrativa que reúnan los requisitos del empleo vacante.

Estima que no era jurídicamente viable y posible realizar el encargo en el empleo de Profesional Grado 06, y que legalmente tampoco procedía nombrar en provisionalidad al señor Eccehomo González Bermúdez, con lo cual se configuró la causal contemplada en el artículo 228 del C.C.A., por cuando dicha persona no reunía las condiciones legales para el desempeño del cargo.

Que al ser viable en primer lugar el encargo y no el nombramiento en provisionalidad, la persona que legalmente podía ocupar el cargo vacante tenía que ser empleado inscrito en carrera administrativa del SENA, condición que no ostenta el nombrado. Que por lo tanto resulta forzoso concluir que dicho nombramiento es ilegal e improcedente.

## 2. TRAMITE DE LA ACTUACION.-

Luego de dar trámite a la petición previa solicitada con el escrito de demanda, por auto del 2 de abril de 2008 se admitió la demanda, se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público, al demandado y a la Directora del Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena, Regional Chocó.

Mediante providencia del 11 de junio de 2008, se abrió el proceso a pruebas.

## 3. CONTESTACION DE LA DEMANDA.-

El demandado no contestó la demanda.

El Director del Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena, Regional Chocó, tampoco se pronunció respecto del contenido de la demanda.

## 4. ALEGATOS DE CONCLUSION.-

Vencida la etapa probatoria y allegadas las pruebas solicitadas, se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión en los términos del artículo 263 del C.C.A. En esta oportunidad, por intermedio de apoderada judicial el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena alegó de conclusión en los siguientes términos:

Que se opone a la declaraciones en razón a “inexistencia de la causa” por cuanto mediante Resolución N° 0113 del 3 de junio de 2008, se revocó el nombramiento provisional del señor Eccehomo González Bermúdez.

Que el acto administrativo que se ataca quedó sin efecto, es decir, no existe; luego lo pretendido a través de esta demanda se logró administrativamente, por cuanto se revocó el acto de nombramiento con base en lo previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Aduce que ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 223 del C.C.A., se configuran con el nombramiento en provisionalidad del señor Eccehomo González, pues para ese momento la Regional Chocó necesitaba con urgencia de una persona idónea que se ocupara de la funciones de almacenista con unos requisitos especiales, entre otros, el ser contador público, en virtud a que debía presentar informes y manejar compras.

Respecto de que el cargo lo debió ocupar el señor Daniel Adriano Abadía refiere que la profesión de éste es la de administrador de empresas. Agrega que además esta persona ocupó el cargo pero que en su desempeño tuvo problemas relacionados con el cumplimiento de los informes y las relaciones con sus compañeros, situaciones que le merecieron una sanción en la hoja de vida.

Trae a colación el argumento relativo a que los nombramientos provisionales efectuados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, podían ser prorrogados en los términos y las condiciones previstos por esa norma.

Por todo lo expuesto considera que al haber sido revocado por la entidad el acto administrativo se ha logrado el objetivo principal de la demanda.

## 4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.-

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado en su concepto se refiere a los cargos planteados por la demandante en los siguientes términos:

En primer lugar transcribe el artículo 125 Superior, el 24 de la Ley 909 de 2004 y el 8° del Decreto 1227 de 2005.

Refiere que estas disposiciones consagran una excepción al sistema de méritos, por cuanto permiten que mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos éstos podrán ser provistos mediante encargo con empleados de carrera mientras se surte el proceso de selección.

Esta provisión de cargos en la modalidad de encargo se sujeta a dos condiciones: i) una de carácter temporal, de conformidad con la cual el encargo no podrá ser superior a seis (6) meses y ii) una de carácter subjetivo, que exige que el encargo recaiga en servidor de carrera que acredite los requisitos para el ejercicio del cargo, que posea las aptitudes y habilidades para su desempeño y no haya sido sancionado disciplinariamente en el último año y su última evaluación de desempeño sea sobresaliente.

Que de conformidad con estas disposiciones considera que para la prosperidad de la pretensión de nulidad debe acreditarse en debida forma los siguientes presupuestos: i) Que en la planta de personal de la entidad existe servidor escalafonado en carrera, ii) que el servidor reúne los requisitos para ejercer el cargo vacante, iii) que posee las aptitudes y habilidades para su desempeño, iv) que no ha sido sancionado disciplinariamente en el último año y v) que su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

Por lo expuesto, considera que no se acreditaron por el actor los supuestos sobre los cuales se soporta la pretensión de nulidad del acto acusado y que enervarían la presunción de legalidad de la cual el acto se halla revestido. Así, solicita se desestimen las pretensiones de la demanda.

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

### COMPETENCIA.-

Según lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, artículo 128, numeral 3° - modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998 - y el Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999, artículo 13 - modificado por el Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, artículo 1°-, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del proceso electoral planteado.

#### 1. EL ACTO ACUSADO.-

Lo constituye la Resolución N° 0004 del 22 de enero de 2008 proferida por la Directora del Servicio Nacional del Sena, Regional Chocó, por medio de la cual se nombró en provisionalidad al señor Eccehomo González Bermúdez, en el cargo de Profesional Grado 06.

#### 2. DEL PROBLEMA JURIDICO.-

Se trata de definir si en el presente asunto se podía llenar mediante nombramiento en provisionalidad la vacante definitiva en el cargo de Profesional Grado 06, o si tal nombramiento debía hacerse mediante encargo con personal de carrera de la entidad.

#### 3. DEL CASO CONCRETO.-

Constituye la censura esencial en que se sustenta la demanda el hecho que la Directora del Sena - Regional Chocó designara en el cargo de Profesional 06, mediante nombramiento en

provisionalidad, a una persona no sometida a régimen de carrera, cuando lo procedente era encargar a un funcionario de la entidad inscrito en ella para el desempeño del cargo, mientras se proveía tal empleo por el sistema de concurso de méritos.

El acto acusado, la Resolución N° 0004 de 2008, fue expedida por la Director del SENA Regional Chocó el 22 de enero de 2008 y dispone en el artículo primero el nombramiento provisional del señor Eccehomo González Bermúdez en el cargo de Profesional 06 adscrito a la dependencia “Centro de Recursos Naturales, Industria y Biodiversidad”. Está motivada en que mediante oficio 023532 del 13 de diciembre de 2007 { la Comisión Nacional del Servicio Civil con fundamento en el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, autorizó a esa Regional efectuar nombramientos en provisionalidad. Igualmente, se menciona que con fundamento en la certificación anexa a la Resolución “**no existe en la planta de personal de la sede de trabajo personal de carrera administrativa con los requisitos y el perfil requerido para proveer en encargo este empleo**”.

Las normas que la demandante invoca como vulneradas son las contenidas en los artículos 125 de la Constitución Política y el 24 de la Ley 909 de 2004, que disponen:

Constitución Política.-

“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.

PARAGRAFO. **Adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003.** Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”

En lo que respecta con la vulneración de esta norma de orden constitucional, la Sala se centrará en el análisis correspondiente al artículo 24 de la Ley 909 de 2004, en tanto que esta disposición es la que desarrolla lo relativo a la carrera administrativa, específicamente lo correspondiente a la procedencia de la figura del encargo y del nombramiento en provisionalidad, que constituye el tema en examen.

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”.

“**Artículo 24. Encargo.** Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de

carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, **LOS EMPLEADOS DE CARRERA TENDRAN DERECHO A SER ENCARGADOS DE TALES EMPLEOS SI ACREDITAN LOS REQUISITOS PARA SU EJERCICIO**, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

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

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

La demandante afirma que la Directora del SENA - Regional del Chocó nombró provisionalmente al demandado en el cargo “Profesional Grado 06”, quien no era empleado de carrera de la entidad. Alega que en dicha designación se omitió encargar a un empleado de carrera que reuniera los requisitos para desempeñarlo, motivo por el cual se violó el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

De la lectura del artículo 24 de la Ley 909 de 2004 se concluye que para proveer empleos de carrera vacantes, los empleados de carrera de la entidad tendrán derecho preferencial a ser encargados si: i) acreditan las condiciones y los requisitos para su desempeño, ii) poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, iii) no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y iv) su última evaluación del desempeño fue sobresaliente.

A folios 86 a 109 del expediente, obra copia auténtica del Manual Específico de Funciones y de Requisitos adoptado por el SENA mediante Resolución N° 000986 de 2007 en el que consta que el cargo de Profesional Grado 06 hace parte del nivel profesional y tiene señalada como aptitud para desempeñarlo “experticia profesional” consistente en “aplicar el conocimiento profesional en la resolución de problemas y transferirlo a su entorno laboral”. Son requisitos para el desempeño de este cargo tener el título profesional universitario que **requiera el Manual para el respectivo carg** y treinta y siete (37) meses de experiencia profesional relacionada. (Equivalencia 1) (fl. 102).

Ahora bien, aunque la demandante alega como reproche esencial contra el acto de nombramiento que el señor Daniel Adriano Abadía Herrera poseía las condiciones requeridas por la ley para ocupar dicho cargo, lo cierto es que en el expediente no obra prueba que acredite que este funcionario realmente ostentara las exigencias para desempeñar las funciones asignadas, en los términos que impone el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con la Resolución Sena N° 000986 de 2007 y con el manual de requisitos y funciones de los empleos de la entidad, contentivo de los que corresponden al empleo de Profesional grado 06 de la dependencia “Centro de Recursos Naturales, Industria y Biodiversidad” de la Regional Chocó.

En efecto, no se probó que dicho servidor fuera un funcionario de carrera, tampoco se acreditó

que reuniera el requisito de estudio y de experiencia para desempeñar el cargo, que poseía las aptitudes y habilidades requeridas para su ejercicio, que no fue sancionado disciplinariamente en el último año, y que su última evaluación del desempeño fue sobresaliente, exigencias todas éstas que se echan de menos por la Sala.

Ahora bien, aunque la demandante no probó que en la entidad existiera personal de carrera para ocupar el empleo en encargo, lo cierto es que con la documental que remitió el SENA en cumplimiento del auto de pruebas, se allegó al expediente la Resolución N° 0113 de 2008 expedida por el Director Regional (E) del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA – Regional Chocó (fl. 70), en la cual se indica que: “mediante oficio del 12 de mayo de 2008, enviado por vía Internet, **la Comisión Nacional de Personal** considero (sic) **que se vulnero (sic) el derecho preferente en la provisión de cargos en esta regional** [...] Que existe en la planta de personal de la sede de trabajo personal de carrera administrativa **con el lleno de los requisitos, perfil requerido, las habilidades y aptitudes para PROVEER EN ENCARGO ESTE EMPLE**”

Entonces, al admitir la entidad - SENA Regional Chocó – que se equivocó, atendiendo el señalamiento de la Comisión Nacional de Personal, tal situación no puede ser desconocida por la Sala como prueba de que ciertamente el acto acusado se aparta de la norma en que debía fundarse: el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Esta situación desvirtúa la legalidad del acto acusado porque es motivo suficiente para dar por probada la vulneración alegada. Consecuencialmente, se impone anular la Resolución N° 004 de 2008, expedida por el Sena - Regional Chocó.

### III. LA DECISION.-

Por lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución N° 0004 del 22 de enero de 2008, proferido por la Directora del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, Regional Chocó, por medio de la cual se nombró en provisionalidad en la planta de personal al señor Eccehomo González Bermúdez, atendiendo lo previsto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

FILEMON JIMENEZ OCHOA Presidente	SUSANA BUITRAGO VALENCIA
MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON	MAURICIO TORRES CUERVO



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Sena

ISSN Pendiente

Última actualización: 20 de abril de 2024 - (Diario Oficial No. 52.716 - 3 de abril de 2024)

