

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD - Regulación legal / EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD - No goza de fuero de estabilidad. Antecedente jurisprudencial / ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – No requiere motivación durante la vigencia de la Ley 443 de 1998. Antecedente jurisprudencial

Se ha reiterado la línea jurisprudencial de la Sala, señalando que, respecto a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, y el cual se presume expedido por razones del servicio público. El ejercicio de dicha facultad discrecional no puede estar condicionado a la celebración de un concurso de méritos para proveer los cargos de carrera administrativa, so pena de desnaturalizar la esencia de la misma, en la medida en que se exige el cumplimiento de una condición no prevista por el propio legislador. La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 5 / DECRETO 2400 DE 1968 – ARTICULO 20 / DECRETO 1950 DE 1973 – ARTICULO 107 / LEY 61 DE 1987 – ARTICULO 4 / LEY 27 DE 1992 – ARTICULO 10 / LEY 443 DE 1998 – ARTICULO 8 / DECRETO 1572 DE 1998 – ARTICULO 5

NOTA DE RELATORIA: Sobre el efecto de nombramiento provisional en relación a la estabilidad, consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 13 de marzo de 2003, Rad. 4972-01, M.P.; Tarsicio Cáceres Toro.

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD- Término

La Ley 909 y su decreto reglamentario, 1227 de 2005, le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 / DECRETO 1227 DE 2005

ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD – Debe ser motivado en vigencia de la Ley 909 de 2004

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 párrafo 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, esto es, 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 párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 41 - INCISO 2 PARAGRAFO 2

REINTREGRO AL CARGO DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD - Término

En punto del restablecimiento del derecho la Sala debe precisar que, en lo que toca con el reintegro al cargo, éste es procedente sólo y en las mismas condiciones en que se encontraba la actora al momento de su retiro del servicio, esto es, en provisionalidad, la cual, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005¹, no podrá exceder de 6 meses, con la posibilidad de prórroga en los términos señalados en la misma disposición.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1227 DE 2005 – ARTICULO 5}

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010).-

Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

Actor: MARIA STELLA ALBORNOZ MIRANDA

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE DESARROLLO RURAL - INCODER

AUTORIDADES NACIONALES

¹ **PARÁGRAFO TRANSITORIO.** <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 4968 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 8 de febrero de 2007 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por María Stella Albornoz Miranda contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., la señora María Stella Albornoz Miranda solicita, por conducto de apoderado, la nulidad de la Resolución No. 01589 del 29 de septiembre de 2004, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento provisional en el cargo denominado Profesional Especializado, código 3010, grado 19 de la planta global de personal del INCODER (fls. 11 a 16).

A título de restablecimiento del derecho solicita la parte actora, el reintegro al mismo cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría. Así mismo, que se condene a la entidad demandada al pago de todos los salarios, prestaciones sociales, y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en la que se produjo el retiro del servicio hasta cuando se disponga el reintegro definitivo al cargo.

Igualmente solicita, que se declare que para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en el servicio. Y, que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Las anteriores pretensiones fueron sustentadas en los siguientes **hechos**:

La señora María Stella Albornoz Miranda se vinculó al INCODER, mediante Resolución No. 0437 del 29 de agosto de 2003 en el cargo de Profesional Especializado, código 3010, grado 19, en provisionalidad, iniciando la prestación de sus servicios a partir del 1º de septiembre del mismo año.

Por medio de Resolución No. 01589 del 29 de septiembre de 2004 el Gerente General del INCODER declaró insubsistente el nombramiento provisional de la

señora María Stella Albornoz Miranda en el cargo denominado Profesional Especializado, código 3010-19 de la planta global de la entidad. La anterior decisión fue puesta en conocimiento de la actora el 29 de septiembre de 2004, mediante oficio GTH 7010 No. 20042126239, suscrito por el Coordinador del Grupo de Talento Humano.

NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas se citan las siguientes:

- Ley 909 de 23 de septiembre de 2004: artículo 41, literal a), párrafo 2º.

En el **concepto de violación** se argumentan entre otras razones, las siguientes:

Se aduce en la demanda que, dado que la actora ocupaba un cargo de carrera, por tanto no asimilable a los empleos de libre nombramiento y remoción, la Resolución No. 01589 del 29 de septiembre de 2004 fue expedida sin que existiera causal legal de retiro. Lo anterior, en razón a que la normatividad aplicada, se refiere exclusivamente al retiro discrecional de los empleados de libre nombramiento y remoción, sin que se haga referencia en ningún momento a los cargos de carrera.

Se afirma además, que el acto acusado fue expedido por un funcionario que carecía de competencia material, por cuanto la Ley 909 de 2004 restringió el uso de la facultad discrecional a los empleos de libre nombramiento y remoción, mientras que en el caso concreto dicha potestad se empleó respecto de un cargo que era de carrera.

Finalmente, manifiesta la parte actora, que la resolución demandada carece de motivación, requisito esencial para el retiro de quien ocupa un empleo de carrera, de conformidad con el art. 41 de la Ley 909 de 2004.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 8 de febrero de 2007 negó las pretensiones de la demanda (fls. 111 a 121).

Precisó en primer lugar el Tribunal, que el cargo que desempeñaba la actora como Profesional Especializado, código 3010, grado 19, estaba clasificado como un empleo de carrera administrativa, toda vez que no se encontraba enlistado dentro de las excepciones previstas en el artículo 5º de la Ley 909 de 2004.

Argumentó el *A quo*, que para la fecha de la declaratoria de insubsistencia la demandante venía ocupando el cargo en provisionalidad, es decir, no ingresó a la entidad demandada previo concurso de méritos, y por lo tanto, no gozaba de los derechos o prerrogativas que concede la carrera.

Se indica, que conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, la actora podía ser declarada insubsistente en cualquier momento, dado que no ostentaba la calidad de funcionaria de carrera, tampoco la de empleada de período fijo, ni estaba amparada por fuero alguno de estabilidad relativa en el cargo, es decir, su situación era similar a la de un funcionario de libre nombramiento y remoción, y en consecuencia, su nombramiento podía ser declarado insubsistente en cualquier momento sin necesidad de motivación.

Así, para el Tribunal era claro que ninguno de los argumentos expuestos por la parte actora, relacionados con los derechos de carrera que presuntamente ostentaba la accionante, estaba llamado a prosperar.

EL RECURSO

La parte actora impugnó el anterior proveído con base en los siguientes argumentos (fls. 147 a 150):

Se insiste sobre el hecho de que el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 es claro cuando exige para el retiro de los empleos de carrera la expedición de un acto motivado. Considera el recurrente, que a pesar de que la actora ocupara dicho empleo, con el carácter de provisional, la facultad de retiro discrecional no podía ser absoluta.

Señala que, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por una norma legal, deben ser motivados. El retiro de los empleados que ocupan su cargo en provisionalidad, sin que se expresen las razones de la

determinación, transgrede el derecho al debido proceso, e impide que los desvinculados ejerzan a cabalidad su derecho a la defensa.

Finalmente solicita, que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se declare la nulidad de la Resolución No. 01589 del 29 de septiembre de 2004 y se acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS

La parte demandada, mediante escrito que obra de folios 167 a 170 del expediente, solicitó que sea confirmado en su integridad el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 8 de febrero de 2007.

Subraya que la accionante no se encontraba inscrita en el escalafón de carrera, por lo que su retiro se dio con el lleno de los requisitos legales; fue emitido además, por el funcionario competente, y sin que se haya incurrido en alguna irregularidad que pueda viciar de nulo el acto acusado.

En concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, afirma que quien ocupa un cargo en provisionalidad no puede pretender ser cobijado por las normas que reglamentan el retiro de personal de carrera, pues así no lo dispuso la ley. De otra forma, se estaría afirmando implícitamente que el empleado que desempeña transitoriamente un cargo de carrera, ostenta la misma condición de quien se vincula a la administración previa superación de un conjunto de etapas en las que se pone a prueba su idoneidad personal e intelectual para ocupar el cargo.

Señala además, que el buen comportamiento del funcionario público durante el desempeño de sus funciones no es el único factor que debe ser tenido en cuenta. La entidad debe revisar otras razones de carácter subjetivo, tales como la supresión de empleos, la reorganización administrativa, combatir la corrupción administrativa, entre otras.

CONSIDERACIONES

Como no se evidencia causal que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes consideraciones.

EL PROBLEMA JURIDICO

Se trata de determinar si se ajusta a derecho, según lo establecido en la Ley 904 de 2004, la Resolución No. 01589 del 29 de septiembre de 2004, por medio de la cual el Gerente General del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, quien ocupaba un cargo de carrera administrativa en provisionalidad.

EL ACTO ADMINISTRATIVO ACUSADO

Resolución No. 01589 del 29 de septiembre de 2004 expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, en cuyo texto se lee:

“ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar Insubsistente el nombramiento Provisional de la señora MARIA STELLA ALBORNOZ MIRANDA, identificada con cédula de ciudadanía número 20.736.707 de Madrid (Cundinamarca), quien ocupa el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 3010-GRADO 19 de la Planta Global de Personal del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural-INCODER, de la SUBGERENCIA DE INFRAESTRUCTURA.”.

Con el objeto de resolver el problema jurídico planteado la Sala aborda el estudio de los siguientes aspectos, en su orden: i) De los antecedentes normativos sobre los nombramientos en provisionalidad ii) Del retiro discrecional de los empleados nombrados en provisionalidad y la jurisprudencia del Consejo de Estado iii) De la provisionalidad en la Ley 909 de 2004 iv) Análisis del caso concreto

I) DE LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS SOBRE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD

1. Decreto ley 2400 de 1968 –art. 5^o-2: Preveía para la provisión de los empleos – clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera - tres clases de nombramientos:

- a) Ordinario: Para los empleos de libre nombramiento y remoción.
- b) En período de prueba: Para los empleos de carrera, y

² Dictado en ejercicio de facultades extraordinarias para regular la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. El decreto 1950/73 que lo reglamentó precisó su aplicación en lo nacional, con excepción del ramo de la defensa – art. 1^o.

c) Provisional: Para “proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera ³”. El período provisional no podía exceder de cuatro meses ⁴.

A su vez, el artículo 26 ibídem, dispone que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

El artículo 26 en cita fue declarado exequible, en sentencia que destaca la necesidad de motivar la decisión, aún cuando dicha motivación se produzca de manera posterior a la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia, para de esta manera evitar decisiones arbitrarias y caprichosas de la administración⁵: “No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda.” (C- 734/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

2. El decreto reglamentario 1950 de 1973 – art. 107 – disponía⁶, que: “en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario⁷ o **provisional**, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”.

³ Art. 28 decreto 1950/73: “Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional. (...)”

⁴ La ley 61/87 señaló el término de la provisionalidad en cuatro meses prorrogable por otro tanto – arts. 2º y 4º.

⁵ *La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.*

⁶ Hasta la adopción del nuevo régimen de carrera administrativa

⁷ Forma de provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción.

3. La Ley 61 de 1987, sobre carrera administrativa, en el artículo 4º dispuso las siguientes clases de nombramientos: el ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción y, para los empleos de carrera, previo concurso, en período de prueba o por ascenso, **y por nombramiento provisional** cuando “se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio”.⁸

4. La Ley 27 de 1992, art. 10 – de la provisión de empleos –, previó el nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción, y para los de carrera, nombramiento en período de prueba o por ascenso. El inciso segundo dispuso: “*mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales. El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales*”⁹.

De acuerdo con la norma transcrita se tiene que, el legislador quiso hacer efectiva en todos los casos la carrera administrativa mediante la figura de los encargos, las vacantes se cubrían con personal escalafonado y a falta de este, **por excepción**, se hacían vinculaciones provisionales.

5. La Ley 443 de 1998, en su artículo 8º, establecía que “*los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.*”

⁸ Art. 87 de la ley 443/98: “**Vigencia.** Esta ley rige a partir de su publicación, deroga las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992, el artículo 31 de la Ley 10 de 1990, y el Decreto-ley 1222 de 1993; modifica y deroga, en lo pertinente, los títulos IV y V del Decreto-ley 2400 de 1968, el Decreto-ley 694 de 1975, la Ley 10 de 1990, los Decretos-leyes 1034 de 1991, el Decreto 2169 de 1992, el artículo 53 de la Ley 105 de 1994 en lo referente a los regímenes de carrera, salarial y prestacional, y las demás disposiciones que le sean contrarias.”

⁹ Ley 61/87: “**Artículo 18. de los nombramientos provisionales en caso de comisión.** Mientras los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa se encuentren en comisión de estudios o desempeñen en comisión, cargos de libre nombramiento y remoción, los empleos de carrera de que sean titulares, sólo podrán ser provistos en forma provisional **por el tiempo que dure la comisión**, si no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.” Conc. art. 4º *ibidem*.

Los nombramientos con carácter provisional fueron previstos como subsidiarios al encargo de los empleados de carrera. Esto es, sólo si no era posible realizar el encargo podía hacerse nombramiento provisional.”¹⁰

En efecto el inciso segundo del artículo 8º disponía:

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

Este precepto señalaba de manera general el término de duración de la provisionalidad.

El cargo del cual era titular el empleado encargado, podía ser provisto en provisionalidad mientras durara el encargo¹¹.

El nombramiento provisional se producía mientras se surtía el proceso de selección para proveer empleos de carrera que requirieran su provisión temporal¹².

El artículo 5º del decreto 1572 de 1998 precisó las excepciones que permitían una duración de los nombramientos provisionales superior a cuatro meses. Los términos de duración de los nombramientos provisionales eran definidos o se determinaban por la duración de la formalización del concurso o de la situación administrativa de que se tratara, según el caso.

ii) DEL RETIRO DISCRECIONAL DE LOS EMPLEADOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD Y LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Los empleados designados de manera provisional podían ser retirados discrecionalmente, según lo previsto en los decretos reglamentarios 150 de 1973, art. 107 y 1572 de 1998, art. 7º.

¹⁰ La sent. C- 942/03, que declaró exequibles las expresiones acusadas de los arts. 8º, 9º y 11 de la ley 443/98 señaló: “...resulta a todas luces elemental que las disposiciones acusadas contemplan que se prefiera encargar temporalmente de un empleo de carrera a un servidor de carrera y no que se provea la vacante temporal en provisionalidad, es decir, por quien no esté en carrera, por la obvia razón de que el de carrera ingresó mediante concurso, lo que lleva consigo, como se examinó al inicio de estas consideraciones, implícitas las garantías de ser favorecido con nombramientos en encargo, como una manera de estimular la estabilidad del servidor en la Administración.” // La reglamentación de la provisionalidad está íntimamente ligada a la del encargo.

¹¹ V. Sent. 368/99.

¹² Estas situaciones se presentaban sin perjuicio del derecho preferencial al encargo.

En efecto, el Decreto 1950 de 1973, en su artículo 107¹³ establecía: “*En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados...*”.

Esta disposición fue declarada ajustada a derecho por la Sección Segunda de esta Corporación mediante sentencia del 12 de febrero de 2004¹⁴. El actor solicitó la nulidad de la expresión “**o provisional**” por considerar que excedía la potestad reglamentaria desconocer lo reglado en el artículo 26 del decreto ley 2400 de 1968 y disponer la discrecionalidad para el retiro del servicio de los empleados provisionales, cuando ella “está reservada únicamente para los empleos de libre nombramiento y remoción”.

En aquella oportunidad esta Corporación planteó como argumentos principales para mantener la legalidad de la disposición acusada, los siguientes:

- La norma no se refiere al cargo sino a la situación del empleado que no pertenezca a una carrera.
- El nombramiento provisional se produce cuando se trata de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera, sin que otorgue fuero alguno de estabilidad, pues “el empleado no ha accedido a la carrera por los medios legales”.
- Los derechos de carrera administrativa se derivan del sometimiento a la superación satisfactoria de las etapas del concurso.

Respecto del alcance de las expresiones “empleo” y “empleado”, precisó la sentencia:

“Para el actor, el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 ¹⁵ sólo puede interpretarse en el sentido de que la potestad discrecional está referida a los empleos de libre nombramiento y remoción, es decir a los nombramientos ordinarios, ya que la expresión “empleo” que utiliza la norma así lo indica, dejando a un lado la situación del empleado, vocablo éste que sí utiliza el inciso segundo, argumento que resulta errado en sentir de la Sala. (...)

Nótese que el sujeto rector de la frase es la situación del empleado frente a la pertenencia a una carrera, no respecto a

¹³ Decreto reglamentario de los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968.

¹⁴ Rad. 11001-03-25-000 2001 00207- 00 (3016-01).

¹⁵ Ver texto del artículo 26 en el No. 1.

un cargo del servicio civil que no pertenezca a la carrera como pretende el demandante. (...)

Entender, pues la prescripción del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 como pretende el demandante, llevaría al absurdo de predicar que el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, ostenta la misma condición del que se vincula a la administración previa superación rigurosa de un conjunto de etapas que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual para desempeñar la función”.

Esta Sección al hacer referencia al artículo 7º del decreto reglamentario 1572 de 1998, ha señalado:

“(…)

*En relación con los nombramientos **en provisionalidad** el Decreto 1572 de 1998 en su artículo 7º. dispone:*

“(…)

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

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

En punto a la provisionalidad, reitera la Sala, que ésta no genera fuero de estabilidad alguno, de tal manera que le es dable al nominador dar por terminada la relación laboral, incluso antes del vencimiento del período de la misma. “¹⁶.

Ha sido criterio reiterado de la Sala el precisar que, la situación del nombrado provisionalmente, aunque no es idéntica, tiene importantes semejanzas con la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en

¹⁶ Sentencia de 11 de junio 2009. Sección Segunda, Subsección B, M.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente No. de Referencia: 080012331000200401324 01 No. Interno: 0012-2008.

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 el retiro a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

Bajo la línea del precedente judicial, la jurisprudencia de la Subsección al estudiar la situación de los provisionales frente a los derechos de estabilidad laboral que reclaman por ocupar un cargo de carrera administrativa respecto del cual no se ha surtido el proceso de selección, ha acogido la tesis expresada en sentencia de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003) ¹⁷, con ponencia del Doctor Tarsicio Cáceres Toro, en la que con el fin de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo, se precisó:

(...)

Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

(...)

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.

(...)

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que 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.

(...)

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal

¹⁷ Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01. Ref. 4972-01 AUTORIDADES NACIONALES. Actor: MARIA NELSSY REYES SALCEDO

modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe.

Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Entonces, si quien ejerce un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, bien puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aun no puede proveerse el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.

Y, dado que 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. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, 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.

(...).

No es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de INDEBIDA MOTIVACIÓN, ni que esté incurso en la causal de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque, como ya se dijo, la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos es para el personal de carrera.”.

Se ha dicho que, si bien es cierto la clasificación de los cargos de carrera administrativa obedece a un criterio técnico que difiere de la naturaleza directiva y en ocasiones política de los cargos de libre nombramiento y remoción, la facultad discrecional se impone al efectuar los nombramientos provisionales, en cuanto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, faculta a la administración para efectuar el nombramiento provisional, actuación administrativa en la que la discrecionalidad es el marco rector.

En este orden de ideas, a juicio de la Sala, mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria, y admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, dada la naturaleza del empleo, desatiende el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera no se condiciona a la realización del concurso de méritos, sino que opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema previa superación de las etapas que comprende el proceso selectivo, y siempre que no se obtenga calificación insatisfactoria en la prestación de los servicios (artículo 13 de la Ley 443 de 1998, 120 del Decreto 1572 de 1998 y artículo 30 de la Ley 443 de 1998).

Por estas razones, la jurisprudencia de la Sala ha señalado, que si bien es cierto el nombramiento provisional es válido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso, y que dicho nombramiento no procede como forma de provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, sí es posible predicar respecto de tal modalidad de vinculación 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 remoción¹⁸.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales, a la luz de la Ley 443 de 1998, podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no requería ser motivado, esto es, no debía expresar las causas del retiro.

La tesis así planteada, difiere de la expuesta por la Corte Constitucional y según la cual, es necesaria la motivación del acto para poder desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad, so pena de vulnerar el debido proceso¹⁹.

En efecto, en sentencia T-254/06 la Corte Constitucional expresó en relación con la necesidad de motivar el acto de desvinculación del empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, que:

“(...)

Esta Corporación ha sido uniforme al afirmar que el hecho de que un funcionario esté nombrado en provisionalidad no lo equipara a uno de libre nombramiento y remoción en términos de la no necesidad de motivación del acto de desvinculación.

Paralelamente, se ha predicado que la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad. Por su parte, cuando la Corte Constitucional determina que se debe presentar una motivación lo hace desde un análisis constitucional; más precisamente, desde un estudio iusfundamental.

Finalmente se ha indicado que tal obligación de motivación persiste hasta el momento en el cual sea nombrada en el cargo una persona que haya sido

¹⁸ Sobre el particular véase sentencia ya citada de fecha 13 de marzo de 2003 Exp. No. 4972-01

¹⁹ Entre otras: SU-2550/98; T-800/98; T-884/02; T-610/03; T-752/03; T-597/04; T-951/04; T-1216/04; T-070/06; T-1204/04; T-161/05; T-031/05 y T-132/05.

escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza.

(...)

Con base en la compilación jurisprudencial se puede afirmar que (i) los funcionarios que ocupan cargos de carrera siendo nombrados en provisionalidad no son asimilables a los de libre nombramiento y remoción. Lo anterior puesto que los últimos cargos –taxativamente señalados por el legislador- implican una relación subjetiva o in tuitu personae y la elección se hace con base en motivos de confianza en el sujeto elegido, mientras que los primeros no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo; (ii) la motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, so pena de vulnerar el debido proceso en el aspecto del derecho a la defensa; (iii) tal necesidad de motivación cesa, únicamente, cuando es nombrada a través de concurso la persona que ha de ocupar el cargo en cuestión.”.

Frente a los anteriores planteamientos, se ha reiterado la línea jurisprudencial de la Sala, señalando que, respecto a los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, y el cual se presume expedido por razones del servicio público. El ejercicio de dicha facultad discrecional no puede estar condicionado a la celebración de un concurso de méritos para proveer los cargos de carrera administrativa, so pena de desnaturalizar la esencia de la misma, en la medida en que se exige el cumplimiento de una condición no prevista por el propio legislador.

La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998.

iii) DE LA PROVISIONALIDAD EN LA LEY 909 DE 2004

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción}
- c) Empleos de período fijo
- d) Empleos temporales (art. 1 Ley 909/2004).

El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la misma normatividad (art. 2 *ídem*).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 5 *ídem*²⁰, los empleos de los organismos y entidades regulados por la misma ley, son de CARRERA ADMINISTRATIVA, excepto:

1.- Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de los trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2.- Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, según lo previsto en la misma norma.

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los funcionarios que se indican en la norma, siempre y cuando dichos empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos (literal b) num. 2 art. 5 *ídem*).

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales.

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

²⁰ Conc. Art. 125 C.P.

La ley 909 restringe los nombramientos provisionales de manera drástica, y privilegia el encargo para proveer los empleos de carrera “**mientras se surte el proceso de selección (...) una vez convocado el respectivo concurso**”, situación administrativa que no podrá prolongarse por más de seis meses (art. 24).

Los empleados de carrera tienen derecho a ser encargados de estos empleos si cumplen los requisitos previstos en el artículo 24 ibídem y al efecto se establece un procedimiento conducente a garantizar el cubrimiento de las vacantes internamente con los servidores activos mediante designación sucesiva de quienes desempeñan cargos inferiores.

Los nombramientos provisionales se reducen a precaver las siguientes situaciones:

- Las vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados ²¹. (art. 25)

- Mientras se produce la calificación del período de prueba (art. 31.5).

Además, la ley en el artículo 51 prohíbe el retiro de las funcionarias con nombramiento provisional, ocurrido con anterioridad a su vigencia, mientras se encuentren en estado de embarazo o en licencia de maternidad (num.1º) y ordena reconocerles indemnización por maternidad por supresión del cargo (num.4º).

La provisionalidad en el decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004.

“TITULO II
Vinculación a los empleos de carrera
Provisión de empleos

Artículo 7º. *La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden: (...) Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá realizarse proceso de selección específico para la respectiva entidad”.*

²¹ Decreto 1227/05, art. 9º. “De acuerdo con lo establecido en la ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron”.

Artículo 8º. Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la ley 909 de 2004.

*El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, **caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.***

Parágrafo transitorio. *La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el encargo o nombramiento provisional no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional cuando no haya personal que cumpla los requisitos para ser encargado y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.*

Artículo 9º. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en casos de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron. Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

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.”

Los nombramientos provisionales sólo podrán ser declarados insubsistentes, antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado.

Antes de la vigencia de la Ley 909 de 2004, el nombramiento en provisionalidad - ante la imposibilidad de realizar encargo-, tenía unos términos específicos

señalados en la ley y, de manera general, se producía mientras se surtía el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera (art. 8º y s.s. Ley 443 de 1998). Sin embargo, las normas reglamentarias autorizaban separar del empleo a tales servidores de manera discrecional (arts. 107 del decreto 1950 de 1973 y 7º del 1572 de 1998)²².

La Ley 909 y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional.

Conforme al artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 *“Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”*. Esta disposición modifica en forma sustancial el régimen anterior, estableciendo una condición más favorable para los empleados provisionales, respecto de quienes el retiro discrecional cede para dar vía al retiro del servicio motivado en causas que lo justifiquen.

Con la expedición de la Ley 909 de 2004 y el Decreto reglamentario 1227 de 2005, como lo había expresado la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Flavio Augusto Rodríguez Arce, en concepto de 14 de julio de 2005, Radicación No. 1652²³, se está en presencia de dos derogatorias expresas:

1.- La de la Ley 443 de 1998 por el artículo 58 de la Ley 909 y,

²² Los decretos 1572/98 y el 2504/98 fueron derogados por el artículo 112 del decreto 1227 de 2004.

²³ En aquella oportunidad precisó esa Sala: “Los artículos 107 del decreto 1950 de 1973, reglamentario de los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y 7º del decreto 1572 de 1998, reglamentario de la ley 443 del mismo año, que reconocían facultad discrecional a la administración para retirar del servicio a los empleados que desempeñaran un cargo de carrera en provisionalidad, fueron derogados implícitamente por los artículos 3º y 41 de la ley 909 de 2005 y el artículo 10º del decreto 1227 del mismo año que la reglamentó, conforme a los cuales tales nombramientos sólo podrán darse por terminados mediante resolución motivada.”

2.- La del Decreto 1572 de 1998 por el artículo 112 del decreto 1227 de 2005.

Y, de una derogatoria tácita y parcial: La del artículo 107 del decreto reglamentario 1950 de 1973, como consecuencia de lo dispuesto en los artículos 41²⁴ de la ley 909 de 2004 y 10 del decreto reglamentario 1227 de 2005.

A juicio de la Sala, en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento²⁵, 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.

²⁴ **ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO.** El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) <Literal INEXEQUIBLE>
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) <Literal CONDICIONALMENTE exequible> Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo INEXEQUIBLE>

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

²⁵ Esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998 y su reglamentación.

Sobre la situación del empleado provisional, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en reciente providencia en la que se expuso detalladamente el marco normativo y conceptual que rige la vinculación al servicio público bajo la modalidad del nombramiento en provisionalidad, así como lo que corresponde al retiro del servicio de esta clase de servidores hasta la expedición de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, resultando ilustrativa para el presente caso, la cita que a continuación se transcribe:

“(…)

DE LA SITUACIÓN DEL EMPLEADO PROVISIONAL

(…)

Es así como en la Carta Política de 1886 inicialmente se consagraron las reglas generales sobre el servicio público, entre las que se hizo alusión a la carrera administrativa, que en los primeros cincuenta años de su vigencia se tornó en una figura extinta, pero que renació con la expedición de la Ley 165 de 1938, en la que se proyectaron los principios fundamentales de mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y el ascenso en la misma. Sin embargo, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968, en tanto que admitió el ingreso automático a la misma, favoreciendo a los empleados que estuvieron desempeñando el empleo de carrera, solo por el hecho de estarlo haciendo al momento de la expedición de la ley; obviando con ello, que uno de los pilares básicos es el mérito que se debe demostrar previo al ingreso en el servicio público, situación que encontró su fin solo hasta el año 1997, con la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional del artículo 22 de la Ley 27 de 1992 en la Sentencia C- 030.

De manera particular y tal como se advirtió en el recuento que reposa en acápites precedentes, fue a partir del Decreto 1732 de 1960, que en forma expresa se contempló la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados provisionales. Aunque esta figura inicialmente se estableció con una duración de 15 días, término que una vez cumplido habilitaba al provisional para separarse del cargo, en tanto que no podía continuar ejerciendo las funciones del empleo, lo cierto es, que con el paso del tiempo adquiriría vocación de permanencia, pues en caso de persistir la ausencia de lista de candidatos elegibles para proveer el cargo, el mismo debía ser provisto en provisionalidad por el nominador.

El artículo 5º del Decreto 2400 de 1968 estableció por primera vez, las clases de nombramiento: el ordinario, en periodo de prueba y el provisional, debiendo tener ocurrencia este último, tal como lo señala su inciso 4º, solo cuando se tratara de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera, con un límite temporal de 4 meses. Por su parte el artículo 26 habilitó la declaratoria de insubsistencia sin motivación alguna, del nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo, no perteneciente a la carrera y el artículo 25, contempló dentro de las causales de retiro del servicio, la insubsistencia del nombramiento; de tal suerte que no asistiéndole derechos de carrera al provisional, es necesario establecer

el alcance de los artículos 25 y 26 del citado Decreto, sobre su desvinculación vía acto discrecional.

Pues bien, observa la Sala que el análisis sistemático de estos preceptos permite deducir la siguiente percepción, que reviste especial importancia para aclarar los nexos entre la cesación definitiva de las funciones de los empleados provisionales y los actos discrecionales de insubsistencia.

En efecto es claro, que por orden legal, la designación del empleado provisional tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado; tal circunstancia en armonía con el inciso 3º del mismo artículo, permite deducir, que dicho nombramiento no tiene el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, no otorga la estabilidad propia del sistema; así las cosas, su desvinculación se producirá dentro de las hipótesis del artículo 25 ibídem, que bien desarrolló el artículo 26, pero con la ambigüedad relacionada a que la insubsistencia es propia de los que no pertenecen a una carrera, esto es, los nombramientos ordinarios o sea los de libre nombramiento y remoción, pues para los de carrera existen los motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios de insatisfactoria.

La manera como quedó redactado el precepto, en principio, no sería extendible a los funcionarios provisionales, pero tampoco estos vínculos generan derecho de estabilidad; de tal suerte, que la ambigüedad se resuelve en la identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, lo cual origina en forma lógica que la cesación definitiva de funciones comporta identidad de dispositivo de los señalados en el artículo 25 literal a), es decir, que el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, pueda y deba hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, pensar lo contrario supone atribuir al nombramiento provisional consecuencias que no tiene, es decir, someterlo al procedimiento del inciso 2º del artículo 26, sin que se comporte hipótesis material, porque el ingreso de estas personas no ocurrió previo un sistema de selección de mérito, lo cual como puede apreciarse, conduce a que la identidad material del ingreso al servicio por nombramiento ordinario comparta analogía real con el ingreso al servicio público por nombramiento en provisionalidad.

Esta identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, encuentra disposición expresa en el Decreto 1950 de 1973, por medio de su artículo 107, que preceptúa que tanto el nombramiento ordinario como el provisional, pueden ser declarados insubsistentes sin motivación de la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que le asiste al Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados.

Tal identidad que comparte el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, en razón de que puede declararse su insubsistencia sin motivación alguna, persiste aún, en razón de que la Carta Política de 1991 en su artículo 125, preceptuó como causales de retiro para los empleados de carrera, no solo la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario, las demás causales previstas en la Constitución, sino también las demás contempladas por **“la ley”**; última parte de la disposición Superior, que

habilita de manera expresa la aplicación de lo prescrito en esta particular materia de tiempo atrás, por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

El empleado provisional seguía teniendo vocación de permanencia al interior del servicio público y no era de otra manera cuando la Ley 61 de 1987, con la estipulación de las excepciones al término de 4 meses de duración de la figura, habilitó tres posibilidades de ocupar un cargo en provisionalidad: la ordinaria ante la carencia de lista de elegibles, la del que ocupaba el cargo del empleado a quien se le otorgó comisión de estudios y la de quien laboraba en el cargo que fue prorrogado por solicitud de la entidad interesada debidamente motivada.

El nombramiento provisional, con las Leyes 27 de 1992 y Decretos Reglamentarios y con la Ley 443 de 1998, pasó a convertirse en figura suplente del encargo, que se constituyó en el derecho preferencial de los empleados escalafonados para ocupar los cargos de carrera; de suerte que, la provisionalidad en virtud de la segunda Ley, admitió varias excepciones a su temporalidad de 4 meses, aunque en el Parágrafo de su artículo 8º, expresamente contempló la imposibilidad de la prórroga de dicho término al igual que el impedimento para proveer nuevamente el empleo a través de dicho mecanismo.

Las causales de pérdida de los derechos de carrera, en tanto que siguen siendo las mismas que se dispusieron en la normativa que le precede a estas Leyes, permiten sin lugar a dudas afirmar la vigencia de los artículos 5º, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968 y del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

El Decreto 1572 de 1998 en su artículo 7º, continuando con el lineamiento expuesto en la normativa que le antecedió; expresamente habilitó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del empleado provisional, a través de acto expedido por el nominador, es más, facultó a este para darlo por terminado mediante resolución, en cualquier momento antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga...

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004, cuando establece que las clases de nombramiento son ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal; con lo que se torna aun más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005, varía la situación, pero solo cuando se da por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, evento en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

De todo lo anterior emerge con claridad, que *in factum* no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un

fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación *in absurdo*, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen. (...).”.

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 párrafo 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, esto es, 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**²⁶, 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 párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual

²⁶ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos²⁷ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, 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 (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado.

iv) ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

HECHOS PROBADOS

1. Mediante Resolución No. 0437 de 29 de agosto de 2003 el Gerente General del INCODER nombró en provisionalidad a la señora María Stella Albornoz Miranda, en el cargo de carrera administrativa denominado Profesional Especializado, código 3010, grado 19, de la planta global de la entidad demanda (fl. 8).
2. La actora se posesionó en dicho cargo, según consta en Acta No. 0221 de 1º de septiembre de 2003 (fl. 72).
3. Por medio de la Resolución No. 01589 del 29 de septiembre de 2004, acto administrativo demandado, fue declarado insubsistente el nombramiento provisional de la señora María Stella Albornoz Miranda en el cargo denominado Profesional Especializado, código 3010, grado 19 del INCODER (fl. 2).

²⁷ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

La decisión anterior fue comunicada mediante oficio No. 20042126239 del 29 de septiembre de 2004 (fl. 3).

4. De folios 4 a 7 del expediente obra una constancia expedida por el Coordinador de Grupo de Gestión Talento Humano del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, sobre las funciones desempeñadas por la señora Maria Stella Albornoz Miranda en el cargo de Profesional Especializado, código 3010, grado 19 en la Subgerencia de Infraestructura, con sede en Bogotá.
5. Mediante constancia expedida por el Gerente General del INCODER, adjunta a la hoja del vida de la demandante, se señala que “...*por necesidades del servicio y en aras del mejoramiento del mismo, se hace necesario retirar del cargo a la funcionaria MARÍA STELLA ALBORNOZ MIRANDA...*” (fl. 86).
6. En la declaración rendida por el testigo LUIS ORTIZ LÓPEZ, en diligencia practicada el 30 de agosto de 2005 (fls. 37 a 39), el deponente refiere que conoce las razones “de tipo general” que dieron lugar a las insubsistencias de servidores públicos nombrados en provisionalidad en el INCODER, entre las cuales se encuentra la de la necesidad de incorporar personas que pertenecían a la carrera administrativa en distintos establecimientos públicos del orden nacional que fueron liquidados. Además, describe algunas razones del servicio que a su juicio no mostraban el mejor desempeño en las gestiones encomendadas a la actora.

DE LA SOLUCIÓN AL CASO

En el caso concreto se tiene que, el acto administrativo de retiro del servicio de la demandante, quien ocupaba un cargo de carrera administrativa a la fecha en la que se produjo el retiro (art. 5 Ley 909 de 2004 y así lo acepta la entidad demandada en el escrito de contestación fl. 22), fue expedido en vigencia de la Ley 909 de 2004 (publicada en el Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004), razón por la cual dicha decisión debió ajustarse a lo previsto en el párrafo 2º del artículo 41 ídem, esto es, el acto administrativo debió motivarse.

Como lo expresó la Sala en acápites que anteceden, la competencia para el retiro de los empleos de carrera, como el de Profesional Especializado, código 3010, grado 19, de la planta global de cargos del Instituto Colombiano de Desarrollo

Rural, INCODER, es una competencia reglada, lo que quiere decir que, sólo procede por las causales consagradas en la Constitución Política y la Ley (art. 41, párrafo 2º ídem) y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado. A la luz de la Ley 909 de 2004, la motivación del acto es requisito de su esencia, en tratándose de actos que dispongan el retiro del servicio de los empleos de carrera, incluidos aquellos ocupados por empleados nombrados en provisionalidad aún antes de entrar en vigencia dicha normatividad, de tal manera que la falta de este requisito constituye causal suficiente para invalidar la decisión administrativa.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la nulidad de la Resolución No. 01589 del 29 de septiembre de 2004 expedida por el Gerente General del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, por falta de motivación.

DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En punto del restablecimiento del derecho la Sala debe precisar que, en lo que toca con el reintegro al cargo, éste es procedente sólo y en las mismas condiciones en que se encontraba la actora al momento de su retiro del servicio, esto es, en provisionalidad, la cual, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005²⁸, no podrá exceder de 6 meses, con la posibilidad de prórroga en los términos señalados en la misma disposición.

La demandante ocupaba un cargo en provisionalidad respecto del cual no demostró derechos de carrera administrativa que la legitimen para ocupar en propiedad un cargo igual o similar en la entidad.

²⁸ **PARÁGRAFO TRANSITORIO.** <Parágrafo modificado por el artículo 1 del Decreto 4968 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada. El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, el 8 de febrero de 2007, dentro del proceso iniciado por la señora MARIA STELLA ALBORNOZ MIRANDA, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

En su lugar, se dispone:

1.- DECLÁRASE la nulidad la Resolución No. 01589 del 29 de septiembre de 2004, por medio de la cual el Gerente General del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – INCODER, declaró insubsistente el nombramiento de la demandante, quien ocupaba un cargo de carrera administrativa en provisionalidad.

2.- Como consecuencia de lo anterior, **CONDÉNASE** a la entidad demandada a reincorporar a la actora, sin solución de continuidad para todos los efectos legales y en condición de provisionalidad, al mismo cargo que ocupaba al momento del retiro del servicio o a uno similar o equivalente teniendo en cuenta lo señalado en la parte motiva de esta providencia. El reintegro al cargo deberá serlo en provisionalidad, y el mismo no podrá exceder de 6 meses, con la posibilidad de prórroga en los términos señalados en el párrafo transitorio del artículo 8 del Decreto 1227 de 2005.

3.- ORDÉNASE al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, pagarle a la actora los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde el 30 de septiembre de 2004 hasta la fecha en que se produzca su reintegro efectivo al cargo en las condiciones descritas en la parte motiva de esta providencia.

Al liquidar las sumas dinerarias en favor de la demandante, los valores serán ajustados en los términos del artículo 178 del C.C.A., utilizando la siguiente fórmula:

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

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a lo dejado de percibir, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria esta sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el último inciso del artículo 177 del C.C.A., adicionado por el artículo 60 de la Ley 446 de 1998.

4.- DÉSE aplicación a los artículos 176 y 177 del C.C.A.

5. Se reconoce personería jurídica al abogado John Lincoln Cortés para actuar en representación de la entidad demandada, en los términos y para los efectos del poder conferido visible a folio 184 del cuaderno principal.

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

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

**GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN
PAEZ**

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO