

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA PRIMERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente FABIO IVAN AFANADOR GARCIA

Tunja, nueve (9) de diciembre de dos mil veinte (2020)

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE: ADRIANA MARÍA MORA PULIDO
DEMANDADO: DEFENSORIA DEL PUEBLO Y OTRO
RADICACIÓN: 150012333000202000112-00

=====

Una vez agotadas las etapas procesales previstas en los artículos 180 y 181 inciso final en concordancia con el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, se procede a dictar **SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA** dentro del medio de control de la referencia.

I. ANTECEDENTES

I.1. LA DEMANDA

1.1.- Pretensión. Adriana María Mora Pulido, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral contenido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 *-en adelante CPACA-*, promovió demanda de nulidad electoral en contra de la Defensoría del Pueblo y la señora Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque. Solicitó la nulidad de la Resolución No. 063 del 14 de enero de 2020, por la cual el Defensor Nacional del Pueblo nombró en provisionalidad a esta última en el cargo de Profesional Especializado Código 2010, Grado 17, del Nivel Profesional adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá.

1.2.- Hechos. Como fundamentos fácticos en los cuales funda la presente demanda, relató lo siguiente:

El señor Marco Antonio Sandoval Hernández ejercía el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17, perteneciente al nivel profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá. La

citada persona, en el mes de enero del año 2020, presentó renuncia al cargo. En razón a lo anterior, el Vicedefensor del Pueblo, mediante Resolución No. 026 del 8 de enero de 2020, aceptó la renuncia con efectos a partir del 13 de enero de 2020.

El señor César Olmedo Hernández Sánchez participó en el proceso del concurso de méritos que realizó la Defensoría del Pueblo, en el año 2009, y luego de superar todas las etapas del concurso, fue nombrado en el cargo de Técnico en Criminalística, Grado 15, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá de la Defensoría del Pueblo a partir del 5 de abril de 2010, quien posteriormente, y una vez superado el periodo de prueba, fue inscrito en el escalafón de carrera de la mentada entidad.

El señor Hernández Sánchez solicitó a la Defensoría del Pueblo le fuera concedido un encargo, en el cargo de Profesional Especializado, Grado 17, que se encontraba vacante con ocasión de la renuncia del señor Sandoval Hernández. Para ello, solicitó tener en cuenta su última calificación de evaluación de desempeño, que había sido sobresaliente. Por ende, contaba con las competencias, habilidades y aptitudes laborales, además de cumplir con los requisitos de estudios y experiencia profesional relacionada con las funciones del cargo.

El 11 de enero de 2020, el señor Cesar Olmedo, a través del "Formulario único de recepción de peticiones", habilitado y dispuesto en la página oficial de la Defensoría del Pueblo, envió la solicitud de encargo, con 16 folios con copia a las direcciones electrónicas institucionales asignados a funcionarios de la Subdirección de Gestión del Talento Humano de la Defensoría del Pueblo, para su verificación, a efectos de que fueran tenidos en cuenta los documentos allegados al momento de resolver sobre la provisión del cargo que quedaría vacante en la Defensoría Regional de Boyacá. El 23 de enero siguiente, la Subdirección de Gestión del Talento Humano de la Defensoría del Pueblo, le notificó vía correo electrónico al señor Cesar Olmedo el memorando de fecha 22 de enero de 2020, a través del cual se le resolvió su solicitud de encargo, aludiendo que no existía cargo vacante de esa denominación.

El señor Cesar Olmedo procedió a verificar en la página oficial de la Defensoría del Pueblo, algún acto administrativo en relación con su petición y se encontró que había sido publicada la Resolución No. 063 de fecha 14 de enero de 2020, suscrita por el Defensor del Pueblo, mediante la cual se había nombrado a la señora Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque, en el empleo cuyo encargo solicitaba, acto publicado el 20 de enero del año corriente. Dicho acto administrativo no hizo referencia o mención a las actuaciones adelantadas por la Defensoría del Pueblo, para verificar la existencia de funcionarios inscritos en carrera administrativa que cumplieran con los requisitos para desempeñar el cargo de Profesional Especializado, Grado 17, adscrito a la Regional Boyacá, y respecto del cual se estaba optando por el nombramiento en provisionalidad, de una persona que no

ostentaba derechos de carrera administrativa, y sin ninguna motivación que demostrara la necesidad, razonabilidad y pertinencia de tal decisión. Tampoco se hizo alusión a la petición de 11 de enero de 2020, mediante la cual se había solicitado el nombramiento en encargo del señor Cesar Olmedo Hernández Sánchez pese a anexar todos los documentos o soportes que demostraban su idoneidad para el cargo de profesional Especializado, Grado 17 de la Defensoría Regional de Boyacá.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación. Enlistó como normas quebrantadas las siguientes:

- Constitución Política, artículos 125, 209.
- Ley 909 de 2004, artículo 24.
- Ley 201 de 1995, artículo 138.

Para efectos de desarrollar el concepto de violación, propuso el siguiente cargo:

Señaló que el acto acusado infringió los artículos 125 y 209 de la Constitución Política, artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y artículo 138 de la Ley 201 de 1995, por cuanto se desconoció los principios constitucionales de la función pública, la prevalencia del mérito y de la carrera administrativa, toda vez que Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque no se encontraba inscrita en el escalafón de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo, de modo que ha debido garantizarse y respetarse la prevalencia que tienen los funcionarios de carrera administrativa que tienen los requisitos para ocupar cargos en encargo antes optarse por el nombramiento en provisionalidad.

I.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

I.2.1. Defensoría del Pueblo.

Como autoridad que expidió el acto acusado, y actuando a través de apoderado judicial, sustentó su defensa, así:

La decisión acusada fue adoptada por una autoridad competente en desarrollo de las facultades legales conferida por el numeral 26 del artículo 5° del Decreto 025 de 2014, el cual en condición de nominador le atribuye la facultad de *"Nombrar y remover los servidores de la Entidad, así como definir sus situaciones administrativas"*. A su vez, se ajusta a la normatividad aplicable para el caso, el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, norma aplicable a la Entidad y que se encuentra vigente en los términos del artículo 262 del Decreto 262 de 2000.

Mencionó que, tratándose de una situación administrativa del encargo, el Defensor del Pueblo goza de un amplio margen de discrecionalidad para su otorgamiento y determinación, en consecuencia, no vulneró el artículo 138 de la Ley 201 de 1995.

Manifestó que hay inexistencia de violación de prevalencia al principio de la carrera administrativa. Indicó que el régimen de carrera aplicable a los empleados de la Defensoría del Pueblo es la Ley 201 de 1995 y no la Ley 909 de 2004 como erróneamente lo señala la demandante. En ese sentido, precisó que, de acuerdo con el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, contaba autonomía para optar por el encargo u otra forma de provisión de una vacante y no significa que obre de manera arbitraria. Agregó, que en el régimen de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo se reconoce una competencia discrecional, es decir deposita en cabeza del nominador de la entidad la posibilidad de elegir entre dos opciones que se consideran jurídicamente válidas. Por esto, es viable jurídicamente que se elija entre realizar un encargo o nombrar en provisionalidad sin que el legislador otorgue preponderancia a alguna de las dos figuras.

Aseguró que la motivación del acto enjuiciado se encuentra reflejada en la normatividad invocada como sustento y, el sustento fáctico señalado en el parágrafo del artículo primero, donde se infiere sin mayor dificultad que el empleo se provee en provisionalidad, hasta tanto se realice el respectivo concurso. Añadió que, en todo caso, la exigencia de la motivación es para aquellos actos de desvinculación, decisión administrativa que no es el caso objeto de estudio.

Destacó que el uso de la competencia discrecional consagrada en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995 no vulnera el artículo 125 Constitucional, como quiera que este no regula la relación existente entre encargo y provisionalidad.

Finalmente, aseguró que la regulación de la provisionalidad y el encargo obedecen a la fórmula temporal, que, en el caso de las vacancias definitivas, tiene la finalidad de asegurar que mientras se proveen los empleos de manera definitiva mediante concurso se responda a la necesidad de contar con personal que desarrolle las funciones.

I.2.2. Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque - Nombrada en provisionalidad.

Esgrimió en primer lugar que el acto demandado no adolece de falta de motivación. Preciso que el fundamento normativo del acto acusado obliga al Defensor del Pueblo a resolver las situaciones administrativa y las vacancias en los empleos de su planta de personal y, en efecto, eso fue lo que se resolvió, pues es absolutamente claro que la Resolución 63 de 14 de enero de 2020 está dirigida a conjurar la situación adversa que afrontaba, a partir del conocimiento de la vacancia del empleo profesional especializado, código 2010, grado 17 del nivel profesional de la Defensoría Regional de Boyacá. Si bien el acto administrativo es corto en su redacción, no por ello se puede

derivar ineludiblemente su arbitrariedad, puesto que las razones de su adopción son descollantes en el expediente administrativo.

Indicó que la libelista alega que en el acto demandado no se siguieron con rigor los requisitos para el nombramiento en encargo, sin embargo, resaltó que el acto administrativo no efectúa el nombramiento en encargo sino en provisionalidad, por lo que desde luego no puede medirse su motivación como acto reglado (propio de la primera clase de designación) sino que su valoración debe realizarse en función de su sometimiento a los hechos que le sirvieron de fundamento y en la medida que persiga un fin constitucional o legalmente válido.

Afirmó que la decisión adoptada en el acto reprochado obedece a un juicio de proporcionalidad que se refleja en las razones que tuvo para solicitar su designación en dicho cargo, en tanto acreditó mediante historias clínicas y registros civiles la enfermedad de su progenitora y su condición de mujer cabeza de hogar. Estos hechos fueron de la envergadura suficiente para que el Defensor del Pueblo, activando los dispositivos normativos y jurisprudenciales internos y externos mencionados, procediera a expedir la Resolución acusada.

En síntesis, dijo que está demostrado que su nombramiento en el empleo de profesional especializado, código 2010, grado 17, del nivel profesional de la Defensoría Regional de Boyacá, se debió a un conjunto de elementos fácticos previos y a la armonización de los mismos con el sistema de protección de derechos humanos que hacían razonable su vinculación en provisionalidad.

Arguyó que el acto demandado no transgredió el inciso tercero del artículo 125 Constitucional, en tanto el principio del mérito en el caso concreto no sufrió ningún menoscabo, comoquiera que el cargo profesional especializado, código 2010, grado 17 del nivel profesional de la Defensoría Regional de Boyacá, según el Manual de Funciones, acataba con todos y no existía pruebas que demuestren que el nombramiento se debió proveer mediante encargo.

Aseguró, además, que el acto demandado no viola el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, ya que el Defensor del Pueblo ostenta la facultad de elegir uno u otro tipo de nombramiento excepcional, que, como se mencionó atrás, tienen regulaciones diferentes, por lo que la determinación de cuál es el adecuado depende de las circunstancias que rodean la adopción del nombramiento.

Sostuvo de igual manera que fue adecuado el ejercicio de la facultad discrecional del Defensor del Pueblo. Esto encuentra soporte en las peticiones que radicó el 5 y 15 de noviembre de 2019 y en la decisión consonante, contenida en el acto demandado, de resolver favorablemente su petición para atenuar la delicada situación expuesta. Adicional a ello, manifestó que el acto acusado no vulneró el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, menos cuando el numeral 2 del

artículo 3 ibídem, señala que la Defensoría del Pueblo cuenta con una carrera especial y respecto a los nombramientos en encargo el 138 de la Ley 201 de 1995 resulta la norma aplicable.

Finalmente, afirmó que el cargo que se proveyó es el único empleo en la Regional con las funciones asignadas, luego su designación era perentoria por necesidad del servicio y no podía condicionarse a que un potencial candidato se librara de funciones públicas en el futuro, luego era correcto aplicarse el nombramiento en provisionalidad.

I.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Encontrándose dentro de la oportunidad legal prevista para el efecto, la entidad accionada radicó sus alegaciones de conclusión según lo dispuesto en la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 del C.P.A.C.A. y de acuerdo con la instrucción dada, en su orden se pronunciaron, así:

I.3.1. Defensoría del Pueblo. Reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda.

I.3.2. Demandante. Además de insistir en los motivos consignados en el escrito de demanda para atacar la legalidad del acto acusado, manifestó lo siguiente:

Destacó que con las pruebas allegadas al proceso, y con los hechos aceptados por las demandadas, quedó demostrado que la señora RODRIGUEZ NUMPAQUE no se encontraba inscrita en la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo, y que, por el contrario, sí existía, por lo menos un funcionario inscrito en carrera que cumplía con los requisitos para ser encargado en el cargo que se ocupó, y que previamente a la expedición del acto administrativo demandado había solicitado ser encargado, lo cual quedó probado en el proceso.

Agregó que pese a que el artículo 138 de la ley 201 de 1995 incluye la palabra "*podrá*", esta debe ser interpretada de manera sistemática, coherente, armónica y conforme a los orígenes de la norma¹, pues, precisamente, lo que busca, no es otra cosa que garantizar principios constitucionales, y los derechos de los funcionarios que mediante un proceso de selección, objetivo, y a través del mérito, logran ser inscritos en el escalafón de carrera administrativa de una entidad, y que los nombramientos y ascensos, se realicen respetando y garantizando la transparencia, igualdad, objetividad, razonabilidad, proporcionalidad, eficacia, y la prevalencia de los principios del mérito y la idoneidad, tal y como lo establece el artículo 125 de la Constitución.

¹ Artículo 125, Constitución Política.

En ese entendido, señaló que en la Defensoría del Pueblo la figura del nombramiento en provisionalidad no está establecida como una forma de provisión de empleos, de carácter principal o general, o que tenga prevalencia sobre el encargo, ya que no está incluida en las descritas en el artículo 137 de la Ley 201 de 1995; sino que, por el contrario, fue incluida como una excepción, y de manera residual, en el artículo 138 de esa misma regulación, que reglamenta de manera principal la figura del encargo. En consecuencia, precisó que en el caso de requerirse ocupar una vacante de un cargo de carrera (que de acuerdo a las formas de provisión, debe ser mediante concurso), y mientras se realiza el proceso de selección, lo procedente, es realizar un nombramiento en encargo, y como última opción, y de manera excepcional, se da la posibilidad de realizar un nombramiento en provisionalidad.

De tal suerte que la Resolución 063-acto demandado, desconoció principios constitucionales fundantes del Estado Social de Derecho, que son de superior jerarquía a cualquier otra disposición, y no pueden ser desconocidos con la justificación del uso de la facultad discrecional, ya que todas las decisiones adoptadas por la administración deben ir enfocadas a garantizar el bienestar general, y a cumplir con los fines del Estado. Por ende, resaltó que la Defensoría del Pueblo debió tomar, como norma supletoria, y de apoyo analógico, lo establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004. Entonces, concluyó que el acto demandado desconoció las normas en que debía fundarse, como las disposiciones constitucionales, ampliamente citadas, el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, y los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

En cuanto a la situación familiar de la señora Rodríguez Numpaqué y las solicitudes realizadas al nominador, no fueron el fundamento o motivación para expedir el acto administrativo demandado, ya que en el mismo no se hizo ningún tipo de referencia a esto, al igual que en sus antecedentes, ni en la historia laboral de la mencionada. La entidad demandada no aportó ningún soporte o evidencia de esto, e incluso no allegó copia de dichas solicitudes, ni lo alegó dentro de su contestación; con lo cual, se concluye que dicha situación no dio origen, ni sirvió de base para expedir dicho acto administrativo.

Adicionó que no se puede valorar como soporte del acto de nombramiento en provisionalidad las supuestas solicitudes que elevó la señora Rodríguez Numpaqué de traslado, menos cuando la Defensoría del Pueblo, como entidad que expidió el acto administrativo, en ningún momento ha argumentado que estas fueron las razones que llevaron a su expedición.

En ese orden, destacó que debió ser incluido el señor HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, quien, si bien, se encontraba en una situación administrativa que implicaba su ausencia de la entidad, no estaba

desvinculado de la misma, estaba inscrito en carrera, y en consecuencia tenía derecho a ser tenido en cuenta para ser encargado en el empleo vacante. Además, mencionó que la situación particular del señor HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, quien desempeñaba un cargo de periodo, en comisión otorgada por la Defensoría del Pueblo, no lo privada de ser tenido en cuenta al momento de decidir sobre el encargo.

I.3.3. Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque-demandada.

Esgrimió que, conforme el recaudo probatorio, el Defensor del Pueblo en ejercicio de su facultad discrecional atendió el criterio de idoneidad al elegirla y cumplió con el imperativo de garantizar la continua prestación del servicio público a su cargo. Lo anterior en razón a que, según certificación de 14 de septiembre de 2020, la Subdirectora de Talento Humano de la Defensoría del Pueblo acreditó que ha servido a la entidad desde el 17 de diciembre de 2014 y que, antes de ser designada a través de la Resolución 63 de 14 de enero de 2020, sirvió en el empleo de profesional universitario, grado 14 de la Regional Bogotá. De modo que lo que se buscó con su designación en el empleo de profesional de la Defensoría Regional de Boyacá era dar continuidad a las labores de características similares, sin que pueda sostenerse que se enfrentaba a funciones nuevas o desconocidas.

De igual manera, anunció que conforme la certificación de 14 de septiembre de 2020, expedida por la Subdirectora de Talento Humano de la Defensoría del Pueblo, para el 14 de enero de 2020 no fungían servidores con la cualificación de maestría en derechos humanos. Señaló que con la contestación de la demanda se allegaron Diploma y Acta de Grado que informan su título de magister en derechos humanos. Además, se aportaron múltiples credenciales que acreditan formación específica en materia de derechos humanos.

Indicó que, en cuanto al argumento de la demanda acerca de que el señor HERNÁNDEZ SÁNCHEZ contaba con los requisitos legales para ser designado en encargo, basta revisar lo probado en el proceso, para determinar que esta persona no estaba disponible para ser designado en el mentado cargo, pues como según certificación de 25 de septiembre de 2020, el señor HERNÁNDEZ SÁNCHEZ fungió como personero municipal de esa localidad hasta el 29 de febrero de 2020.

I.3.4. Agente del Ministerio Público. Solicitó sea declarado nulo el acto administrativo enjuiciado, en razón a que desconoció los principios constitucionales de la función pública, la prevalencia del mérito y de la carrera administrativa.

Dijo que si bien es cierto la Defensoría del Pueblo tiene un régimen especial de carrera, esto es, la Ley 201 de 1995, ello no implica que tal régimen permita la discrecionalidad del nominador en la provisión de los empleos, particularmente en lo que se refiere a la figura del encargo. En consecuencia, manifestó que un correcto entender del

artículo 138 *ibídem* no puede considerar que tal régimen establezca una forma menor de protección de los derechos y principios que estructuran la carrera administrativa, a efecto de que el empleado en carrera sea promovido en encargo al empleo cuya vacancia se produzca a fin de reforzar los derechos y garantías del régimen general de carrera administrativa.

De ahí que, estableció que en caso de vacancia definitiva en un cargo de carrera, corresponde al nominador aplicar tanto las reglas contenidas en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995 como las previstas en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, normas que no disponen cosa distinta que dar preferencia al encargo con los servidores públicos inscritos en carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo y solo cuando no sea posible tal designación se podrá recurrir al nombramiento en provisionalidad.

De otro lado, resaltó que es necesario analizar si la Defensoría del Pueblo cumplió con el procedimiento establecido para la provisión del empleo mentado, atendiendo el derecho preferencial de promoción o ascenso temporal de los servidores de carrera administrativa, cuando estos llenen los requisitos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Ley 1960 de 2019. Concluyó que el procedimiento a aplicar para proveer el empleo era el artículo 2.2.5.3.2. del Decreto 648 de 2017.

Hizo alusión al artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 10 de la Ley 1960 de 2019, que define que el encargo es un derecho para los servidores de carrera administrativa, siempre que acrediten la totalidad de los requisitos allí consignados. Para el efecto, examinó la situación del señor Cesar Olmedo Hernández Sánchez, y determinó que cumple los requisitos que el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 exige para ser nombrado en encargo en el cargo de Profesional de la Defensoría Regional de Boyacá.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En razón a los cuestionamientos planteados en el libelo introductorio, la Sala procederá a abordar el análisis de los siguientes aspectos, en su orden, lo *i.* que se debate y formulación del problema jurídico, las *ii.* proposiciones sobre los hechos, y, finalmente, el *iii.* estudio y solución del caso concreto.

II.1.- LO DEBATIDO Y EL PROBLEMA JURÍDICO.

1.1. Tesis de la parte demandante.

En síntesis, sostuvo que el acto acusado transgredió el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, como

quiera que desconoció los principios constitucionales de la función pública, la prevalencia del mérito y de la carrera administrativa, toda vez que se proveyó el cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 17 adscrito a la Regional Boyacá de la Defensoría del Pueblo en provisionalidad con la señora Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque, que no estaba inscrita en el escalafón de carrera administrativa de la entidad, por ende, se debió acudir a la figura del encargo para llenar la vacante con funcionarios de carrera administrativa antes que optar por el nombramiento en provisionalidad.

1.2. Tesis de la parte demandada.

En resumen, arguyó que el régimen especial de carrera administrativa aplicable a la Defensoría del Pueblo es el contenido en la Ley 201 de 1995 y no la Ley 909 de 2004. Luego, el nominador contaba con discrecionalidad para optar por el nombramiento en provisionalidad o el encargo conforme el artículo 138 ejusdem en el caso que se debate, puesto que no existe norma que establezca, para efectos de proveer vacantes definitivas, el deber de dar prevalencia a servidores inscritos en carrera administrativa de la entidad, por el contrario, podía emplear cualquiera de las dos modalidades, es decir, el encargo o el nombramiento en provisionalidad y no con ello se vulnera el artículo 125 de la Constitución Política. Además, recabó que la persona designada en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado Código 2010 Grado 17 (en vacancia definitiva) cumplía con los requisitos, calidades e idoneidad para ocupar dicho empleo.

1.3. Planteamiento del problema jurídico y tesis general de la Sala.

Vale recordar que en audiencia inicial celebrada el 1 de septiembre de 2020, se hizo la fijación de litigio, así:

Le atañe a la Sala de Decisión establecer si hay lugar a declarar la nulidad de la Resolución No. 063 del 14 de enero de 2020 expedida por el Defensor Nacional del Pueblo, mediante la cual se nombró en provisionalidad a IVONNE ALEJANDRA RODRIGUEZ NUMPAQUE en el cargo de Profesional Especializado Código 2010, Grado 17, perteneciente al Nivel Profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá, por cuanto, presuntamente incurrió en las causales generales de nulidad previstas en el artículo 137 del CPACA, al infringir los artículos 125 y 209 de la Constitución Política, artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y artículo 138 de la Ley 201 de 1995, ya que desconoció los principios constitucionales de la función pública, la prevalencia del mérito y de la carrera administrativa, toda vez que Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque no se encontraba inscrita en el escalafón de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo de modo que ha debido garantizarse y respetarse la prevalencia que tienen los funcionarios de carrera administrativa que tienen los requisitos para ocupar cargos en encargo antes optarse por el nombramiento en provisionalidad.

Adicional, a ello la Sala de Decisión verificará si la decisión acusada se ajustó al principio de proporcionalidad como método usado por la entidad accionada para designar a la señora Ivonne Alejandra Rodríguez en el Cargo de Profesional Especializado Código 2010, Grado 17 de la Defensoría Regional de Boyacá, en razón a la situación familiar que en su momento manifestó la demandada ante la autoridad nominadora.

Para la Sala de Decisión, el acto acusado de nombramiento de fecha 14 de enero de 2020 incurrió en la causal general de nulidad incoada por la demandante, puesto que desconoció las normas en que debía fundarse, esto es, los artículos 138 de la Ley 201 de 1995 y 24 de la Ley 909 de 2004, por tanto, ha debido analizar primero si era procedente optar por el nombramiento en encargo antes de elegir el nombramiento provisional como modalidad principal para proveer el cargo en vacancia definitiva, máxime cuando fue solicitada en oportunidad por parte del señor Cesar Olmedo Hernández Sánchez su nombramiento en encargo en el cargo de Profesional Especializado, Grado 2010, Código 17 frente a la cual la entidad no se refirió en el acto acusado, ni tampoco expresó las razones por las cuales acudía al nombramiento de la señora Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque en provisionalidad.

II.2.- LAS PROPOSICIONES SOBRE LOS HECHOS

En el expediente se encuentran probadas las afirmaciones sobre los siguientes hechos:

__Mediante Resolución No. 026 del 8 de enero de 2020, el Vicedefensor del Pueblo con funciones de Defensor del Pueblo aceptó la renuncia presentada por el señor Marco Antonio Sandoval Hernández en el cargo de Profesional Especializado Código 2010 Grado 17 del Nivel Profesional adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá, a partir del 13 de enero de 2020.

__Con escrito de 10 de enero de 2020, el señor Cesar Olmedo Hernández Sánchez, dirigido al Defensor Nacional del Pueblo, solicitó se le tuviera en cuenta para ser encargado en el cargo vacante de Profesional Especializado Código 2010 Grado 17 y a partir de que fecha se hacia efectivo en el encargo para renunciar al empleo de Personero de Garagoa que para esa época desempeñaba. Su solicitud estaba acompañada de los correspondientes documentos que acreditan sus estudios superiores y su experiencia laboral. Información que también fue remitida a los siguientes correos electrónicos dgarcia@defensoria.gov.co; eguevara@defensoria.gov.co el 12 de enero de 2020 y Talento Humano de la entidad el 14 de enero de la misma anualidad. Solicitud que quedó radicada con el No. 24009832.

__Por medio de Resolución No. 063 del 14 de enero de 2020, el Defensor del Pueblo nombró en provisionalidad a la señora Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque en el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17 perteneciente al Nivel Profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá, designación que rigió a partir de su expedición. Según la página oficial de la entidad, el acto de nombramiento fue publicado el 20 de enero de 2020.

__Con oficio de 15 de enero de 2020, la Subdirectora de Gestión de Talento Humano de la Defensoría del Pueblo le comunicó a la señora Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque su nombramiento. Mediante escrito de 20 de enero de 2020, la señora Rodríguez Numpaque aceptó su nombramiento.

__A través de memorando de 22 de enero de 2020, la Subdirectora de Gestión de Talento Humano le suministró respuesta a señor Cesar Olmedo Hernández Sánchez sobre su petición de 11 de enero de 2020 en los siguientes términos: *"... me permito informarle que una vez revisada la planta de personal de la Defensoría Regional de Boyacá, se constató que actualmente no existen empleos vacantes de esta denominación, en los cuales pueda ser encargado."*

__Fueron aportados los actos de nombramiento, posesión junto con la hoja de vida del señor Cesar Olmedo y la señora Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque.

II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

3.1 Formas de proveer los cargos de carrera administrativa en la Defensoría del Pueblo – Ley 201 de 1995.

El artículo 125 de la Constitución Política dispone que, por regla general, la naturaleza de los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y demás que determine la ley. A su vez, dicho canon normativo fija que para el ingreso y ascenso a tales cargos de carrera administrativa el mecanismo por excelencia es el mérito, previo el cumplimiento de los requisitos y las calidades exigidas para los mismos.

En cuanto al régimen de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo, la Sala advierte que se rige por un régimen especial previsto en la Ley 201 de 1995, *"Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones"*. En este cuerpo normativo, el legislador estableció las condiciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia,

ascenso y retiro del personal de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo.

Sin embargo, la referida Ley 201 de 1995 fue derogada parcialmente con ocasión de la expedición del Decreto Ley 262 de 2000, artículo 262², y dejó a salvo las disposiciones relacionadas con el régimen de carrera aplicable a la Defensoría del Pueblo.

Es así como el artículo 135 de la Ley en comento clasifica los empleos de la Defensoría del Pueblo *i)* de Carrera Administrativa, y *ii)* de Libre nombramiento y remoción. A su turno, el artículo 136 refiere que todos los empleos de la Defensoría del Pueblo son de carrera administrativa, excepto el Secretario General, el Veedor, el Defensor Delegado, el Director Nacional, el Defensor Regional y el Secretario Privado, que, por excepción, son de libre nombramiento y remoción, De igual manera, en el artículo 137 definió la provisión de los empleos de la Defensoría del Pueblo, en el siguiente orden: "*La provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hará por nombramiento ordinario. En los de Carrera se hará, previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso*". Y finalmente, el artículo 138 contempla la figura del encargo de los servidores públicos en carrera de la Defensoría del Pueblo, así:

"Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de Carrera, los Servidores Públicos inscritos en el escalafón de la Defensoría del Pueblo, **podrán** ser encargados de dichos empleos, si llenan los requisitos para su desempeño, hasta por cuatro (4) meses prorrogables por una sola vez y máximo por el mismo término. **En caso contrario**, podrán hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador los prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual".

De otro lado, es importante recabar que 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*", en el numeral 2 del artículo 3 consagra que las normas allí contenidas se aplican de manera supletoria en caso de presentarse **vacíos** en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales, tales como la Defensoría del Pueblo. En ese entendido, la norma citada reconoce que la Defensoría del Pueblo se gobierna por régimen especial de carrera administrativa, y que la Ley 909 de 2004 solo se aplica en caso de que se presenten vacíos normativos, es decir, de manera supletoria.

² ARTICULO 262. DEROGATORIA Y VIGENCIA. Este decreto regirá a los diez (10) días calendario contados a partir de la fecha de su publicación, deroga las normas que le sean contrarias, en especial la Ley 201 de 1995, salvo los artículos 171, 172, 192, 193, 194, 196, 197 y 198 y las disposiciones de dicha ley relacionadas con la Defensoría del Pueblo.

3.2 Decisión del caso concreto: serán despachadas favorablemente las súplicas de la demanda, dado que se probó que el acto de nombramiento acusado está inmerso en una causal general de nulidad.

De manera anticipada, la Sala indicará que la pretensión de nulidad electoral promovida por la señora Adriana María Mora Pulido en contra del nombramiento de la señora Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque en el cargo de Profesional Especializado Código 2010, Grado 17 del Nivel Profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá, se despachará favorablemente, habida cuenta que el acto administrativo no solo infringió las normas en que debió fundarse aplicables al caso concreto, sino que, además, carece de motivación.

La demandante arguyó que el acto administrativo enjuiciado fue expedido con infracción de las normas en que debía fundarse, como quiera que trasgredió los artículos 125 y 209 de la Constitución Política, el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, en tanto ignoró los principios constitucionales de la función pública, la prevalencia del mérito y de la carrera administrativa, habida cuenta que la persona que fue designada en el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17 no estaba inscrita en el escalafón de carrera administrativa de la entidad y fue nombrada bajo la modalidad de provisionalidad. A su juicio, ha debido garantizarse y respetarse la prevalencia que tienen los funcionarios de carrera administrativa y que cuentan con los requisitos para ocupar cargos vacantes en encargo, antes de optar por el nombramiento en provisionalidad.

3.2.1. Acto Acusado.

Para efectos de resolver el cargo formulado, la Sala traerá a colación el contenido textual del acto administrativo acusado, así:

“RESOLUCIÓN N° 063

Por la cual se hace un nombramiento en provisionalidad

EL DEFENSOR DEL PUEBLO,

En uso de sus atribuciones Constitucionales y Legales, en especial las conferidas por el numeral 26 del artículo 5 del Decreto 025 de 2014,

RESUELVE

Artículo 1°. Nombrar en provisionalidad a la señora **IVONNE ALEJANDRA RODRÍGUEZ NUMPAQUE**, portadora de la cédula de ciudadanía No. 1.049.615.739 en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, CÓDIGO 2010, GRADO 17³, perteneciente al Nivel Profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá.

³ Corresponde al número de identificación Interne de la Subdirección de Gestión del Talento Humano: 1635 Nivel: Regional.

Parágrafo: El cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, CÓDIGO 2010, GRADO 17, perteneciente al Nivel Profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá, pertenece a la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo, por lo cual, la provisión definitiva de este, se realizará mediante el respectivo concurso de méritos.

Artículo 2º. La presente resolución rige a partir de su expedición.”

3.2.2. Régimen especial de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo.

Respecto de los funcionarios de la Defensoría del Pueblo, vale reiterar que se rigen por el sistema especial de carrera administrativa previsto en la Ley 201 de 1995, cuyo artículo 134 lo precisó como “... *un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de estas entidades y ofrecer a todos los ciudadanos igualdad de oportunidad para el acceso a ellas, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la Carrera, como también establecer la forma de retiro de la misma*”.

Tratándose de regímenes especiales de carrera, es oportuno mencionar que estos sistemas no son autónomos o independientes, por el contrario, se derivan del régimen ordinario o general de carrera administrativa, luego los primeros deben estar acordes o sujetos a los principios que estos últimos prevén. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en sentencia C-753 de 2008, fue enfática en señalar al referirse a los regímenes específicos de carrera administrativa, lo siguiente:

“Por consiguiente, ha sido claro para esta Corte que **los sistemas específicos no constituyen regímenes autónomos e independientes, sino que se entienden como una “derivación” del régimen general de carrera, de sus principios y postulados fundamentales,** y que sólo busca “flexibilizar” la regulación de tal manera que responda a la especial naturaleza de las funciones constitucionales y legales atribuidas a ciertas entidades e instituciones públicas, respondiendo siempre a criterios objetivos y razonables.⁴

(...)

De la anterior exposición esta Corte concluye (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley⁵; (ii) que el sistema de nombramiento en los cargos de carrera se realizará mediante concurso público; **(iii) que el ingreso y el ascenso en la carrera administrativa se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose todo tipo de razones constitucionalmente no justificadas;** (iv) que el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la

⁴ Sobre estos temas ver Sentencias C-071 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-356 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz, C-507 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-746 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-563 de 2000, Fabio Morón Díaz, C-725 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, y C-1230 del 2005, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁵ Se excluyen los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

regla general; (v) que estas excepciones son válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y **la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados.** (Destacado de la Sala).

A su vez, si de normas y disposiciones internacionales se trata, el Convenio 111 de 1958 sobre la discriminación (empleo y ocupación), prevé en el artículo 1 lo siguiente:

A los efectos de este Convenio, el término **discriminación** comprende:

- (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.
- 2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.
- 3. A los efectos de este Convenio, los términos **empleo** y **ocupación** incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo. (Subrayado de la Sala)

Y a su turno, el artículo 2 ejusdem consagra: "*Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto*". Convenio Internacional de Trabajo que fue aprobado en el ordenamiento interno, mediante la Ley 22 de 1967, "*Por la cual se aprueba el Convenio Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado por la Cuadragésima Segunda Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (Ginebra, 1958)*". En ese entendido, si bien se elimina cualquier condición social u étnica que implique el trato discriminatorio, lo cierto es que las preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación. Circunstancias como el mérito no se pueden asimilar como condiciones discriminatorias para el acceso a un cargo vacante en encargo. Además, reconoce la existencia de regulaciones laborales expresas para casos específicos que garanticen la igualdad de oportunidades.

Lo anterior significa entonces que, pese a que el Legislador establece regímenes especiales de carrera en razón a las funciones o naturaleza de algunas entidades del Estado, lo cierto es que tales sistemas no pueden estar desligados del respeto de los principios generales de la carrera administrativa, tales como, el mérito como criterio esencial, la igualdad, la estabilidad, los derechos fundamentales, la búsqueda de la transparencia, eficiencia y la eficacia en la administración pública, la prevalencia del interés general, así como los demás derechos, valores y principios fundantes del Estado social y constitucional de Derecho⁶.

De tal suerte, que no solo se debe recurrir a la Ley 909 de 2004 ante la evidencia de un vacío normativo en la norma que rige la carrera especial de algunos servidores públicos, tal como lo consagra el artículo 3⁷ *Ibidem*, sino también a fin de respetar y garantizar aquellos principios que esta norma ordinaria contempla, los cuales constituyen una garantía suprema al principio del mérito que conforme el artículo 125 Superior tiene relevancia constitucional.

Así pues, una vez definido que la Ley 201 de 1995, sistema especial de carrera administrativa para los servidores de la Defensoría del Pueblo, no puede ser ajeno a los principios y postulados fundamentales que la Ley 909 de 2004 que como régimen general consagra, la Sala examinará los aspectos de provisión de los cargos de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo por vacancia a la luz de estos, sin desconocer que dependiendo de la entidad las normas guardan ciertas particularidades que también deben ser tenidas en cuenta.

De tal suerte que, al acudir a la Ley 201 de 1995 se aprecia que existen dos (2) clases de empleados en la Defensoría del Pueblo: en carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción. Vale destacar que la regla general es que los cargos de los órganos del Estado sean de carrera y que, por ende, su acceso, ingreso o ascenso a los mismos se haga a través del mérito, conforme lo consagra el artículo 125 Superior, sin embargo, como ocurre en el régimen especial de la Defensoría del Pueblo, concurre otra clasificación de empleados como lo son los de libre nombramiento y remoción, de naturaleza excepcional.

⁶ Ver sentencias C-563 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz y C-1230 del 2005, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

⁷ "ARTÍCULO 3o. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

(...)

Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.
- Procuraduría General de la Nación y **Defensoría del Pueblo**.
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
- Fiscalía General de la Nación.
- Entes Universitarios autónomos.
- Personal regido por la carrera diplomática y consular." (Destacado fuera del texto original).

En cuanto a la provisión de empleos de carrera en la Defensoría del Pueblo, la Ley 201 de 1995 consagra básicamente cuatro (4) tipos de nombramiento, los cuales se desprende al analizar los artículos 137 y 138 de la ley en comento: el primero y más relevante es en propiedad, y excepcionalmente se debe proveer mediante la modalidad en provisionalidad y en encargo y finalmente el nombramiento ordinario para los cargos de libre nombramiento y remoción.

3.2.3. Análisis y fijación del contenido normativo del artículo 138 de la Ley 201 de 1995.

Teniendo en cuenta que en el caso que ocupa la atención de la Sala se discute que la entidad accionada no optó primero por la modalidad del encargo para proveer el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Código 17 perteneciente al Nivel Profesional y adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá que quedó vacante, es necesario examinar la norma especial (Ley 201) que reglamenta el encargo, así:

“ARTÍCULO 138. ENCARGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN CARRERA. Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de Carrera, los Servidores Públicos inscritos en el escalafón de la Carrera de la Defensoría del Pueblo, **podrán** ser encargados de dichos empleos, si llenan los requisitos para su desempeño, hasta por cuatro (4) meses prorrogables por una sola vez y máximo por el mismo término. **En caso contrario, podrán** hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador los prorogue por una sola vez, hasta por un término igual.”

Según la disposición transcrita, la Sala considera que, para efectos de entender e interpretar correctamente el sentido de la norma, es necesario estudiar detalladamente algunos elementos relevantes que componen la norma jurídica (lenguaje gramatical y lógica), puesto que la labor del Juez no solo se limita a reproducir mecánicamente el texto de la norma, sino que es necesario nutrir su interpretación a partir de la experiencia, conocimiento y la aplicación de los derechos de índole constitucional e inclusive de las normas del bloque de constitucionalidad que son adaptables a cada caso en particular. De modo que se examina el precepto normativo mentado, así:

-Título de la norma.

Primero desde luego es importante recabar en el título del precepto normativo “ENCARGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN CARRERA”, de una lectura rápida de la mencionada norma, se desprende que su enunciado en estricto rigor promueve el encargo y del contenido de la disposición se extrae que se ocupa de regular como figura o modalidad principal para proveer cargos públicos de carrera administrativa hasta que se surta el proceso de selección de personal

para empleos en vacancia o en alguna situación administrativa transitoria, el encargo de servidores públicos escalafonados, y de manera excepcional fija el nombramiento en provisionalidad.

-Verbo en tiempo futuro “podrán” de la norma.

En segundo lugar, retomando el tenor literal de la norma, se advierte que el Legislador empleó la expresión **“podrán”** ser encargados o **“podrán”** hacerse nombramientos en provisionalidad, que no se puede entender o interpretar semánticamente como una facultad discrecional del nominador para escoger entre el encargo o el nombramiento en provisionalidad, habida cuenta que se debe recurrir a una interpretación sistemática y armónica de los principios que rigen la función pública para determinar el alcance correcto de la norma, debido a que por mandato constitucional se ha establecido como una máxima constitucional y legal el privilegiar el mérito, que se materializa desde otra perspectiva con los nombramientos en encargo de empleados que cumplan los requisitos para ello.

Sobre este tópico, la Sala estima útil al asunto que se analiza, traer a colación la sentencia C-319 de 2010, mediante la cual la Corte Constitucional se pronunció sobre la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 145 de la Ley 201 de 1995 (parcial) por la palabra “podrá” que contiene la norma mencionada, y frente a la cual hizo el siguiente examen de interés al caso concreto:

“4.2. El término “podrá”, empleado en el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, ¿es una facultad o, por el contrario, un mandato imperativo para el nominador (un deber)?.

(...)

Por el contrario, **una interpretación conforme con la Constitución, la cual será acogida por la Corte, apunta a señalar que se trata realmente de un deber y no de una facultad**, por cuanto la única forma de ingresar a la carrera administrativa, es decir, a ocupar un cargo público en propiedad, es mediante la superación de un concurso público de méritos. En otras palabras, un nominador no puede contar con la facultad de decidir si hace nombramientos en propiedad en relación con personas que han superado un concurso de méritos. La anterior interpretación, a su vez, se sustenta en las siguientes razones.

a) El régimen de carrera de la Defensoría del Pueblo. De conformidad con el artículo 136 de la Ley 201 de 1995, todos los cargos de la Defensoría del Pueblo son de carrera, con excepción de aquellos de libre nombramiento y remoción que correspondan al nivel directivo, al igual que aquel de período fijo del Defensor del Pueblo. De tal suerte que, en dicha Entidad, los cargos de carrera se encuentran en los niveles Ejecutivo, Asesor, Profesional, Técnico y Administrativo. En cuanto al carácter de la planta de personal, en la Defensoría del Pueblo existen dos modalidades: el **régimen general**, según lo estipulado en la Ley 24 de 1992 (art. 20), que establece una planta global, es decir, un sistema según el cual la destinación del empleo se encuentra sujeta a las necesidades del servicio que tenga la Entidad en cualquiera de sus dependencias, y el **especial** para el Sistema Nacional de Defensoría Pública, creado

mediante la Ley 941 de 2005 y reformado por los Decretos 384 y 1699 de 2009.

b) La jurisprudencia constitucional constante de la Corte en cuanto a la obligación de nombrar en propiedad a quienes han superado un concurso de méritos. Esta Corporación ha sostenido que, en virtud del artículo 125 Superior, la regla general que rige el ingreso a la carrera administrativa es el concurso público de méritos. De allí que haya entendido que no se trata de una facultad sino de un deber de nombrar en propiedad a quienes han superado el mencionado concurso, de conformidad con su ubicación en la respectiva lista de elegibles, comenzando por quien obtuvo el primer lugar. En tal sentido, recientemente en sentencia C- 181 de 2010, a propósito del examen del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en relación con la elección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, la Corte consideró que cuando el legislador o la administración deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, tienen la **obligación** constitucional de velar por la realización del principio fundamental del mérito que debe favorecer al concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. Como se puede advertir, no se trata de una facultad sino de un deber.

c) El acatamiento de los principios que rigen la función administrativa. En los términos del artículo 209 Superior, la función administrativa está orientada, entre otros por los principios de economía, eficiencia y eficacia. En tal sentido, el nombramiento de personal en la Defensoría del Pueblo, mediante el mecanismo previsto en la norma acusada, apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo, tal y como la interviniente lo reconoce:

(...)”. (Destacado de la Sala)

La Sala precisa que inclusive cuando el Máximo Órgano Constitucional efectuó el estudio de constitucionalidad en relación con un artículo distinto al que contempla el encargo (Art. 138 de la Ley 201 de 1995), no se puede ignorar el análisis sustancial y de fondo que realizó sobre la misma expresión que ambos cánones normativos contienen, esto es, “podrá” en sentido singular o “podrán” en sentido plural, que resulta totalmente aplicable al caso de marras, en razón a que no se puede comprender como una simple facultad discrecional del nominador para elegir entre el nombramiento en encargo o la provisionalidad cuando existe vacancia de un cargo de carrera que no es posible proveerlo en propiedad. En tanto, según el contexto del artículo 138 *Ibídem* se debe concebir como un **deber** u **obligación** de la autoridad de recurrir al encargo como modalidad principal y como regla excepcional la provisionalidad. Dado que con ello se busca preservar los principios que protegen el mérito como mecanismo esencial de ingreso, acceso y ascenso a los cargos públicos.

Aunado a ello, es importante señalar que los servidores públicos que pueden acceder al encargo como situación administrativa especial, necesariamente son aquellos que pertenecen al escalafón de carrera administrativa, junto con el lleno de otros requisitos previstos en la ley. Ello quiere decir, que son empleados que han superado satisfactoriamente un proceso de selección de personal para ocupar cargos de menor jerarquía y que aspiren ser promovidos

temporalmente a otro de superior jerarquía vacante, a quienes en principio le asiste el derecho preferencial al encargo, con lo que se premia la excelencia y se ratifica la importancia de la condición meritoria de un servidor público.

De otro lado, tal como fue instituida la figura del encargo, su mayor intención es aplicar un incentivo laboral a un servidor público que habiendo llegado a la carrera administrativa a través del mérito, pretende desempeñar un cargo inmediatamente superior. Por tanto, la implementación preferencial del nombramiento en encargo persigue que los empleados de carrera sigan en un continuo proceso de preparación profesional, se comprometan en la presentación eficiente de sus funciones a fin de obtener evaluaciones laborales satisfactorias o sobresalientes, que les permita poder alcanzar en principio un nombramiento en encargo, pero que también sea una oportunidad para concursar a cargos de mayor jerarquía.

Al respecto, en sentencia de 27 de septiembre de 2007⁸, la Sección Segunda del Consejo de Estado se refirió respecto a la situación administrativa del encargo en los siguientes términos:

“... la provisión de un empleo de carrera, conforme al artículo 7º de la Ley 443 de 1998, se hará, previo concurso de méritos, por nombramiento en período de prueba, o por ascenso.

Si no es posible proveer el cargo como se indicó anteriormente, bien (i) porque no existe lista de elegibles, o (ii) porque la que se elaboró se encuentra agotada o (iii) porque la misma se ha vencido, o (iv) porque no se ha llevado a cabo el concurso de méritos, el legislador ha consagrado unas reglas jurídicas que permiten proveerlo de manera transitoria mientras se surte el proceso de selección.

En tales casos, procedería el encargo o el nombramiento provisional, cuando de lo que se trata es de suplir una vacancia definitiva, siempre que se haya convocado a concurso para la provisión del empleo, se encuentre autorizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil y se aduzca una justa causa para que se proceda a esa designación (arts. 8 y 10 ibídem).

(...)

A partir del pronunciamiento de la Corte Constitucional (C-372/99)⁹, surgieron varios interrogantes, entre otros, el relacionado con la posibilidad de que las entidades efectuaran nombramientos en encargo o en provisionalidad, sin que se observaran presupuestos señalados en los artículos 8º y 10º de la Ley 443 de 1998, ante la falta del organismo competente que autorizara esa modalidad de designaciones (...).

En los precisos términos del inciso 2º del artículo 8º de la Ley 443 de 1998, los empleados inscritos en el régimen de carrera administrativa tenían un derecho preferencial a ser encargados en un empleo de la misma naturaleza que se encontrara vacante definitivamente, eso sí, si acreditaban

⁸ Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón. 27 de septiembre de 2007. Expediente 250002325000200106730 01 No. Interno: 0439-2005.

⁹ Mediante esta sentencia se declaró inexecutable el artículo 14 de la Ley 443 de 1998 que había creado entidades competentes para realizar los procesos de selección. Así mismo, las disposiciones que integraban la Comisión Nacional del Servicio Civil (arts. 44, 46 y 47 ibídem).

calidades para su ejercicio conforme al manual específico de funciones y requisitos de la entidad.

Nótese que la figura del encargo obedece a una actuación esencialmente reglada. En efecto, advertida la necesidad del servicio, la administración estaba obligada a proveer el empleo vacante con personal inscrito en el escalafón, constituyéndose así en un derecho para tales servidores, en la medida en que eran ascendidos a uno de superior categoría.

(...)

En tanto que a la provisionalidad se acude cuando no es posible proveer el cargo de carrera con personal seleccionado mediante el sistema de mérito (art. 8 - inciso 4º - ibídem). Es decir, se trata de una modalidad de designación subsidiaria o supletoria de la anterior, en la medida en que primero debe agotarse la posibilidad del encargo (...) (Destacado de la Sala).

Pese a que la jurisprudencia citada se refiere a la antigua Ley 443 de 1998, "Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones", lo cierto es que no es una norma distinta o disímil en la mayoría del contenido de su normatividad al régimen actual de carrera administrativa.

A su vez, en sentencia de constitucionalidad C-181 de 2010, la Corte Constitucional se refirió al sistema de mérito:

"... el mérito como criterio rector del acceso a la función pública garantiza varios derechos fundamentales de los ciudadanos: Permite la materialización del derecho de las personas a elegir y ser elegido, así como el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. También asegura el derecho al debido proceso, pues demanda el establecimiento de reglas y criterios de selección objetivos que sean conocidos de antemano por los aspirantes al cargo. La garantía del debido proceso, a su vez, se relaciona directamente con el respeto de la buena fe y la confianza legítima en el cumplimiento de las reglas del proceso de selección. **Adicionalmente, este principio protege el derecho al trabajo, ya que si el mérito es el criterio determinante de la promoción y la permanencia en el empleo, únicamente la falta de mérito puede ser causal de remoción.** En este sentido se debe recordar que los servidores públicos como trabajadores son titulares de derechos subjetivos, **como el derecho a la estabilidad y a la promoción en el empleo**¹⁰".

Aunado a ello, en sentencia C-288 del 20 de mayo de 2014, la Corte también se refirió acerca de los principios que regulan la carrera administrativa, así:

"La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los

¹⁰ Ver al respecto las sentencias C-041 del 9 de febrero de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-1381 del 11 de octubre de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell; y C-588 del 27 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Mantelo.

principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta.”

De tal suerte que debe primar la aplicación del mérito como principio de raigambre constitucional para proveer cargos de carrera administrativa, como un deber del nominador de optar primero y por el más importante el nombramiento en propiedad de quienes superen con satisfacción el proceso de selección de personal y que, además, aprueben con éxito la etapa de prueba, dependiendo del caso. Ante la vacancia temporal o definitiva de cargos de carrera, acorde con la Ley 201 de 1995, se debe apelar principalmente a la designación en encargo que tiene como propósito incentivar la promoción de los empleados de carrera que llenen los requisitos en un cargo de mayor jerarquía, y, por último, y ante la imposibilidad de acudir a la anterior clase de nombramiento, se puede de forma supletoria elegir el nombramiento en provisionalidad.

-Conector de contraste de la norma “en caso contrario”.

Siguiendo con el examen gramatical del artículo 138 de la Ley 201 de 1995, es relevante anotar que la expresión “en caso contrario” del precepto aludido, refiere la aplicación lógica y ordenada de las modalidades de nombramiento de encargo y provisionalidad, por cuanto mientras se proveen cargos mediante concurso de méritos, primero debe ser agotado el encargo, y *“en caso contrario” -conector de oposición y/o contraste que no necesariamente se emplea siempre para diferenciar dos segmentos contrarios, como en este ejemplo-*, acudir de manera subsidiaria a la provisionalidad para proveer cargos de carrera vacantes.

En cuanto a este asunto, la Sala recalca que admitir que el nominador primero use el nombramiento provisional antes que el encargo desconociendo la literalidad de la norma, es consentir o afirmar que el artículo 138 de la Ley 201 de 1995 contiene una contradicción intrínseca que verdaderamente no consigna, ya que claramente la norma establece una forma metódica y sistemática de cómo debe operar estas dos modalidades de provisión de cargos de carrera cuando no se puede hacer en propiedad, que ni siquiera se presta para confusiones si se lee adecuadamente el sentido de la norma a la luz de los principios constitucionales y legales que reglamentan el acceso a la administración pública.

En ese orden, se insiste, el encargo apunta a recompensar a los empleados de carrera administrativa promoviéndolos a un empleo de

superior jerarquía siempre que cumplan con los requisitos que la norma consagra. Luego, no es dable escoger de manera caprichosa o arbitraria la modalidad que el nominador quiera emplear para ocupar los cargos en vacancia, menos cuando el conector de contraste utilizado en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995 -"en caso contrario"- representa el abarcar la opción principal del encargo, que de no ser posible se deberá proceder a la regla de excepcionalidad de la provisionalidad.

En virtud de lo anterior, la Sala destaca que el Ministerio Público emitió un concepto valioso y relevante en el asunto de la referencia, que lo llevó a la conclusión de la preponderancia del nombramiento en encargo en el régimen especial de los servidores de la Defensoría del Pueblo cuando existe vacancia en un cargo de carrera administrativa y no puede ser provisto a través del nombramiento en propiedad. Es así como mediante un estudio serio y acertado, el Agente del Ministerio Público, con sustento en pronunciamientos jurisprudenciales proferidos por la Corte Constitucional que examinan la situación administrativa del encargo y en armonía con los derechos y los principios que estructuran la carrera administrativa, solicitó la anulación del acto acusado por infracción de las normas en que debió fundarse, razonamiento que esta Corporación comparte, puesto que no solo se ajusta al sentido idóneo de la norma legal, artículo 138 de la Ley 201 de 1995, sino a los principios que gobiernan la función pública y regulan la provisión de los cargos en el sector público.

3.2.4. Del deber de motivación de la decisión de designación de una persona en encargo o provisionalidad en un cargo de carrera administrativa.

Anotó la Defensoría del Pueblo que solo es exigible la motivación de los actos administrativos de desvinculación, luego sugiere que los de nombramiento en provisionalidad como el que se demanda no requiere ser motivado.

La Sala destaca que por vía jurisprudencial, la Corte Constitucional ha estructurado una línea sólida y clara que envuelve la obligación a la autoridad administrativa de motivar las decisiones administrativas que adopte o que impliquen la modificación, alteración o extinción de situaciones administrativas, a fin de que los administrados e interesados o servidores públicos sean enterados de las razones que soportan aquellos actos y pueden de igual manera si es su deseo ejercer los recursos o mecanismos legales de control de juridicidad que procedan.

En consecuencia, no es cierto, como lo asegura la Defensoría del Pueblo, que únicamente se predique el deber de motivar los actos administrativos que impliquen el retiro o la remoción de un empleado nombrado en provisionalidad, ya que en sentencia C-753 de 2008, la Corte Constitucional de manera terminante estableció el deber de razonar o motivar las decisiones administrativas mediante las que se

opte por nombramiento en provisionalidad, en encargo u otras situaciones administrativas. En suma, dijo:

“Así mismo, la jurisprudencia de esta Corte **ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad o en encargo o suprimen cargos en provisionalidad, ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a las vías de excepción para proveer cargos de carrera pública**, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es precaria, esta corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiendo motivar por ejemplo arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso.¹¹”

Por consiguiente, al revisar el acto enjuiciado, la Sala cuestiona y reprocha que la entidad accionada no haya fundado la Resolución No. 063 del 14 de enero de 2020, en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, tampoco se percatara de examinar la solicitud de encargo que promovió el señor Cesar Olmedo y menos analizó de manera acuciosa y oficiosa cuáles otros empleados de carrera administrativa podían ser encargados en el empleo vacante como garantía y respeto a los derechos que se derivan de la carrera administrativa, según el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, aplicable de forma supletoria para revisar los requisitos que viabilizan el encargo para el caso de los empleados de la Defensoría del Pueblo ante los vacíos de la norma especial, Ley 201 de 1995.

Por el contrario, el único sustento jurídico que se menciona en el acto acusado consiste en las facultades especiales conferidas por el numeral 26 del artículo 5 del Decreto 025 de 2014, pero no alude siquiera al artículo 138 de la Ley 201 de 1995. En estricto, no solamente incurrió en la infracción de las normas en que debía fundarse de acuerdo con la causal general de nulidad del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, sino que, además, carece de motivación.

Aun cuando el nombramiento en encargo no es camisa de fuerza para la entidad nominadora cuando no hay empleados que satisfagan los requisitos para acceder a dicha figura, lo cierto es que la entidad accionada está en el deber de sustentar razonadamente los motivos por los cuales no es posible optar por tal nombramiento, que serán a la vez el soporte del nombramiento en provisionalidad, al que sólo se podrá acudir de manera subsidiaria o supletoria.

En ese orden, era deber de la demandada haber razonado suficientemente el acto enjuiciado, y para ello, al resolver nombrar

¹¹ Ver, Sentencias T-800 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, reiterada en T-884 de 2001, MP: Clara Inés Vargas, T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra, C-733 de 2005, MP: Clara Inés Vargas.

en provisionalidad a la señora Ivon Alejandra Rodríguez Numpaque en el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17, perteneciente al nivel profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá, primero debió hacer un análisis acucioso de los siguientes aspectos que justificaran la procedencia de ese nombramiento, los que a su vez debieron quedar expresamente consignados en la decisión, a saber:

1. Establecer la naturaleza del cargo a proveer, es decir, que pertenezca a la carrera administrativa.
2. Revisar que no hay lista de elegibles pendiente de la que se deba hacer uso para proveer el cargo vacante (Art. 145 de la Ley 201 de 1995).
3. Descartada la anterior posibilidad, le corresponde verificar si existe dentro de su planta de personal servidores que cumplan con los requisitos para ser encargados de dicha vacante (Art. 24 de la Ley 909 de 2004).
4. Y ante la existencia de empleados que pueden ser encargados, estos no hayan aceptado.

No obstante, el anterior examen brilla por su ausencia en el caso concreto, lo cual deviene concluir, sin duda, que el acto demandado carece de motivación suficiente que soportara la decisión del nombramiento en provisionalidad para el empleo vacante de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17.

3.2.5. De los vacíos normativos.

Ahora, como quiera que se menciona que solo se recurre a la Ley 909 de 2004, norma ordinaria de carrera, ante los vacíos que presente el régimen especial- Ley 201 de 1995, y a efectos de determinar si esta última norma avizora vacíos regulatorios de la forma como opera el nombramiento en encargo, la Sala considera indispensable ahondar en el tema del vacío legal conforme sus clases o tipos.

Algunos de los vacíos jurídicos que se reconocen, son: *i)* Las **Lagunas** normativas, que consiste en la ausencia de normatividad que regule un aspecto determinado; *ii)* **La Ambigüedad y vaguedad** de la disposición normativa, que comprende la confusión que puede generar una norma específica, por cuanto se presta para un doble significado o interpretación y *iii)* La **Antinomia** jurídica, cuando existe normas que regulando cierto asunto se contradicen entre sí o que son incompatibles.

La Corte Constitucional ha enfatizado que materialmente no se puede hablar de lagunas de derecho, en tanto, el operador judicial puede recurrir a diferentes fuentes del derecho o al principio de integración normativa para complementar o completar el sentido de las normas jurídicas. En este campo, en sentencia C-104 de 1993, señaló:

“Por otra parte el ordenamiento jurídico está conformado por un conjunto de normas que constituyen un "sistema". Es por ello que **propriadamente no se puede hablar de lagunas de derecho, pues entre las fuentes formales principales -la ley en sentido material- y las fuentes formales auxiliares -las demás, se establece lo que Cossio denominaba la "plenitud hermética del derecho"**, en virtud de la cual aquello que no esté prohibido está permitido pero, en todo caso, todas las situaciones jurídicas están previstas por el sistema que conforma el ordenamiento jurídico”. (Resaltado fuera del texto original)

En relación con la ambigüedad o vaguedad normativa, la Corte Constitucional en sentencia C-284 de 2015, la define como el conflicto que puede surgir entre dos o más normas que regulan un mismo tema, al respecto indicó:

“La presencia de enunciados jurídicos con altos niveles de vaguedad y ambigüedad, la existencia de numerosas hipótesis que no cuentan con una regulación específica, así como la constante oposición, contradicción o conflicto de normas, pone de presente la importancia de la labor interpretativa de las autoridades judiciales. Con el objeto de enfrentar tales dificultades, el sistema jurídico colombiano acoge diferentes tipos de medidas. En primer lugar, establece en la Constitución y en los diferentes estatutos, las fuentes del derecho susceptibles de ser empleadas. En segundo lugar, en algunos de tales estatutos se ocupa de fijar el orden en que ellas deben ser aplicadas. En tercer lugar, prevé criterios para establecer las relaciones de jerarquía entre las normas del ordenamiento. En cuarto lugar, enuncia criterios auxiliares de la actividad de los jueces cuyo empleo contribuye a interpretar disposiciones oscuras o a corregir la injusticia en su aplicación. En quinto lugar, adopta un conjunto de reglas que establecen la forma de solucionar determinados conflictos o de completar los vacíos”.

En consecuencia, cuando la ley ofrece alguna vaguedad, el juez tiene una amplia facultad de interpretación, que en todo caso se adecue a los derechos y principios que pregonan el Estado Social de Derecho donde prevalece la Constitución y tiene como finalidad suprema *"buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico – constitucional conforme a una interpretación sistemática – finalística"*, conforme lo contempla la Corte en fallo C-1026 de 2001¹².

¹² “También esta Corte ha señalado que la autonomía que la Carta *"reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados"* (sentencia C-301/93); esto es, los frutos del ejercicio hermenéutico deben ser razonables. En este sentido, expresó la Corporación que *"cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista"* (sentencia C-011/94). El contenido mismo del concepto de "razonabilidad" ha sido explorado por la Corte, que en sentencia C-530/93, dijo que éste *"hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad"*. En otras palabras, se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, de acuerdo con los criterios "pro-libertatis" y "pro-homine", derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano.”

Acerca de la antinomia legal, la Corte Constitucional, en sentencia C-1287 de 2001, se refirió a su semántica y la solución a la que se debe acudir cuando se presente, en los siguientes términos:

“En virtud del anterior postulado, Bobbio afirma que *“el derecho no admite antinomias”*, **entendiendo por antinomia, propiamente hablando, aquella situación en la que se dan dos normas incompatibles entre sí, que pertenecen a un mismo ordenamiento y tienen un mismo ámbito de validez**¹³. Para resolver las antinomias acude entonces a ciertos criterios tradicionales, entre los cuales menciona el cronológico¹⁴, el jerárquico¹⁵ y el de especialidad¹⁶. Sostiene enseguida, que tratándose de normas del mismo nivel, es decir del mismo rango en la escala normativa y contemporáneas, es decir que ninguna es posterior a la otra, con igual grado de generalidad, debe admitirse que ambas tienen igual validez, en el sentido de que ambas están válidamente incorporadas al sistema; Empero, las dos no pueden ser contemporáneamente eficaces, es decir, no pueden ser aplicadas simultáneamente. En este caso, y sólo en este, la coherencia no sería condición de validez, más si de eficacia¹⁷. Bobbio llama a este tipo de antinomias, *antinomias insolubles*¹⁸”. (Destacado de la Sala)

En ese sentido, la Sala resalta que según la semántica de las diferentes hipótesis que configuran los vacíos jurídicos, la modalidad del nombramiento en encargo para los servidores públicos de la Defensoría del Pueblo está plenamente regulado en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995. No hay lagunas, ambigüedades o antinomias, por el contrario, además de regular la materia, se evidencia que se acompasa al artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y respeta los derechos y principios que comportan la carrera administrativa.

No obstante, sí se advierte laguna jurídica en la Ley 201 de 1995 sobre los requisitos adicionales para determinar la procedencia de la figura del encargo. Luego, en atención al principio de integración normativa, la norma especial se complementa, conforme el artículo 3 de la Ley 909 de 2004, con el artículo 24 *ibídem* que consagra:

“ARTÍCULO 24. ENCARGO. <Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley 1960 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, **los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados** en estos 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 es sobresaliente.

¹³ Se refiere a ámbitos de validez temporal, espacial, personal y material, es decir a que las normas se apliquen en el mismo tiempo, en el mismo lugar, a las mismas personas y regulen la misma materia.

¹⁴ La norma posterior prevalece sobre la anterior.

¹⁵ La norma superior prevalece sobre la inferior.

¹⁶ La norma especial prevalece sobre la general.

¹⁷ Entendiendo la eficacia jurídica como la posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos.

¹⁸ En este tipo de antinomias, Bobbio sugiere que el interprete tiene la posibilidad de eliminar una de las normas, eliminar las dos, o conservar las dos, acudiendo principalmente al principio de favorabilidad.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos 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, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

PARÁGRAFO 1o. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.

PARÁGRAFO 2o. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servido Civil a través del medio que esta indique”.

Acorde con la disposición mencionada, se colige que para que opere la situación administrativa del encargo, los presupuestos que se exigen son los siguientes: primero está referido a que mientras se surta el proceso de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa y una vez que se ha convocado el concurso, quienes se encuentren en carrera administrativa tiene derecho a que se les encargue de los empleos que se encuentren vacantes y que han salido a concurso, siempre y cuando acrediten: (i) tener los requisitos para su ejercicio, (ii) posean las aptitudes y habilidades para su desempeño, (iii) no haber sido sancionados disciplinariamente en el último año y (iv) que la última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El segundo supuesto está referido al término del encargo, el cual, no podrá ser superior a seis (6) meses¹⁹. Además, el empleado que solicite el encargo debe estar ejerciendo el cargo inmediatamente inferior que exista dentro de la planta de personal, junto con el acatamiento de los requisitos indispensables que la ley exija, pues, de lo contrario, se encargará a un empleado que, acreditando los requisitos, se desempeñe en el cargo inmediatamente inferior, y así sucesivamente.

En virtud del anterior análisis, junto con la conclusión a la que arriba la Sala sobre el caso particular de los empleados de la Defensoría del Pueblo con la aplicación del régimen especial y el general de carrera administrativa para las lagunas jurídicas en relación con los requisitos

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda; Sentencia 31 de mayo de 2018; C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Rad. 25000-23-25-000-2012-00839-01(3478-15).

del encargo que se presentan en la Ley 201 de 1995, se deja sentado que, en situación administrativa de vacancia definitiva, debe ser aplicado con prevalencia la provisión en encargo, mientras se surte el concurso de méritos para proveer cargos de carrera administrativa, y si no es posible, de manera subsidiaria se deberá proceder al nombramiento en provisionalidad.

A su vez, cabe recabar que la expedición del acto administrativo demandado se originó en razón a que el titular del cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17 del Nivel Profesional adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá, Marco Antonio Sandoval Hernández, renunció a su cargo a partir del 13 de enero de 2020. Significa entonces, que se trata de una vacancia definitiva cuyo artículo 138 de la Ley 201 de 1995 contempla como derecho preferencial el encargo como primera opción para proveer el empleo. De tal manera, que la entidad accionada desconoció dicha norma al nombrar en provisionalidad a la señora IVONNE ALEJANDRA RODRÍGUEZ NUMPAQUE, quien no ostentaba derecho de carrera administrativa, sumado a que fue elevada oportunamente el 11 de enero de 2020 por el señor Cesar Olmedo Hernández Sánchez solicitud de nombramiento en encargo, persona que manifestó ostentar derechos de carrera administrativa en la entidad demandada. Cuya petición no fue estudiada de fondo por la Defensoría del Pueblo antes de proferir el acto de nombramiento provisional cuestionado y simplemente, a través de memorando de 22 de enero de 2020, la Subdirectora de Gestión de Talento Humano le suministró respuesta en los siguientes términos: *"En atención a su petición del 11 de enero de 2020, en la cual solicita estudiar la posibilidad de ocupar un empleo de Profesional Especializado, Grado 17, me permito informarle que una vez revisada la planta de personal de la Defensoría Regional de Boyacá, se constató que actualmente no existen empleos vacantes de esta denominación, en los cuales pueda ser encargado."*

La anterior respuesta no solo es incoherente, sino que falta a la verdad, puesto que mediante Resolución No. 026 del 8 de enero de 2020, el Vicedefensor con funciones de Defensor del Pueblo había aceptado la renuncia presentada por el señor Marco Antonio Sandoval Hernández al cargo de Profesional Especializado Código 2010 Grado 17 del Nivel Profesional adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá, con efecto a partir del 13 de enero de 2020. Es decir, que era de pleno conocimiento por parte de la entidad demandada que se aproximaba una vacante definitiva en el cargo mentado, por ende, ha debido tener en cuenta la solicitud de encargo que radicó el señor Cesar Olmedo y estudiar de oficio quiénes podrían ser encargados antes de escoger la modalidad de provisionalidad para proveerlo.

Ahora, si bien al realizar un estudio superficial a los presupuestos que se predicen para el nombramiento en encargo, la Sala advierte que la demandante no logró demostrar en el plenario que el señor Cesar Olmedo cumplía los requisitos para su designación en encargo en el empleo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17 del Nivel

Profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá, pues no se demostró que perteneciera a la carrera administrativa, tampoco se probó los antecedentes disciplinarios y menos la calificación de desempeño laboral, pues pese a que fueron aportadas tales pruebas, en auto de 1º de septiembre de 2020 el Magistrado conductor del proceso sobre esos documentos dijo lo siguiente:

“Las anterior pruebas mencionadas y solicitadas en el escrito de oposición a las excepciones presentado por la parte demandante, **NO SERÁN DECRETADAS**, como quiera que no es la oportunidad probatoria para mejorar el acervo probatorio que debió aportar con la demanda, ni en efecto para complementar o reformar el libelo demandatorio. Además, con las mismas solo podría eventualmente haber desvirtuado los hechos en que se fundaron las excepciones. No obstante, en el presente caso los demandados no propusieron válidamente excepciones sino simples argumentos de defensa...”.

Decisión que quedó notificada y ejecutoriada, sin que la parte interesada propusiera recurso alguno. Además, de los documentos aportados con la demanda, se aprecia, según el manual de funciones previsto para el cargo de Profesional Especializado, Código 2010 Grado 17, que el señor Cesar Olmedo tampoco cumple con el requisito de estudio y experiencia, que consiste en:

| I. IDENTIFICACIÓN DEL CARGO | |
|------------------------------------|---------------------------|
| 1. Denominación: | Profesional Especializado |
| 2. Tipo Cargo: | Misional |
| 3. Código Cargo: | 2010 |
| 4. Grado del Cargo: | 17 |
| 5. Ubicación Organizacional: | Regional |
| 6. Nivel del cargo: | Profesional |
| 7. Ubicación Funcional: | 60 Regionales |
| 8. Dependencia: | Donde se ubique el cargo |
| 9. Área: | Donde se ubique el cargo |
| 10. Sub área: | Donde se ubique el cargo |
| 11. Cargo del Jefe: | 0060 Defensor Regional |

| VII. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA |
|--|
| 1. Título profesional en Ciencias Sociales y Humanas, Ciencias de la Educación, Economía, Administración y afines, Matemáticas, Estadística y afines, Ingenierías o en áreas y núcleos básicos de conocimiento relacionados con las funciones a desempeñar y matrícula o tarjeta profesional en los casos requeridos por la ley, |
| 2. Título de Postgrado en áreas relacionadas con las funciones a desempeñar. |
| 3. Un (1) año de experiencia profesional relacionada con las funciones a desempeñar. |

Lo anterior en razón a que no se acreditó el requisito de Título de Posgrado en áreas relacionadas con las funciones a desempeñar, puesto que conforme con los estudios realizados por el señor Cesar Olmedo no cuenta aun con título de Magister en Derechos Humanos, solo probó que terminó materias. Y tiene un título de especialización en Derecho Penal y Procesal Penal otorgado por la Universidad Santo Tomás que no resulta a fin con las funciones asignadas al cargo de Profesional Especializado Código 2010, Grado 17 de la Defensoría Regional de Boyacá de acuerdo con el manual de funciones, esas son:

| III. DESCRIPCIÓN FUNCIONES ESENCIALES |
|---|
| Hacen parte de este perfil las funciones generales para todos los servidores de la Defensoría del Pueblo y las correspondientes con el nivel del cargo establecidas en ésta Resolución y las siguientes: |
| <ol style="list-style-type: none">1. Contestar las solicitudes, quejas, peticiones allegadas a la Entidad por violación o amenaza de vulneración de derechos humanos mediante la puesta en marcha de mecanismos constitucionales que propendan por su garantía y permitan una solución adecuada ante las autoridades y particulares competentes de manera inmediata.2. Realizar las pruebas en campo que se requieran en el trámite de las quejas, con el fin de verificar la realidad de los hechos permitiendo un tratamiento efectivo al caso en particular.3. Clasificar las solicitudes, quejas y peticiones que reciba la Defensoría regional por vulneración de los derechos humanos en el sistema de información establecido.4. Ejecutar los procesos de mediación y conciliación frente a los diversos conflictos que se presenten en la sociedad a nivel Regional aplicando los protocolos establecidos por las Direcciones nacionales de la Defensoría del Pueblo.5. Interponer las acciones y mecanismos constitucionales a que haya lugar en el marco del litigio Defensorial de acuerdo con los lineamientos misionales de las Direcciones Nacionales.6. Realizar las visitas en campo de los casos que ameriten acciones populares de connotación Nacional con el fin de remitirlos a las Direcciones nacionales conforme las directrices del Defensor del pueblo.7. Desarrollar los programas de formación y capacitación en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario de oficio o a petición de parte de acuerdo a las necesidades detectadas y conforme a los lineamientos de la Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de Derechos Humanos. |
| <ol style="list-style-type: none">8. Articular el proceso de promoción y divulgación de Derechos Humanos entre la Defensoría Regional y la Dirección Nacional de Promoción y Divulgación de derechos Humanos con el fin de generar estrategias con un mejor y mayor alcance para las comunidades bajo el enfoque diferencial.9. Registrar y mantener actualizados los sistemas de información misionales con el fin de tener una lectura actual sobre las problemáticas de Derechos Humanos. |
| IV. CRITERIOS DE DESEMPEÑO |

A su vez, de acuerdo con el supuesto cargo en carrera administrativa que el señor Cesar Olmedo Fernández Sánchez en la planta de personal de la Defensoría del Pueblo, este es, Técnico en Criminalística, Grado 15 del Nivel Técnico de la Defensoría Regional de Boyacá no es el inmediatamente inferior al cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17, puesto que versan otros cargos inferiores en su orden, tales como: Profesional Administrativo y de Gestión Código 2020, Grado 19, Profesional Especializado en Criminalística Código 2030, Grado 18, Profesional Especializado en Investigación, Código 2040, Grado 17, Profesional Universitario, Código 2050, Grado 15, Profesional Universitario 2050, Grado 14, y luego sí aparece en el Nivel Técnico el empleo de Técnico en Criminalística Código 3010, Grado 15. En este punto, la Sala no comparte lo manifestado por el Agente del Ministerio Público en su concepto, que el análisis del cargo inmediatamente anterior se haga a partir del Nivel del cargo (profesional vs técnico), puesto que en cada nivel de clasificación de los empleos de una entidad existen cargos de mayor jerarquía inclusive cuando se trata del mismo nivel.

En ese orden, pese que no se demostró siquiera sumariamente que el señor Fernández Sánchez acataba los requisitos para ser designado en el encargo en el empleo de Profesional Especializado, Grado 2010, Código 17 de la Defensoría Regional de Boyacá, esto no es óbice para declarar la nulidad del acto demandado. Empero, la Sala no descarta que sea la entidad accionada dentro de su competencia la que verifique el caso del señor Cesar Olmedo, dado que sus condiciones de estudio pueden haber cambiado, y posiblemente haya conseguido

a este tiempo su Título de Magister y defina si es viable su encargo o no, quien necesariamente deberá adjuntar toda la documentación requerida para llenar los requisitos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, luego no estaría limitado para que nuevamente se proponga como aspirante al encargo.

3.2.6. Estudio de la situación especial de la señora Ivonne Alejandra Rodríguez Numpaque.

Por otro lado, en cuanto a la situación apremiante de la demandada-Ivonne Alejandra que justificara su aparente traslado laboral a la ciudad de Tunja para atender algunas afecciones de salud de su señora madre, lo cierto es que los derechos de carrera que ostenta un empleado inclusive se pueden anteponer a estas situaciones calamitosas que la accionada expone, como claramente la Corte Constitucional lo ha estudiado en vía de tutela al ponderar los derechos que en cada caso se reclaman. Es más, el Alto Tribunal Constitucional ha dado prevalencia a la carrera administrativa incluso frente a sujetos de especial protección como madres o padres cabeza de hogar, próximo a pensionarse, o que padezcan una discapacidad física, mental, visual o auditiva que alegan estabilidad laboral reforzada, ya que los primeros no pueden ceder ante unos derechos ciertos que han adquirido como primacía del sistema de mérito.

Sin embargo, conforme el mismo acto administrativo acusado, tal situación especial que anota la demandada no fue expuesta por la entidad accionada para explicar el por qué se optó por el nombramiento en provisionalidad de la señora Rodríguez Numpaque. Se insiste que la Resolución No. 063 de 2020 expedida por el Defensor del Pueblo, no solo vulnera las normas superiores en que debió sustentarse, sino que también es claro que hay ausencia de motivación en la decisión administrativa que fue adoptada por la accionada lo cual desvirtúa la presunción de legalidad que gobierna el acto reprochado.

3.3. Conclusión.

En ese estado de cosas, la Sala concluye que las irregularidades denunciadas tienen la potencialidad de comprometer la legalidad del acto de nombramiento acusado, toda vez que no fue expedido con sujeción a las normas legales aplicables al caso concreto concordantes con el artículo 125 de la Constitución (Art. 138 de la Ley 201 de 1995 y Art. 24 de la Ley 909 de 2004), y, por otro lado, el nombramiento en provisionalidad de la demandada no fue debidamente motivado. En virtud de lo expuesto, se declarará la nulidad de la Resolución No. 063 del 14 de enero de 2020 que nombró en provisionalidad a la señora IVONNE ALEJANDRA RODRÍGUEZ NUMPAQUE en el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17, perteneciente al Nivel Profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República de y por mandato de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- Declarar **NULA** la Resolución No. 063 del 14 de enero de 2020 que nombró en provisionalidad a la señora IVONNE ALEJANDRA RODRÍGUEZ NUMPAQUE en el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17, perteneciente al Nivel Profesional, adscrito a la Defensoría Regional de Boyacá.

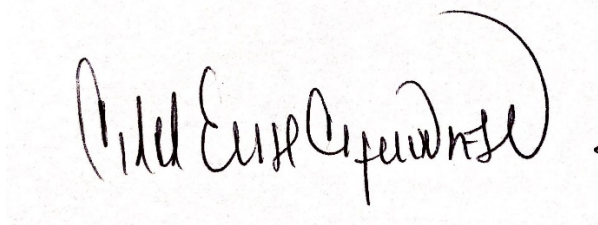
SEGUNDO.- Comunicar esta sentencia al Defensor del Pueblo.

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala de Decisión No. 1 según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado



CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada



LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado