

**LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS NOMBRADOS
EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA**

KELLI JOHANA IDROBO URIBE

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI
2012**

**LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS NOMBRADOS
EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA**

KELLI JOHANA IDROBO URIBE

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**MG. JORGE ANDRÉS ILLERA CAJIAO
ASESOR**

**UNIVERSIDAD ICESI
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
SANTIAGO DE CALI
2012**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCCIÓN	5
PROBLEMA JURÍDICO	7
CAPÍTULO I	8
1 EMPLEO PÚBLICO	8
1.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL INGRESO AL SERVICIO PÚBLICO	8
1.2. NOCIÓN DE EMPLEO PÚBLICO	17
1.3. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS	17
1.3.1. Empleo de carrera administrativa	18
1.3.2. Empleo de libre nombramiento y remoción	18
1.3.3. Empleo de período fijo	18
1.3.4. Empleos temporales	19
1.3.5. Clasificación de acuerdo a la forma de proveerlos	18
1.3.5.1. Nombramiento ordinario	18
1.3.5.2. Nombramiento en período de prueba	18
1.3.5.3. Encargo	18
1.3.5.4. Nombramiento provisional	19
1.4. ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE CARRERA	19
CAPÍTULO II	21
2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	21
2.1. PROBLEMA JURÍDICO	21

2.2.	RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO	27
2.3.	BALANCE JURISPRUDENCIAL	28
2.4.	NICHO JURISPRUDENCIAL	29
CAPÍTULO III		30
3.	LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO	30
3.1.	PROBLEMA JURÍDICO	30
3.2.	RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO	38
4.	CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA		42

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991 concibió el régimen de carrera administrativa como un principio constitucional que busca la correcta administración del personal al servicio de Estado, sistema que debe ser impulsado bajo los principios del mérito, la igualdad y la imparcialidad, exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos y calidades para el desempeño de sus cargos, estableciendo por regla general la carrera administrativa y excepcionalmente la provisión de empleos estatales con funcionarios que no pertenecen a la misma, además, erradicando toda forma de valoración para el ingreso y asenso que contravenga su propia esencia.

La misma Constitución instituyó al Estado colombiano como un Estado democrático, en el que, el concepto de democracia debe enfocarse en la interpretación del ejercicio del poder público, consecuente con la determinación y análisis de quienes lo desarrollan¹, y su sustento jurídico debe ser acorde con el desarrollo del principio de igualdad, es por ello que, el régimen de carrera como regla general ha sido levantado bajo los cimientos del mérito y de la igualdad de oportunidades para su ingreso, no obstante, con el desarrollo legislativo de las normas constitucionales, el régimen de carrera administrativa se ha visto avocado a contemplar normatividad que permita que los empleos públicos sean desempeñados por servidores públicos nombrados en provisionalidad, desdibujándose con ello el principio de la meritocracia.

Es así, como éste documento, surge con la naciente idea de entender al Estado Colombiano como una organización que ha tenido la necesidad de unificar y establecer reglas de la administración del Talento Humano, ya que es el más grande empleador en el país, que propende por una buena prestación del servicio a sus asociados, y que para ello, necesita personal calificado y capacitado, que garanticen la atención de responsabilidades estatales, y por ende, la garantía del cumplimiento de sus fines propios establecidos constitucionalmente.

La estructura de este escrito contará con tres capítulos: en el primer capítulo se desarrollará el tema de la carrera administrativa y la provisionalidad, la evolución normativa del ingreso al servicio público desde la constitución de 1991 hasta la actualidad y la estabilidad laboral de los empleados públicos de carrera administrativa; en el segundo y tercer capítulo se realizará una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado respectivamente, sobre la desvinculación de los empleados provisionales, abordando el tema desde la motivación o no del acto administrativo de retiro; y

¹SANTOFINIO GAMBOA Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo. Universidad Externado de Colombia. 2004.*

finalizaremos con las conclusiones del trabajo, con el fin de que se pueda emitir un concepto jurídico sobre la estabilidad de los empleados provisionales nombrados en cargos de Carrera Administrativa. Para finalmente, encontrar una respuesta jurídica a la situación de estabilidad de los empleados vinculados provisionalmente en cargos de carrera administrativa, respecto a la forma de desvinculación, teniendo en cuenta los derechos que consagra la Constitución, tales como; el trabajo que independientemente de su modalidad merece una especial protección por parte del Estado, el debido proceso y la defensa de la Administración Pública.

Cobra importancia el tema de los nombramientos provisionales en cargos de carrera administrativos, pues es relevante la situación de dichos empleados a la luz de la Constitución entendiéndolo desde la defensa de la estabilidad laboral de los trabajadores colombianos como principio fundamental, y para el caso concreto es importante tener en cuenta los conceptos jurisprudenciales sobre la estabilidad de estos empleados, que a los ojos de la Corte Constitucional y muy recientemente por el Consejo de Estado, no es dable la desvinculación de un empleado provisional, sin al menos expresar los motivos razonables y concretos que originaron su retiro.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Gozan de estabilidad laboral los Servidores Públicos que han sido nombrados en provisionalidad para desempeñar cargos de Carrera Administrativa?

¿El ordenamiento jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera?

CAPÍTULO I

1. EMPLEO PÚBLICO

1.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL INGRESO AL SERVICIO PÚBLICO

Para contextualizar el análisis de la temática tratada en este escrito, haré un recuento histórico-normativo² sobre la provisión del empleo en el sector público a partir de la Constitución de 1991, que por regla general se hace por el sistema de carrera administrativa, y con el fin de referenciar la situación del empleado provisional que desempeña cargos de carrera.

La Constitución Política de 1991³

La Constitución dedicó en el título V un capítulo a los temas de la función pública, se ocupó de temas propios del personal al servicio del Estado, tales como: la clasificación de los Servidores públicos; empleo y funciones; responsabilidades, derechos y deberes, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones; régimen de carrera administrativa y la creación de la comisión Nacional del Servicio Civil, ente responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los Servidores Públicos.

Así, en su artículo 122 señala que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

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

²Sentencia Consejo de Estado, Rad. 0319. De 2010 MP. Gustavo Eduardo Gómez.

³ Constitución Política de 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de Julio de 1991.

En el artículo 209 estableció, que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de las funciones.

Ley 27 de 1992⁴

Desarrolló el artículo 125 de la Constitución Política, haciendo extensiva lo referente a la carrera administrativa para los funcionarios del ámbito territorial, situación que había sido contemplada en el año 1938 con la ley 165 momento en el cual surgió la primera regulación del régimen de carrera para empleados que prestaran servicios al estado.

De igual manera, también determinó la integración y funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil y creó las Comisiones Seccionales del Servicio Civil para esas entidades territoriales.

Reiteró que la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hacía por nombramiento ordinario y los de carrera previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso, agregó, que mientras se efectuara la selección para ocupar un empleo de carrera, gozaban de derecho preferencial para ser encargados los empleados inscritos en el escalafón, siempre que reunieran los requisitos para su desempeño y en caso contrario podía acudir al nombramiento provisional por el tiempo que dure la comisión de un empleado de carrera, bien sea por comisión de estudios o por comisión en cargos de libre nombramiento y remoción, cuando no sea posible la provisión mediante encargo con empleados de carrera.

En su artículo 22 Insistió en continuar con la inscripción en el escalafón de carrera administrativa automáticamente, situación que había sido prevista con el decreto ley 2400 de 1968, decreto 3074 de 1969 y decreto 583 de 1984, al establecer que con la vigencia de la ley, los empleados del nivel territorial que estuviesen desempeñando cargos de carrera, debían acreditar dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en el manual de funciones del respectivo cargo, con el fin de ingresar automáticamente a la carrera administrativa sin previo concurso de méritos.

Con lo anterior se estaban violando los postulados de la Constitución Política, en lo referente al sistema de mérito, razón que motivó a que dicha norma se

⁴Ley 27 de 23 de diciembre de 1992, por la cual se desarrolla el artículo 125 de la C.P.

demandara, la Corte mediante sentencia C-030 de 30 de enero de 1997 la declaró Inexequible, con efectos hacia el futuro, quedando definitivamente cerrada la posibilidad de ingresar en forma automática a la carrera administrativa.

Decreto 1222 de 1993⁵

Reglamentó el artículo de la ley 27 de 1992 referente a la fijación de requisitos para el ingreso a la carrera administrativa y la definición de procedimientos para los concursos, evaluaciones y calificaciones para el ingreso a la misma.

En cuanto a los empleados provisionales reiteró, que su nombramiento era posible, si los empleados de carrera no reunían los requisitos para su desempeño y que por ello no podían ser encargados en el cargo vacante, manteniendo la previsión relacionada con la duración de 4 meses y la prórroga por una sola vez, por un término igual, situación de la cual el nominador debe informar a la Comisión del Servicio Civil.

Agregó, que en caso de que el nombramiento provisional se efectúe en un cargo de carrera que se encuentre vacante definitivamente o por ser cargo nuevo, el jefe del organismo debe convocar a concurso dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se efectúe el encargo o se produzca el nombramiento.

Decreto 256 de 1994⁶

Se encargó de reglamentar el decreto 1222 de 1993, en lo referente al proceso de selección mediante el mérito para la provisión de empleos de carrera administrativa.

En lo concerniente a los empleados provisionales insistió en lo referido en el decreto 1222 de 1993.

Ley 443 de 1998⁷

Con su articulado amplió el campo de aplicación de la carrera administrativa expresamente a las Corporaciones Autónomas Regionales, Personerías, Entidades Públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior, primaria, secundaria y media vacacional y empleados no uniformados del

⁵ Decreto 1222 de 1993, por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la ley 27 de 1992.

⁶ Decreto 256 de 28 de enero de 1994, por el cual se reglamenta el Decreto Ley 1222 de 1993.

⁷ Ley 443 del 11 de junio de 1998, por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa.

Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares y Policía, y se encargó de definir los sistemas específicos de carrera.

Señaló además que la Comisión Nacional del Servicio Civil sería el ente encargado de la vigilancia y administración de estos sistemas especiales.

Estableció que los empleos de los organismos y entidades regulados por la Ley son de carrera y expresamente señaló como excepciones, los de elección popular, de periodo fijo, aquellos cuyas funciones deben ser ejercidas en las comunidades indígenas y los trabajadores oficiales, al igual que los de libre nombramiento y remoción, que enlistó en atención a los criterios de dirección, conducción y orientación institucionales, de confianza sin importar nivel jerárquico y los que impliquen administración y manejo de bienes y/o valores del Estado, al igual que los que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado cuyas funciones consistan en protección y seguridad personales de los servidores públicos.

Así mismo, determinó que la provisión del empleo de carrera se haría previo concurso por nombramiento en período de prueba o por ascenso, y que en caso de vacancia definitiva y cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo, procedía el encargo o el nombramiento provisional.

Respecto al encargo señaló, que los empleados que sean de carrera tienen derecho preferencial a ser encargados en los empleos de carrera que se encuentren vacantes, mientras se surte el proceso de selección, siempre que acrediten requisitos para su desempeño, y si no es posible realizar el encargo con estos empleados, entonces procede el nombramiento provisional. De ser procedente el encargo en el cargo del cual es titular el empleado encargado, se podrá nombrar en provisionalidad a otra persona mientras dure el encargo.

Estableciendo que el nombramiento provisional será el que se produzca para proveer *“transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito”*, y que salvo la excepción contemplada en la ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.

Las excepciones establecidas para la regla anterior son las siguientes:

- En caso de vacancia definitiva como resultado del ascenso con período de prueba de un empleado de carrera administrativa, situación en la que el encargo o provisionalidad no podrá exceder 4 meses, más el tiempo necesario para determinar la superación del período de prueba.

- Cuando una vez convocado el concurso este no pueda culminarse por circunstancia debidamente justificada ante la Comisión del Servicio Civil, la duración del encargo o nombramiento provisional se prolonga hasta cuando se supere la circunstancia que dio lugar a la prórroga.
- Cuando la autoridad competente ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de una entidad, la Comisión del Servicio Civil, podrá autorizar encargos y nombramientos provisionales o su prórroga, por el tiempo que sea necesario sin apertura de concursos.
- En el caso de que el cargo de carrera se encuentre provisto por empleada en estado de embarazo mediante nombramiento provisional o en período de prueba, el término de duración se prorroga automáticamente por 3 meses más después de la fecha del parto.

Decreto 1572 de 1998⁸

Dedicó su capítulo segundo al encargo y al nombramiento provisional, por una parte respecto del encargo sostuvo el derecho preferencial que le asiste a los empleados de carrera, para que mientras se surta el proceso de selección a fin de proveer empleos de carrera y sea necesaria su provisión temporal, se les encargue de tales empleos, siempre que acrediten requisitos de estudio, experiencia y perfil para su desempeño y de no ser posible el encargo, se habilita el nombramiento provisional, y en lo referente al nombramiento provisional, el decreto lo define por primera vez señalando que es *“aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata”*. También se le asigna el carácter de provisional a la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción y que en virtud de la ley o de decisión judicial se convierta en cargo de carrera, situación que opera a partir del cambio de naturaleza del cargo, advirtiendo que el nombramiento provisional no podrá ser superior a 4 meses, salvo las excepciones consagradas en la ley.

Además, estableció que las prórrogas tanto del nombramiento provisional como la de los encargos deben efectuarse por resolución motivada por el nominador y de ello se debe informar a la Comisión del Servicio Civil, y una vez vencido el término del nombramiento provisional o del encargo o de su prórroga el empleo no

⁸Decreto 1572 de 05 de agosto de 1998, por el cual se reglamenta la ley 443 de 1998.

podrá proveerse de nuevo a través de estos mecanismos, sino que deberá utilizarse la lista de elegibles que exista para el cargo que se encontraba en vacancia definitiva.

Respecto del término del encargo o del nombramiento provisional determinó que debe consignarse en el acto administrativo de nombramiento, y al vencimiento del mismo el empleado de carrera encargado deberá regresar al empleo del que es titular y el empleado provisional deberá “... *ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto expedido por el nominador*”, y no obstante lo anterior “*en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, la provisionalidad o su prórroga el nominador por resolución podrá darlos por terminados*”, también reiteró que el empleo del que sea titular el empleado encargado puede ser provisto por encargo o provisionalidad mientras dure el encargo de dicho empleado.

Ley 909 de 2004⁹

Que se ocupa de regular el régimen de carrera administrativa, la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos de la gerencia pública, así mismo señalando que los empleos de carrera, los de libre nombramiento y remoción, de periodo fijo y temporales hacen parte de la Función Pública.

Define lo que es un sistema específico de carrera y enlista las carreras específicas, además precisa lo que es un empleo público; también señala las clases de nombramientos: ordinarios, en periodo de prueba o en ascenso, de acuerdo a sí se trata de empleo de libre nombramiento y remoción o de carrera.

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

En cuanto al nombramiento provisional establece que cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal

⁹Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública.

de su cargo, el mismo será provisto en forma provisional, *“sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”*.

Respecto a la forma de retiro de los empleos de carrera, fija que debe efectuarse por acto motivado y la remoción de los empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y por acto nomotivado.

Además estableció la posibilidad de que los empleados en provisionalidad puedan concurrir a concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer cargos de carrera en forma definitiva, a quienes se les reconocería la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio, pero dicha disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-733 de 2005.

Decreto 1227 de 2005¹⁰

Reglamentario de la ley 909 de 2004, en lo relacionado con los empleos temporales y provisionales.

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

Este decreto fue modificado por el Decreto 3820 de 2005, en el sentido de establecer la prórroga de dichas figuras hasta la superación de las circunstancias que las originaron previa autorización de la Comisión del Servicio Civil.

Norma que fue modificada por el Decreto 1937 de 2007, que amplió el espectro de la prórroga, señalado que no se requiere autorización de la Comisión Nacional del servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, posteriormente este último decreto varió por medio del Decreto 4968 de 2007, advirtiendo que la Comisión Nacional del Servicio Civil debe resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud y si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del

¹⁰Decreto 1227 de 21 de abril de 2005, por el cual se reglamenta articulado de la ley 909 de 2004.

servicio, el nombramiento o encargo se entiende prorrogado o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso, además también especificó que las vacancias temporales no requieren de autorización de la Comisión y agregó que tampoco es necesaria la autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso.

Así mismo, reitera lo señalado en la Ley 909 de 2004, en relación con la separación temporal del cargo de carrera que admite provisión en forma provisional, sólo por el tiempo de duración de la separación temporal, cuando no sea posible el encargo e insistió en que cuando el empleado ejerza empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera, su vinculación tendrá carácter provisional y ese cargo de carrera se tiene que proveer en orden de prioridad por acto administrativo emitido por el nominador.

El decreto 1227 de 2005 señaló que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador puede darlos por terminados, pero agregando que la resolución debe ser motivada.

Acto legislativo 01 de 2008

El acto legislativo 01 de 2008 determinó la inscripción extraordinaria en el sistema decarrera administrativa, tal situación había sido consagrada en normas anteriores de la Constitución de 1991, normas que fueron retiradas del ordenamiento jurídico por cuanto las mismas vulneraban la Constitución por ser mecanismos violatorios del principio del mérito y del principio de la igualdad.

Este acto legislativo fue demandado, y la Corte Constitucional declaró su Inexequibilidad, uno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional de mayor trascendencia al respecto fue dado en sentencia¹¹ C-030 de 1997 que señaló que *“No puede existir norma alguna dentro de nuestro ordenamiento que permita el ingreso automático a cargos de carrera porque desconocen el mandato general contemplado en el artículo 125 de la Constitución Política y los principios de igualdad y eficiencia que deben regir la administración pública”*.

Mediante sentencia¹² C-588 de 2009 fue declarado inexecutable el acto legislativo 01 de 2008, los argumentos de la Corte fueron: La carrera administrativa, el mérito y el concurso público no son compatibles con un derecho de inscripción extraordinaria, fundado en la experiencia; también argumentó que no existía

¹¹ Sentencia C- 030 de 1997 por la cual se declara inexecutable los artículos 5 y 6 de la ley 61 de 1987 y 22 de la ley 27 de 1992.

¹² Sentencia C-588 de 2009, por la cual se declara inexecutable el acto legislativo 01 de 2008.

compatibilidad entre el ingreso automático y el derecho de acceder al desempeño de cargos públicos, pues aun cuando se tengan las calidades y requisitos, quien no sea provisional o encargado no podrá aspirar a los cargos de carrera definitivamente vacantes, a los cuales solo podrían acceder los provisionales o encargados; así mismo, adujo que la incompatibilidad entre el derecho a la igualdad y la inscripción extraordinaria en carrera era evidente, ya que no se daba un mismo trato a los provisionales o encargados y a quienes no lo son o están por fuera de la carrera administrativa, afectando así la igualdad de oportunidades, pues el acto legislativo crea un privilegio de ingreso automático para unos; otro argumento fue que concluyó que con el párrafo agregado al artículo 125 de la Constitución Política se daba una sustitución parcial y temporal de la Carta Política.

Acto legislativo 04 de 2011

El acto legislativo, era una norma transitoria dirigida a regular la situación particular de los servidores públicos que actualmente ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales o en encargo, con el propósito de homologar las pruebas de conocimiento propias del concurso de méritos por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para el cargo correspondiente.

Mediante sentencia C-249 del 28 de marzo de 2012 la Corte Constitucional declaró la Inexequibilidad del acto, por considerar que se configuraba una sustitución temporal y parcial de la Constitución, y con ello se estaba ante un vicio de competencia del congreso para reformar la Carta Política.

Para la Corte¹³ aplicado el test de efectividad de la reforma constitucional al Acto Legislativo 04 de 2011, que adiciona un artículo transitorio a la Constitución, encuentra que impacta en tal grado los principios del mérito y la igualdad de oportunidades consustanciales al principio estructural de la carrera administrativa, que comporta sin duda, una sustitución de la Constitución.

En virtud de la homologación los servidores que logren acreditar experiencia o estudios adicionales, no tendrían que realizar la prueba de conocimiento, lo que rompe abiertamente con el principio de igualdad de oportunidades. Sí bien, puede aducirse que el precepto parte de reconocer la exigencia de realización de un concurso para acceder a dichos cargos y no contempla la incorporación automática a la carrera administrativa, lo cierto es que a los empleados

¹³Comunicado de prensa de la Corte Constitucional de marzo 28 de 2012.

provisionales o en encargo se les reconoce un privilegio, una ventaja frente a los demás aspirantes, quebrantando sustancialmente el principio de igualdad y el mérito real inherente a todo concurso público.

Con el anterior recuento normativo a partir de la Constitución de 1991, se puede concluir que, la regla general de los empleos de las entidades del Estado es pertenecer al régimen de carrera administrativa creado mucho antes de la expedición de la Carta Política, basado en los principios del mérito, la estabilidad y la igualdad de condiciones para el acceso al servicio público sin discriminaciones de ninguna clase, pero que ha sufrido variaciones, imponiendo excepciones.

Además se evidencia que la evolución normativa ha buscado hacer realidad la aplicabilidad de la carrera administrativa en la función pública.

1.2. NOCIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

La constitución de 1991 no contempló la definición de empleo, pero en su artículo 122 hace referencia a que no existirá empleo que no tenga detalladas sus funciones en la ley o reglamento y que para proveer los de carácter remunerado tendrán que estar creados en la respectiva planta de la entidad y previstos sus emolumentos en el respectivo presupuesto.

Por su parte la ley 909 de 2004 en su artículo 19 define el empleo como *“el conjunto de funciones, tareas, responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del estado.”*

1.3. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS¹⁴

De acuerdo con la ley 909 de 2004, norma aplicable a los empleados del Estado, quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública y hacen parte de esta los empleos: de carrera, los de libre nombramiento y remoción; de período fijo y los empleos temporales.

1.3.1. EMPLEO DE CARRERA ADMINISTRATIVA: Según la Constitución de 1991, los empleos del Estado, por regla general son de carrera administrativa, régimen que ha propendido por la garantizar la buena

¹⁴DUEÑAS QUEVEDO Clara Cecilia. *Derecho laboral Administrativo*. Primera edición. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez. 2008. Pag. 86

prestación del servicio por medio de servidores públicos competentes, con experiencia, y dedicación, y para ello resulta importante que el ingreso, asenso y permanencia en el empleo público esté determinado por la demostración del merito.

1.3.2. EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN: Son los empleos que por la naturaleza de sus funciones corresponde a la libre designación y remoción por parte del nominador, ya que el desarrollo de los mismos implica confianza, adopción de políticas, programas y proyectos a nivel institucional.¹⁵

La ley 909 en su artículo 5 Numeral 2 establece los criterios a los cuales debe obedecer un empleo de libre nombramiento y remoción.

1.3.3. EMPLEO DE PERIODO FIJO: Son empleos del nivel directivo, su permanencia en el servicio está determinada en la ley y su retiro no es potestad del nominador, por lo cual su retiro podrá darse por terminación del período legal o constitucional, atendiendo a las casuales legales.

1.3.4. EMPLEOS TEMPORALES: Son una creación de la ley 909 de 2004, se concibieron como instrumento para flexibilizar las plantas de personal y para poder hacer frente a programas coyunturales o necesidades transitorias de la administración; se pueden crear previa motivación técnica, siempre que exista presupuesto para cubrir salarios y prestaciones sociales, no pertenecen al régimen de carrera administrativa, su ingreso podrá efectuarse con el uso de lista de elegibles vigentes para empleos iguales y si no es posible, entonces serán provistos mediante proceso de selección que realice la entidad, y su retiro obedecerá al cumplimiento del termino de duración del cargo o a la potestad discrecional del nominador antes del vencimiento del termino de duración.

1.3.5. CLASIFICACIÓN DE ACUERDO A LA FORMA DE PROVEERLOS¹⁶

1.3.5.1. NOMBRAMIENTO ORDINARIO: Se utiliza para los empleos que están excluidos del régimen de carrera, tales como los empleos de libre nombramiento y remoción y los empleos de período fijo.

¹⁵*Ibid. Pag. 88.*

¹⁶*Ibid. Pag. 89.*

1.3.5.2. NOMBRAMIENTO EN PERIODO DE PRUEBA: Se utiliza para los empleos de carrera administrativa y su duración será de seis meses.

1.3.5.3. ENCARGO: Se utiliza para proveer empleos que se encuentren vacantes temporal o definitivamente, y recae sobre empleados que ostentan derechos de carrera que desempeñen un cargo inmediatamente inferior.

1.3.5.4. NOMBRAMIENTO PROVISIONAL: La ley 909 de 2004 limitó el nombramiento provisional solo para vacancias temporales en su artículo 25 *“Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”*, pero normas posteriores establecieron que también procede para vacancias definitivas.

1.4. ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE CARRERA

La constitución de 1991 en su artículo 53 consagra la estabilidad en el empleo como principio fundamental, y en su artículo 125 concreta la estabilidad laboral derivada de la carrera administrativa, desarrollada actualmente por la ley 909 de 2004 y decretos reglamentarios.

De conformidad con la Carta Política, el retiro del empleado público de carrera debe obedecer a una calificación no satisfactoria en el desempeño en el empleo; por una violación del régimen disciplinario; y por las demás causales consagradas en Constitución y en la ley¹⁷, reflejando con ello su propósito de garantía de permanencia en el empleo.

La jurisprudencia colombiana ha sostenido el alcance y los límites del fuero de estabilidad de los empleados de carrera, y lo ha definido como: *“la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo,”* constituye un factor esencial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se instituye también en

¹⁷ Constitución política art. 125 prescribe que, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera y expresamente exceptúa de la misma a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, a los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado¹⁸, pero ha dejado claro que si bien existe estabilidad laboral, esa estabilidad no convierte a los empleados de carrera en seres inamovibles, pues puede retirarse de su cargo por razones de ineficiencia, indisciplina, debidamente demostradas, razón por la cual, dicha estabilidad es meramente relativa, pues argumentando propósitos de modernización y racionalización del gasto, se puede suprimir cargos, dando derecho a una indemnización para el servidor público que ostentase derechos de carrera sobre un empleo, o el derecho a una reincorporación en un cargo similar.

Y respecto a la estabilidad laboral de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, dos han sido las posiciones frente a este tema, por una parte el Consejo de Estado que en los asuntos sometidos a su decisión en principio ha basado sus fallos con base en disposiciones anteriores a la ley 909 de 2004, argumentado que como la vinculación de un empleado nombrado en provisionalidad es discrecional, así mismo no se requiere procedimiento, ni motivación del acto por medio del cual es retirado (posición que recientemente cambio y que será debate en el capítulo tercero de este documento), en contraposición de la Corte Constitucional que mediante fallos de tutela ha amparado derechos fundamentales de empleados provisionales y que a diferencia del Consejo de Estado, ha establecido la regla de que en el acto administrativo de retiro deben expresarse los motivos en los que se sustenta la decisión, debate que se dejará plasmado en el capítulo siguiente.

¹⁸ *Sentencia C- 502 de 2005.*

CAPÍTULO II

2. LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

¿El ordenamiento jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera?

¿Por desempeñar en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, los servidores públicos son cobijados por algún fuero de estabilidad?

Descripción de los supuestos fácticos

El caso concreto sobre el cual la Corte Constitucional ha decidido en reiteradas ocasiones, y que hoy es objeto de esta línea jurisprudencial, corresponde al retiro de servicio de servidores públicos nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, mediante actos administrativos carentes de motivación que sustenten la decisión del nominador.

Desde las primeras decisiones la Corte ha dejado sentada la regla sobre la motivación de los actos administrativos de desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad, pero a lo largo del tiempo, ha dado precisiones sobre las medidas de protección.

Postura Jurisprudencial

En el año 1998 mediante sentencia SU- 250 de 1998¹⁹, al decidir sobre la violación o no de los derechos fundamentales constitucionales de la igualdad y el trabajo en el caso de una Notaria nombrada en un cargo en interinidad, precisó conceptos sobre el tratamiento constitucional del derecho al trabajo en relación con el derecho a la igualdad, argumentando que el derecho al trabajo exige una protección en su núcleo esencial por ser reconocido como fundamental, pero que ello, no quiere decir que traiga consigo la potestad de obtener una vinculación concreta, ya que debe tenerse en cuenta que dicha vinculación puede convertirse en una oportunidad laboral para otros que tienen igual derecho, así las cosas, no podrá entenderse el derecho al trabajo como una pretensión de desempeñar un

¹⁹ Sentencia SU-250 de 26 de mayo de 1998. Expediente T-134192. Actor: María Duque de Valencia. Magistrado Ponente: Alejandro Caballero.

cargo específico en un determinado lugar, sino la facultad de desarrollar un oficio o una labor remunerada en espacio y tiempo indeterminado.

Un segundo aspecto relevante que se desarrolló en la sentencia citada, y que ha sido la constante en los fallos jurisprudenciales sobre el tema objeto de estudio fue la motivación de los actos administrativos, iniciando su análisis desde el artículo 209 de la Constitución Política en razón al concepto y fundamento de la Función Administrativa, para concluir sobre la importancia de que el estado manifieste las razones y causas que sustentan sus decisiones, argumentando que la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta.

Con lo anterior, se puede concluir la regla que precisa la Corte sobre la no motivación de los actos administrativos de desvinculación, aduciendo que la falta de motivación, viola el debido proceso de la persona que ha sido retirada del servicio, ya que es un atentado en contra de la publicidad del acto, coartando su derecho a controvertir las razones de la decisión por su desconocimiento.

Posteriormente mediante fallo T-800 del mismo año²⁰, además de reiterar la importancia de motivación del acto administrativo de retiro de un servidor público nombrado en provisionalidad, precisó que dicho nombramiento no convierte al cargo en uno de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual no le asiste al nominador actuar discrecionalmente frente al retiro, salvo que exista una causa justa para ello como motivos disciplinarios, provisión definitiva de la plaza previo concurso de méritos.

Mediante fallo T- 884 de 2002²¹ continúa expresando razones para defender la obligatoriedad de motivar los actos administrativos de retiro, en esta oportunidad plantea que el examen de estos casos no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración no podía removerlo sin motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que al juez constitucional de tutela debe indispensablemente determinar las circunstancias en que su suscitó la provisionalidad, y darle aplicación a las afirmaciones consignadas en la tantas veces citada sentencia T-800 de 1998.

²⁰Sentencia T-800 de 14 de Noviembre de 1998. Expediente t-179.755. Actor: Gloria Amparo Gallego Román. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

²¹Sentencia T-884 de 17 de octubre de 2002. Expediente T-613367. Actor: Clara Aurora Maya Gómez. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas.

Luego, argumenta que si bien, el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo, no obstante estas personas deben gozar de cierto grado de protección, y su retiro debe enmarcarse dentro de los límites de la Constitución Política y las leyes²².

En los años 2003 y 2004 la Corte hace una distinción entre los actos de desvinculación de personal adscrito a un cargo de libre nombramiento y remoción y los adscritos a un cargo de carrera, para advertir que mientras la falta de motivación de los primeros es la regla, la motivación del acto de desvinculación lo es en los segundos, pues en ellos no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo²³, nuevamente reiterando que el retiro de un provisional debe ser en razón a una justa causa, pero trae un argumento nuevo, el cual consiste en que, los motivos del interés público que pueden aducirse para tomar tal decisión deben quedar claramente expuestos.

Así mismo, también hace la aclaración sobre las razones de motivación o no de los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción, argumentando que estos últimos no necesitan de motivación ya que, la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza²⁴.

En el mismo año, mediante fallo de T- 1240 de 2004²⁵ y continuando con el regla inicial sobre la motivación de los actos administrativos de retiro de los provisionales, considera que en estos casos puede plantearse una pretensión

²²Sentencia T-1011 de 29 de octubre de 2003. Expediente: t-742618. Actor: Carlos Alfonso Rivas caballero. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

²³Sentencia T-951 de 07 de octubre de 2004. Expediente T-900588. Actor: Luz Myriam Garzón Cardona. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁴Sentencia T-610 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁵Sentencia T-1240 de 09 de diciembre de 2004. Expediente T-929389. Actor: Luz Milady Fiscal. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

constitucional autónoma, orientada, no a obtener el reintegro como venía haciéndose, sino que, es válida la pretensión sobre la orden de motivación del acto de desvinculación del servicio, con el fin de que emitida la decisión, pueda el afectado debatir dicha decisión, y con ello se estaría salvaguardando el principio de publicidad de los actos administrativos.

Mediante fallo T-951 de 2004, la Corte en sede de revisión de tutelas reafirma la línea que ha realizado años atrás, para concluir una vez más que la motivación del acto de desvinculación de funcionarios en provisionalidad es necesaria como garantía de su derecho al debido proceso.

Un argumento más que reitera la Corte en fallo T- 123 de 2005, para dar protección a los provisionales, es recordar que, el trabajo cualquiera que sea su modalidad merece una especial protección por parte del Estado, y que por consiguiente la figura de la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuar, pues la motivación de los actos administrativos ha sido prevista como una garantía para los particulares, con el fin de evitar actuaciones arbitrarias revestidas de aparente legalidad²⁶.

En el mismo año se plantea que, el funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene una estabilidad laboral intermedia, ya que si bien no goza de todas las prerrogativas de un empleado de carrera, tampoco puede ser tratado como un funcionario de libre nombramiento y remoción, pues el proceder en este último caso depende de la existencia de una relación de confianza con el nominador, circunstancia que no tiene ocurrencia en los cargos de carrera aún cuando hayan sido provistos en provisionalidad, y que además en el acto administrativo de desvinculación deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide retirar al funcionario, y no pueden ser válidas las justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se aduzcan al desvinculado²⁷.

Los argumentos de la corte continúan siendo los mismos frente a los supuestos fácticos tratados inicialmente, y en el año 2009 retomando la regla sobre la estabilidad intermedia de los servidores públicos que han sido nombrados en provisionalidad, manifiesta que el acto que declare su desvinculación deberá atender a razones fundadas en causales previamente previstas en la ley²⁸, y que la

²⁶Sentencia T-123 de 17 de febrero de 2005. Expediente T-974706. Actor: María Diana Montealegre Perdomo. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

²⁷Sentencia T-1316 de 13 de diciembre de 2005. Expediente T-1185667. Actor: Javier Eduardo Murcia Cáceres. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

²⁸Sentencia T-048 de 30 de enero de 2009. Expediente T-2.049.376. Actor: Ana Liz Guar de Iquinas. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

motivación de dicho acto no solo obedece a buscar la garantía del derecho fundamental del debido proceso, sino también al derecho a la defensa, al acceso a la administración de justicia, entre otros.

Hasta este momento sigue siendo reiterada y consolidada la jurisprudencia de la Corte, y es así como en el año 2010 mediante sentencia SU- 917 de 16 de noviembre²⁹ resume las reglas a aplicar para los casos concretos de servidores públicos nombrados en provisionalidad con el fin de reiterar y unificar líneas jurisprudenciales que a lo largo de los años, ha venido construyendo en relación con el tema del retiro de los servidores públicos provisionales:

1. “La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación ya que, la ausencia de ésta, viola el debido proceso de la persona que ha sido retirada del servicio, atenta contra de la publicidad del acto, coarta su derecho de controvertir las razones de la decisión por su desconocimiento, viola su derecho a la defensa, al acceso a la administración de justicia, entre otros.
2. Un empleado en provisionalidad no pueden asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que sean aplicables los derechos que de ella se originan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el período de prueba, etc.), además porque de ser así, tal situación terminaría siendo paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública, pero tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor, postura abordada en algunas sentencias recientes.
3. El retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, y el administrado conserva el derecho a saber las razones concretas que motivaron la decisión.

²⁹Sentencia SU-917 de 16 de Noviembre de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

4. La motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se exige para los funcionarios de carrera, pues la propia Constitución consagra unas causales de retiro, ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad, motivos que pueden ser, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa, motivos derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, pero en todo caso, dichas razones deben ser verificables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, motivos consistentes en la realidad y objetivamente fundados, con el fin de evitar que se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación.
5. La falta de motivación de los actos de retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad además de coartar el derecho fundamental del debido proceso, desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.
6. La jurisprudencia del Consejo de Estado y su abierta incompatibilidad con la Constitución y jurisprudencia de la Corte en materia de ausencia de motivación de los mencionados actos administrativos; y los diversos mecanismos de protección judicial.
7. En los casos en los cuales ninguna de las decisiones de la Consejo de Estado fue respetuosa de la jurisprudencia constitucional, la Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra que no es viable ordenar que se profiera un nuevo fallo, sino que la única alternativa realmente idónea consiste en proceder directamente a dictar sentencia sustitutiva o de remplazo, pues sólo de esta manera se ofrece un recurso judicial que asegure la protección oportuna, real y efectiva de los derechos fundamentales vulnerados. Lo anterior teniendo en cuenta, que la sentencia de remplazo se justifica en la medida de que existen antecedentes que demuestran la negativa del Consejo de Estado para cumplir lo dispuesto por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, lo que hace necesario explorar nuevas alternativas para proteger sin más traumatismos los derechos fundamentales de los ciudadanos.”

En decisión más reciente de septiembre de 2011, la Corte Constitucional hace énfasis en las reglas sintetizadas en el fallo anterior y retoma los argumentos dichos en dicha sentencia³⁰.

2.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

PROBLEMA JURÍDICO

¿El ordenamiento jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera?

¿Por desempeñar en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, los servidores públicos son cobijados por algún fuero de estabilidad?

Nuestro ordenamiento jurídico Sí exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera, ya que, es deber de la administración motivar tales actos administrativos, toda vez que, la ausencia de dicha motivación, es violatoria de derechos fundamentales tales como: el debido proceso y derecho a la defensa, pues al proferirse una decisión de retiro sin motivación alguna, se le coarta el derecho al empleado de controvertir las razones que dieron origen al retiro del servicio, además de ser atentatorio al principio de publicidad del acto administrativo, principio de la función pública, lo anterior teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

Los empleados nombrados en provisionalidad gozan de estabilidad intermedia, el acto que declare su desvinculación deberá atender a razones fundadas en causales previamente previstas en la ley.

³⁰Sentencia SU 691 de 21 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

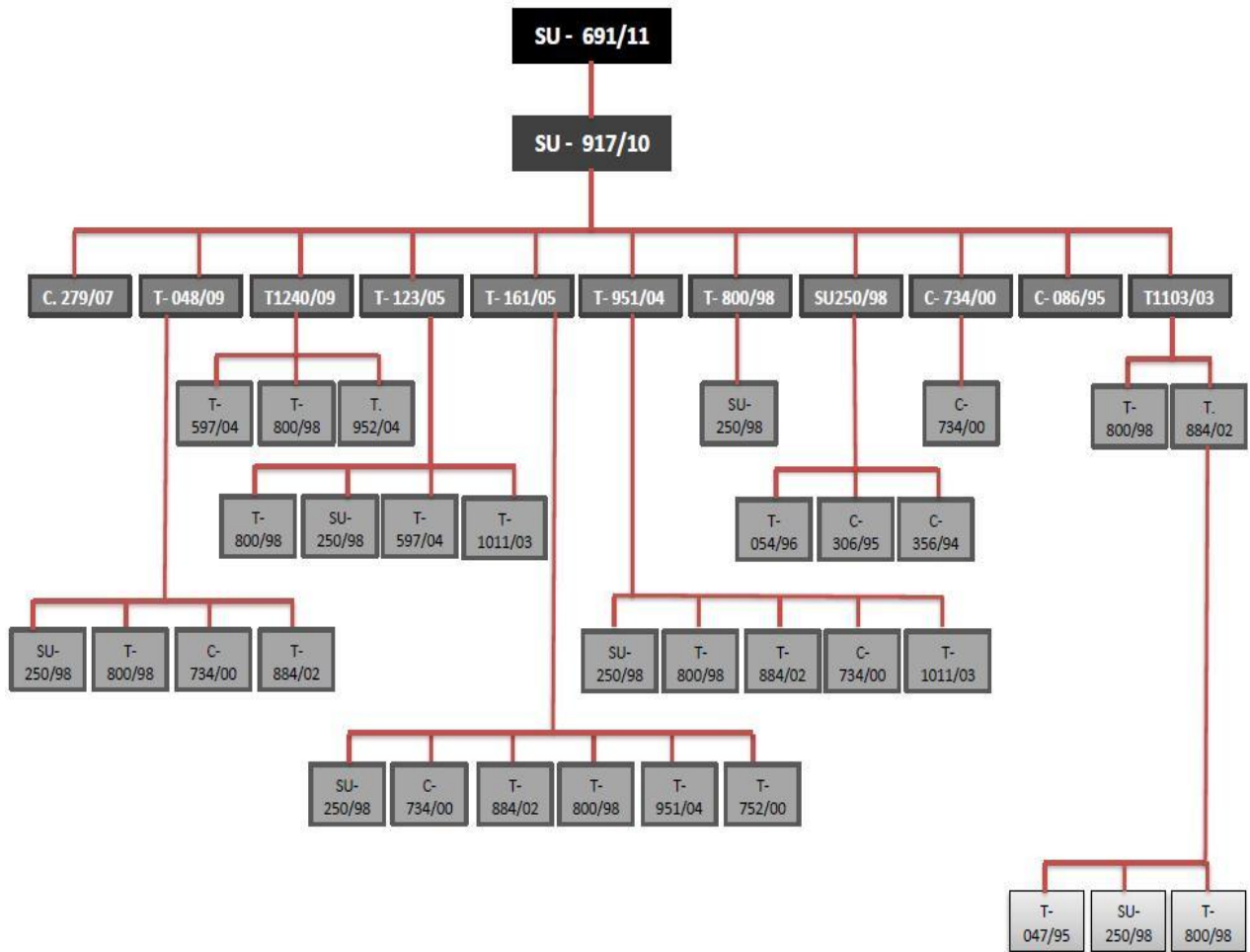
2.3. BALANCE JURISPRUDENCIAL

¿El ordenamiento jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera?

Es necesaria la motivación de los actos administrativos de retiro de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, para garantizar el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa.	SU-250/98	No es necesaria la motivación del acto administrativo de retiro de un empleado provisional en razón a que se asimilan a los empleados de libre nombramiento para quienes impera la figura de la discrecionalidad para su desvinculación y no se vulnera el derecho al debido proceso ni a la defensa.
	T-800/98	
	T-884/02	
	T-1011/03	
	T-752/03	
	T-951/07	
	T-610/03	
	T-597/04	
	T-1240/04	
	T-161/05	
	T-123/05	
	T-1316/05	
	T-048/09	
	T-104/09	
	SU-917/10	
	SU-691/11 (SENTENCIA ARQUIMEDICA)	
	(Esquema tomado de la metodología de Diego Medina López) ³¹	

³¹ LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces. Capítulo 5 y 6. Editorial Legis.*

2.4. NICHOS JURISPRUDENCIAL



CAPÍTULO III

3. LINEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

¿El ordenamiento jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera?

¿Por desempeñar en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, los servidores públicos son cobijados por algún fuero de estabilidad?

Descripción de los supuestos fácticos

El caso concreto sobre el cual el Consejo de Estado en su sección segunda ha decidido en reiteradas ocasiones, y que hoy es objeto de esta línea jurisprudencial, corresponde al retiro del servicio de servidores públicos nombrados en cargos de carrera en provisionalidad, mediante actos administrativos que carecen de motivación.

Postura Jurisprudencial

En la década de los 90 haciendo aplicación del decreto 1550 de 1973 que disponía la discrecionalidad de declarar la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad sin motivar la providencia³², y el decreto 1572 de 1998 según el cual la desvinculación del provisional procedía mediante declaratoria de insubsistencia por medio de un acto administrativo expedido por el nominador, norma que nada decía sobre la motivación, el Consejo de Estado argumentaba que el empleado vinculado mediante nombramiento provisional, no gozaba de ningún fuero de inamovilidad, y que por tal razón, el nominador por motivos del buen servicio público, tenía la facultad en cualquier momento y antes del vencimiento de la provisionalidad, la facultad de removerlo libremente sin expresar los motivos de su decisión³³.

Posteriormente, el Consejo de Estado mantuvo dos posiciones frente al tema de la necesidad de motivar los actos de retiro de servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, hasta el año 2003 la Subsección “A” de la Sección Segunda consideró, que tales servidores gozaban de una suerte de “estabilidad restringida”, de manera que, para su desvinculación debe mediar al

³² Art. 107 Decreto 1550 de 1973.

³³ C. Edo. Sección Segunda A. C.P Clara Forero. Rad. Interno 12531 de junio 19 de 1998.

menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso, por su parte la Subsección “B” argumentaba que no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.

En este entendido, se analizarán las posturas opuestas al interior del Consejo de Estado, citadas en el párrafo anterior.

Postura Subsección “B”, en el año 2002 y 2003 sostuvo que quien desempeñara un cargo de carrera tenía el derecho a la estabilidad, en los términos del artículo 53 de la Constitución Política, tratándose de los servidores públicos, dicha estabilidad es la derivada del ingreso por concurso de méritos, por ello un servidor público nombrado en provisionalidad, no puede tener los derechos del personal escalafonado que ha ingresado al servicio mediante concurso de méritos, por lo cual, no puede someter su desvinculación a las causales legales establecidas para el personal de carrera.

También dejó claro que sí bien, el ordenamiento jurídico permitía la provisión de los cargos de carrera mediante el nombramiento provisional mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto, es decir el concurso de méritos, ello no implica que quien está provisionalmente nombrado no pueda ser removido del servicio, porque así no lo ha consagrado la ley, ya que la provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, y por lo tanto el nominador podrá mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público, en atención a que los provisionales no están escalafonados en la carrera y no cuenta con estabilidad, no podrá pretenderse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de Carrera.³⁴

En este orden de ideas, cuando un empleado provisional es retirado del servicio sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no se viola el debido proceso. (Rad. Interno. No. 0424-02 de 2003.)

En el mismo año la Subsección “A” sostuvo la tesis de que no pueden predicarse iguales derechos de quien es nombrado en provisionalidad respecto de quien sí se halla en propiedad en un cargo de carrera, ya que aquella modalidad de provisión no genera por sí misma inamovilidad, sólo puede cederse su titularidad cuando el cargo ha de proveerse con quien ha superado el respectivo concurso de méritos, ello quiere decir que mientras tanto el cargo no se provea por el nominador en la

forma exigida en la ley, es decir con la persona que se ingrese mediante un concurso de méritos, o se presente una circunstancia objetiva que realmente impida su continuación dentro del ejercicio normal de sus funciones, no es posible acudir a la figura de la discrecionalidad, pues no puede dársele el mismo tratamiento a un empleo provisional que a uno de libre nombramiento y remoción.³⁵

Lo anterior encuentra su respaldo en el decreto 2147 de 1989 cuando dispuso que la provisión de empleos del régimen de carrera se hará en provisionalidad cuando no ha precedido la selección por concurso.

Así las cosas, la Subsección “A” de la Sección segunda, trae el concepto de “estabilidad restringida”, pues, para la desvinculación de tales empleados, debe mediar por lo menos un acto administrativo motivado como garantía plena del debido proceso (artículo 29 Constitucional), salvo que, el cargo que se vaya a proveer con quien participó y superó el respectivo proceso de selección. (Rad. Interno Nos. 1445-00, 2163-00, 3802-00).

La Subsección afirmó que tal disposición tiene fundamento constitucional en el artículo 53 que consagró como principio mínimo fundamental el de la estabilidad laboral, el cual sólo podrá ser afectado cuando se trate de atender intereses de carácter general³⁶.

En ese mismo año 2003 la Subsección “A” aceptó la postura de la Subsección “B” y unificó su jurisprudencia acogiendo la tesis de que *“al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna”*, fue así como concluyó que *“cuando se remueve a esta clase de personal vinculado en provisionalidad, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables”*.

Desde entonces esta ha sido la posición del Consejo de Estado y con base en ella se ha abstenido de anular actos administrativos de tal índole cuando se ha hecho uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dicho replanteamiento de tesis lo fundamentó en que no puede convertirse en un factor de reproche la provisión de cargos en provisionalidad, pues la

³⁵C. Edo. Sección Segunda Subsección A. C.P Alberto Arango Montilla. Rad. Interno 2977-00 de junio 27 de 2002.

³⁶C. Edo. Sección segunda, Subsección A, C.P Ana Margarita Olaya Forero. Rad. Interno 4084-01 de junio 20 de 2002. Rad. Interno 745-01 de agosto 15 de 2002. C.P. Alberto Arango Mantilla.

administración debe adoptar medidas para que su actividad tenga la continuidad que el servicio público requiere, por ello no puede ser aceptable ni conveniente para el ejercicio de la función pública, que su ejercicio quede supeditado a la provisión de empleos al concurso de méritos, ya que el concurso ha resultado en varias ocasiones no ser expedito y eficaz³⁷.

Además adujo que por el hecho de desempeñar un cargo de carrera administrativa, no otorga por sí mismo, fuero alguno de permanencia.

Posteriormente el Consejo de Estado ha confirmado la anterior regla, fundamentando sus decisiones con las siguientes premisas: aduce que “el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar transitoriamente un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, se asemeja a la situación de las personas designadas para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, ya que, en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función, y que es predicada la discrecionalidad para el retiro del servicio, dada la similitud en la forma de ingreso, en consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales procederá mediante acto de insubsistencia sin motivación alguna.”

Manifiesta la sala que no es lo mismo el nombramiento del servidor público que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos al de aquél que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo, aduce que no se trata de demeritar las condiciones de la persona que ingresa a la administración mediante nombramiento sin concurso de méritos, pero que, como su nombramiento no es equiparable al del escalafonado en la carrera, el retiro no puede ser en la misma forma, pues opera la discrecionalidad del nominador.

Además, también aduce que el empleado provisional no goza de estabilidad alguna, a diferencia de la estabilidad relativa del empleado que ingresa a la carrera administrativa mediante concurso de méritos, pues esta se obtiene por haber superado la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el período de prueba, etapas que conforman el proceso selectivo, entonces resulta desproporcionado conferirle derechos al empleado provisional como si se tratara de un empleado de carrera administrativa³⁸.

³⁷C. Edo. Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla. Rad Interno 0424-02 de abril 03 de 2003.

³⁸C. Edo. Sección segunda, Subsección A, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado. Rad. I. 4714-01 de septiembre 11 de 2003, Rad. I. 5183-01 de octubre 02 de 2003, Rad. I. 2568-03 de mayo de 2004, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

En el año 2004, bajo la Ponencia de la Doctora Ana Margarita Olaya Forero, mediante fallo con número interno 3016-01 se centró la controversia sobre sí la expresión “o provisional” referida e el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 era nula, en atención a que excedía la potestad reglamentaria, al estimar la forma discrecional de retiro del servicio en cargos de provisionalidad, ya que ésta era únicamente para los empleos de libre nombramiento y remoción.

Los cargos invocados en la demanda de nulidad de la norma no prosperaron, el Consejo de Estado argumentó lo siguiente para emitir su fallo: “El nombramiento en provisionalidad no otorga fuero alguno de estabilidad, dado que el servidor público no ha ingresado por concurso de méritos; no existe igualdad entre el empleado provisional y aquel que se sometió al proceso de selección, por tal razón el retiro no puede ser igual; y que la situación de un empleado en provisionalidad se asemeja a la de uno de libre nombramiento y remoción”.

En el año 2005 siguiendo con la línea ya definida, se agrega un postulado mas, que consiste en que la permanencia del servidor público en el cargo por encima del término previsto en la ley, no le genera a éste ningún derecho de inamovilidad, y continua expresando que el nominador no tiene la obligación de motivar el acto de insubsistencia³⁹, en esta oportunidad se dan las siguientes conclusiones:

- ✓ “El nombramiento provisional procede mientras se hace la designación por el sistema de concurso de méritos.
- ✓ Ello no implica que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente.
- ✓ La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pero esta modalidad de vinculación no es generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeña.
- ✓ La autoridad nominadora mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio.

³⁹C. Edo. Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla. Rad I. 2132-04 de mayo de 2005.

- ✓ Como esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera.
- ✓ No están exentos de ser removidos a través del ejercicio irregular de la facultad nominadora, caso en el cual mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se puede demandar el acto de remoción, invocando la respectiva causal de nulidad.
- ✓ La normatividad que consagra las circunstancias de retiro, procedimiento y recursos, es para el personal de carrera.
- ✓ Para esta forma de provisión de cargos –en provisionalidad- es pertinente predicar las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.
- ✓ El retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado”

En los años subsiguientes, es decir 2006 (Rad. Interno No. 3934-05, 3731-05,19353-05), 2007 (Rad. Interno No. 4550-05, 4037-03, 5028-05,3935-05), 2008 (7517-05), 2009, se ha mantenido la tesis anteriormente descrita.

Mediante sentencia con Radicado Interno No. 19353-05 de 2006, se hace una crítica a los postulados de la Corte Constitucional sobre los fundamentos que plantea la corte para desvirtuar los fundamentos del Consejo de Estado, ya que mientras la Corte Constitucional en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de los empleados, manifiesta que un nombramiento en provisionalidad no convierte el cargo de carrera en uno de libre nombramiento y remoción,y que no pueden asimilarse, porque los primeros obedecen a una relación de confianza en tanto que en los segundos no es la relación personal la que determina la provisión sino el carácter técnico del mismo, el Consejo de Estado argumenta no estar de acuerdo con tal planteamiento, pues no puede tener carácter técnico un nombramiento que sólo se basa en facultades discrecionales, y que un nombramiento técnico sólo se logra cuando la designación se cumple en el marco de un concurso de mérito, y que la única motivación que justifica el nombramiento en provisionalidad es la de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, circunstancia que no puede generar

derecho alguno en favor del nombrado en provisionalidad, como lo pretende la Corte⁴⁰.

En éste mismo fallo se hizo una precisión sobre la violación del debido proceso, el Consejo de Estado argumentó que no se desconoce la vigencia de dicho derecho, pues la tesis sobre el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad sin motivación alguna, acepta las causales de nulidad que afectan tanto los actos de remoción del personal de carrera como los de aquellos carentes de estabilidad como los son los provisionales, razón por la cual se concluye que estos últimos también pueden impugnar judicialmente las decisiones de desvinculación a efectos de determinar si en su caso se respetó el debido proceso.

En ese mismo año, la sala manifestó que el retiro de un provisional antes del tiempo de ser provisto mediante concurso de méritos, se presume que se fundamenta en el mejoramiento del servicio y el interés general, y que para desvirtuar esta presunción, le corresponde a la parte actora allegar los elementos probatorios necesarios para acreditar que la decisión adoptada fue en razón a las finalidades mencionadas, es decir, el buen servicio.

Por otra parte, también se afirmó que por tratarse de un cargo de carrera administrativa, el nominador no podría verse imposibilitado de prescindir de los servicios de un empleado que es ineficiente e incompetente para desarrollar el cargo. (Rad. Interno 2427-05 de 2006).

Ahora bien, estas son las razones invocadas por el Consejo de Estado a partir de la unificación de criterios por parte de la sección segunda, cuya postura se ha mantenido inalterada.

- ✓ “El empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente frente al empleado nombrado en carrera y al de libre nombramiento y remoción, porque ni ha accedido por concurso de méritos, ni se trata de un cargo asimilable a los de libre nombramiento.
- ✓ Quien está vinculado en provisionalidad tiene una doble inestabilidad: de un lado, como no pertenece a la carrera puede ser desvinculado por quien concursó y tiene derecho a ocupar el cargo; de otro, puede ser desvinculado de manera discrecional por el nominador.

⁴⁰C. Edo. Sección Segunda, Subsección B, Rad. Interno 1953-05 de diciembre 07 de 2006.

- ✓ El acto de nombramiento en provisionalidad no requiere procedimiento ni motivación alguna, lo mismo es predicable del acto de desvinculación, porque de lo contrario se harían extensivas las garantías que sólo se predicán para quien ha ingresado por concurso.”
- ✓ Como los nombrados en provisionalidad no ingresaron por mérito sino en ejercicio de una facultad discrecional, no pueden ampararse en las causales de retiro previstas en el inciso 2º del artículo 125 de la Constitución.
- ✓ No se desconoce el derecho al debido proceso por cuanto la tesis del retiro discrecional de cargos en provisionalidad no impide demandar el acto por las causales previstas en el ordenamiento jurídico. Además, debe presumirse que la insubsistencia se inspira en razones de buen servicio, la cual en todo caso puede ser enervada en sede judicial”.

Posteriormente, en el año 2010, mediante sentencia con Rad. Interno No. 0319-08 con ponencia del Doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, continúa con la tesis ya ampliamente debatida, en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llegó la Sala luego de realizar una reflexión al estudio histórico normativo de la provisionalidad.

Momento en el cual precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada⁴¹, “**Artículo 10.** *Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados*”⁴².

En el mismo año, mediante sentencia de 23 de septiembre 2010, Rad. Interno 0883-08, la sala plantea que en aplicación del principio de igualdad, los empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley

⁴¹C. Edo. Sección Segunda, C.P. Eduardo Gómez Aranguren, Rad. Interno. 0319-08 de agosto 04 de 2010.

⁴²Decreto 1227 abril 21 de 2005 por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998.

909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad.

La sala sostuvo que “la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, es decir que dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO** de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado. “ (Inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Con esta interpretación de la ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, que realizó el Consejo de Estado, se zanjó la discusión con la Corte Constitucional sobre la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados públicos y su consecuente estabilidad laboral.

Así las cosas, el Consejo de estado afirma que la motivación del acto de retiro del servicio de los servidores públicos que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, debe ser motivado, que de manera expresa lo exigió el legislador, luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, situación que obedece a razones de índole constitucional ya precisados por la Corte anteriormente y que se traduce en la obligación para la administración de dar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, independientemente de la forma de provisión, pues es el cargo el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, es decir, en este caso el régimen de carrera administrativa, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas la ley, y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado⁴³.

⁴³C. Edo. Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. Interno 0883-08 de septiembre 23 de 2010.

La anterior postura es la reiterada en las últimas providencias, (sentencia de 12 de octubre de 2011. Rad. Interno 0451-11, C. P.Luis Rafael Vergara Quintero.

3.2. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

PROBLEMA JURÍDICO

¿El ordenamiento jurídico colombiano exige motivar los actos de insubsistencia o retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera?

¿Por desempeñar en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, los servidores públicos son cobijados por algún fuero de estabilidad?

Al interior de la Sección segunda del Consejo de Estado, se plantearon dos tesis diferentes sobre la motivación del acto administrativo, por una parte la subsección “A” argumentaba que era necesario la motivación del acto administrativo de retiro, con el fin de salvaguardar el derecho al debido proceso, por su parte la subsección “B” argumentaba que no era necesario tal tratamiento para los provisionales, pero en el año 2003 las dos subsecciones de la sala unifican jurisprudencia sosteniendo la tesis de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad y que su retiro procede sin motivación.

Actualmente, el Consejo de Estado, sostiene la tesis de que el hecho de desempeñar un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, no le otorga al empleado los mismos derechos que ostenta un empleado que ha ingresado a la administración por concurso de méritos, pero ello no implica que el servidor público no goce de cierto grado de protección, su protección se traduce a que gozan de una estabilidad relativa, en razón a que su retiro está reglado y debe obedecer a las causales previstas en la ley, y el acto administrativo de desvinculación debe estar debidamente motivado, con ello salvaguardo preceptos constitucionales.

4. CONCLUSIONES

- Con el recuento histórico - normativo realizado sobre el ingreso al empleo público, su noción y clasificación, se ratificó que en Colombia, un Estado Social de Derecho, la Constitución, la jurisprudencia y las leyes, han instituido como regla general en la administración pública el sistema de carrera administrativa como medio idóneo para proveer el Talento Humano al servicio del Estado, previendo algunas excepciones taxativas a esta regla, como lo son los cargos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, los trabajadores oficiales, los empleados temporales; no obstante, para la provisión de empleos de carrera, se ha previsto por el ordenamiento jurídico, los nombramientos en provisionalidad en dichos cargos, esto teniendo en cuenta los inconvenientes de la realización de los diferentes concursos de méritos y con el fin de evitar traumatismos en la prestación del servicio.
- A través del proceso de consulta de jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir de la Constitución Política de 1991, se desarrolló una línea jurisprudencial sobre el tema de la provisionalidad en cargos de carrera, logrando interpretar sus fallos más relevantes sobre la temática trazada, y se definió la regla jurídica planteada aplicable, la cual se resume así: revela la Corte Constitucional, la obligación en cabeza de la administración de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia o retiro de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, con el fin de evitar la arbitrariedad del nominador y para garantizar el derecho fundamental al debido proceso, el derecho a la defensa, el respeto por el principio democrático y el principio de publicidad, al dar a conocer las razones que sustentaron su retiro del servicio.
- A través del proceso de consulta de jurisprudencia del Consejo de Estado, se realizó una línea jurisprudencial sobre el tema de la provisionalidad en cargos de carrera, logrando identificar las dos posturas al interior de la sección segunda del alto tribunal, inicialmente y hasta el año 2003, la motivación del acto que declarase insubsistente a un empleado provisional era imperante para una de las subsecciones y no para la otra, pero después de esta fecha cambio la regla, unificándose la teoría, la cual se traduce en la no motivación de dichos actos administrativos, en razón a que se asimilaron los empleados provisionales a los empleados de libre nombramiento para quienes impera la figura de la discrecionalidad tanto para su vinculación, como para su desvinculación, pero hacia el año 2010, se logró identificar un gran cambio en la línea jurisprudencial que había sido reiterada a lo largo de los últimos años, y se aprobó en parte los postulados

de la Corte Constitucional en el siguiente sentido, el empleado provisional que desempeñe un cargo de carrera administrativa, no tiene los mismos derechos que ostenta un empleado que ha ingresado a la administración por concurso de méritos, pero ello no implica que dicho servidor público no goce de cierto grado de protección, protección que se traduce en el goce de una estabilidad relativa, en razón a que su retiro está reglado y debe obedecer a las causales previstas en la ley, y el acto administrativo de desvinculación debe estar debidamente motivado, variación de decisión a la cual llegó el Consejo de Estado, al realizar la interpretación a la ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario, situación que ocurre mucho tiempo después de que entrará en vigencia dicha normatividad.

- En resumen, con base en las consultas jurisprudenciales realizadas, se colige que es deber de la administración motivar los actos administrativos de insubsistencia o retiro de empleados vinculados mediante nombramientos en provisionalidad, significando esto, que el retiro de estos empleados no obedecerá a situaciones de discrecionalidad, en cambio procederá de conformidad con las causales previstas en la ley, dando relevancia a la naturaleza del cargo, más no a la forma de vinculación.
- Con sustento en todo el proceso de consulta realizado, se contestó el problema jurídico planteado en los siguientes términos: **SÍ** gozan de estabilidad laboral relativa los Servidores Públicos que han sido nombrados en provisionalidad para desempeñar cargos de Carrera Administrativa y debe motivarse el acto administrativo de retiro de dichos empleados.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1991, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de Julio de 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 27 (23, diciembre, 1992). Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 443 (11, junio, 1998). Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.

COLOMBIA. Decreto 1572 (5, agosto, 1998). Por el cual se reglamente la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 909(23, septiembre, 2004). Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones

COLOMBIA. Decreto 1227 (21, abril, 2005). Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 01 (26, diciembre, 2008).

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 04 (07, julio, 2011).

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias: T-800 de 14 de Noviembre de 1998, SU-250 de 26 de mayo de 1998, T-884 de 17 de octubre de 2002, T-1011 de 29 de octubre de 2003, T- 010 de 2003, T-951 de 07 de octubre de 2004, C-597 de 2004. T-1240 de 09 de diciembre de 2004, T-161 de 24 de febrero de 2005, T-123 de 17 de febrero de 2005, T-1316 de 13 de diciembre de 2005, T-048 de 30 de enero de 2009, T- 104 de 2009, SU-917 de 16 de Noviembre de 2010, SU 691 de 21 de septiembre de 2011.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencias: No. 12531 de 19 de junio de 1998, sección segunda, No. 2977-00 de 27 de junio de 2002, Sección Segunda, No. 4084-01 de 20 de junio de 2002, Sección Segunda, No. 745-01 de 15 de agosto de 2002, sección segunda, No. 0424-02 de 3 de abril de 2003, Sección

Segunda, No. 4714-01 de septiembre 11 de 2003, sección segunda, No. 5183-01 de 02 de octubre de 2003, sección segunda, No. 2568-03 de mayo de 2004, sección segunda, No. 2132-04 de mayo de 2005, sección segunda, no. 1953-05 de diciembre 07 de 2006, sección segunda, No. 9572-05 de 15 de marzo de 2007. Sección Segunda, No. 0319-08 de 04 de agosto de 2010 Sección Segunda, No. 0883-08 de 23 de septiembre 2010. No.0421-11 de 12 de octubre de 2011. Sección Segunda.

COLOMBIA. Decreto 1222 (1993). Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992.

COLOMBIA. MINISTERIO DE GOBIERNO. Decreto 256(28, enero, 1994) Por el cual se reglamenta el Decreto Ley número 1222 de junio 28 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

DUEÑAS QUEVEDO Clara Cecilia. Derecho laboral Administrativo. Primera edición. Bogotá. Grupo Editorial Ibáñez.2008. Páginas 246.

DUEÑAS QUEVEDO Clara Cecilia. Inexequibilidad del Acto Legislativo 01 de 2008: efectos de la decisión. Revista Legis. Nov.-Dic. 2009. N° 156.

LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Bogotá. Editorial Legis. 2006.

SANTOFINIO GAMBOA Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.2004

Páginas	Web	consultadas:	Corte	Constitucional
www.corteconstitucional.gov.co ,		Consejo	de	Estado
www.consejodeestado.gov.co				