

NIVEL DE ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE
OCUPAN CARGOS EN PROVISIONALIDAD DE CONFORMIDAD CON LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE
ESTADO

JOHN ERIK GOMAJOA ENRIQUEZ

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2009

NIVEL DE ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE
OCUPAN CARGOS EN PROVISIONALIDAD DE CONFORMIDAD CON LA
JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y EL CONSEJO DE
ESTADO

JOHN ERIK GOMAJOA ENRIQUEZ

Trabajo de grado para optar el título de
Especialista en Derecho Administrativo

Asesor de Investigación:
MONICA HIDALGO OVIEDO
Abogada Especialista en Derecho Laboral y Constitucional.

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
2009

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado son de responsabilidad exclusiva de su autor”.

Artículo 1° del acuerdo N° 324 de Octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

Nota de aceptación

Isabel Goyes Moreno

Juan Carlos Laso

San Juan de Pasto, 10 de febrero de 2009.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	10
1. PRECEDENTE JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS QUE OCUPAN CARGOS EN PROVISIONALIDAD	12
2. PRECEDENTE JUDICIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS QUE OCUPAN CARGOS EN PROVISIONALIDAD	64
3. CONCLUSIONES	100
BIBLIOGRAFIA	105

LISTA DE CUADROS

	Pág.
Cuadro 1. Línea Corte Constitucional	61
Cuadro 2. Línea Consejo de Estado	96

GLOSARIO

DECISUM: o parte resolutive, debe ser entendido como la solución concreta a un caso de estudio.

ESTABILIDAD: es 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.

JURISPRUDENCIA: conjunto de sentencias proferidas por los jueces en el cual se analiza, estudia e interpreta un punto de derecho que constituirá un antecedente interpretativo para otros casos en el futuro.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL: es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional.

MOTIVACIÓN: es la explicitación de los motivos, es decir de las razones de hecho y de derecho que rodean la expedición de un acto administrativo.

PRECEDENTE JUDICIAL: es aquel conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver, que necesariamente un juez o una autoridad determinada debe considerar al momento de dictar un fallo.

RATIO DECIDENDI: corresponde a aquellas razones de la parte motiva de la sentencia que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón determinante por la cual se decidió en un sentido, y no en otro diferente, en la parte resolutive.

SENTENCIA FUNDACIONAL: es un fallo usualmente proferido en el período inicial de actividad de las Cortes.

SENTENCIA HITO: providencia que tiene un peso estructural fundamental dentro de una línea jurisprudencial.

SERVIDOR PÚBLICO EN PROVISIONALIDAD: son aquellos que ocupan cargos de carrera de manera transitoria, debido a la vacancia de un empleo de carrera por no haberse llevado a cabo el respectivo concurso.

ABSTRACT

The present work realizes a study of the jurisprudence in the matter of labor stability of the servants public in provisional state, which is dedicated to make a temporary and structural analysis of the sentences proofreads by the Constitutional Court like by the Council of State.

This systematic study, allows to observe the prevailing judicial precedent in sequence to determine the class of labor stability that is preached in this type of servants public.

The divided work this essentially in two parts, first undertakes the study of the sentences sent by the Constitutional Court, in which the judicial precedent of labor relative stability of the servants settles down public who are in provisional state, demanding itself the motivation of the administrative acts of separation of the service, which despite has generated different classes of protection of trusteeship as far as the restoration possibility from the position which they came carrying out.

In second part, studies precedent judicial of Advice of state, that indicates the lack of labor stability of the civil servants who carry out positions of race in provisional state, to be within the orbit of discretion of the nominator, which generates that the motivation of the act of insubsistencia declaration is not demanded.

At the end of the work it would be left in clear that the prevailing present position is the one of the Constitutional Court, because this Corporation has established obedience to the ratio decidendi of the trusteeships, under pain to incur a route in fact if does not know on the part of the judges these lineaments of obligatory character.

WORDSKEY: provisional state, stability, judicial precedent, motivation.

RESUMEN

El presente trabajo realiza un estudio de la jurisprudencia en materia de estabilidad laboral de los servidores públicos en provisionalidad, el cual se dedica a hacer un análisis temporal y estructural de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado.

Este estudio sistemático, permite observar el precedente judicial imperante en orden a determinar la clase de estabilidad laboral que se predica en este tipo de servidores públicos.

El trabajo esta dividido esencialmente en dos partes, la primera aborda el estudio de las sentencias expedidas por la Corte Constitucional, en la cual se establece el precedente judicial de estabilidad relativa laboral de los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad, exigiéndose la motivación de los actos administrativos de desvinculación del servicio, lo cual no obstante ha generado diferentes clases de protección de tutela en cuanto a la posibilidad de reintegro al cargo que venían desempeñando.

En la segunda parte, se estudia el precedente judicial del Consejo de Estado, que señala la falta de estabilidad laboral de los funcionarios que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad, por encontrarse dentro de la órbita de discrecionalidad del nominador, lo cual genera que no se exija la motivación del acto de declaración de insubsistencia.

Al final del trabajo se dejará en claro que la posición actual imperante es la de la Corte Constitucional, debido a que esta Corporación ha establecido la obediencia a la ratio decidendi de las tutelas, so pena de incurrir en una vía de hecho si se desconoce por parte de los jueces estos lineamientos de carácter obligatorio.

PALABRAS CLAVE: provisionalidad, estabilidad, precedente judicial, motivación.

INTRODUCCIÓN

Existen varias situaciones administrativas en las que se puede ejercer un cargo de carrera administrativa; una de ellas es estar en servicio activo a través de nombramiento en provisionalidad, a la cual ha acudido la administración pública, con la clara finalidad de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y se ha constituido en un mecanismo para facilitar la provisión de los empleos públicos de manera transitoria, mientras se convocan los concursos de méritos correspondientes para acceder a los cargos de carrera y permanecer en ellos, siempre y cuando se cumplan los requisitos que para el efecto establezca la ley.

En cuanto a su permanencia se ha establecido su relación con el principio de la estabilidad, que tiene un doble fin, por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, que busca además de una remuneración, una posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad.

Para nuestro caso, el interés radica en el estudio de los dos supuestos mencionados, servidores públicos en provisionalidad y su estabilidad, por lo que en el presente trabajo de grado se ha propuesto la elaboración de una línea jurisprudencial, dirigida a realizar una aproximación en el tema de la estabilidad laboral de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, teniendo en cuenta para ello los múltiples pronunciamientos judiciales que se ha hecho al respecto por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, lo cual permitirá encontrar la construcción de una teoría estructural enfocada a desentrañar la regla jurisprudencial actualmente imperante dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente.

El análisis de la jurisprudencia de los diez últimos años, de 1998 al año 2008, permite observar que en Colombia se ha generado un interesante debate con posiciones divergentes en torno a la estabilidad laboral de los servidores públicos nombrados en provisionalidad.

El trabajo está dividido esencialmente en dos partes, la primera aborda el estudio de las sentencias expedidas por la Corte Constitucional, que abarca sentencias de tutela, de constitucionalidad y de unificación, la cual se dedica a establecer el precedente judicial de estabilidad laboral de los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad, como a indicar las clases de protección que se ha señalado en orden a establecer la protección por vía de tutela de los derechos afectados a los accionantes. En la segunda parte, se estudia el precedente judicial del Consejo de Estado, que comprende fallos de segunda instancia referidos a procesos iniciados por acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, y a un

fallo de tutela. Al final del trabajo se deja en claro la posición actual imperante, que servirá para observar las posibles herramientas que se podrá utilizar para hacer prevalecer la ratio decidendi de los fallos de tutela que se ha esgrimido respecto al tema.

Este estudio sin duda constituye una contribución al campo del derecho administrativo en el sentido que la construcción del presente precedente judicial significa una ayuda conceptual y práctica para los estudiosos del tema, como estudiantes, abogados litigantes, asesores, académicos y público en general, que les dará unas herramientas para abordar las problemáticas que se le presenten en la sociedad y en el mundo jurídico en el que se desenvuelven, además representa una invitación a seguir explorando sobre el tema, para mirar cual será la tesis que tomarán las Altas Cortes del año 2009 en adelante.

1. PRECEDENTE JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS QUE OCUPAN CARGOS EN PROVISIONALIDAD

La construcción por parte de la Corte Constitucional de un precedente judicial en materia de la estabilidad laboral de los servidores públicos en provisionalidad se comienza a elaborar a partir del año de mil novecientos noventa y ocho (1998) con una sentencia de unificación, la **providencia SU-250 de 1998, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero**, en donde se estudia la carrera notarial y los nombramientos en interinidad.

En el caso concreto la acción de tutela fue instaurada por la señora Margarita María Duque de Valencia en contra de la Presidencia de la República y el Ministerio de Justicia y del Derecho, en la cual la actora solicita el reintegro al cargo de Notaria 25 de Medellín. La señora Duque había sido nombrada el 3 de septiembre de 1993 como notaria, entrando a desempeñar el cargo el día 30 de noviembre del mismo año, sin embargo el nombramiento se realizaba hasta tanto se provea el cargo en propiedad mediante la modalidad de concurso. No obstante, se aduce, que el último concurso de notarios fue efectuado el 24 de febrero de 1986.

La Corte al entrar a estudiar el asunto sostiene que, la tutela no puede llegar hasta el extremo de ser el instrumento para garantizar el reintegro de todas las personas retiradas de un cargo, solamente puede darse cuando se presente una debilidad manifiesta; en tal sentido, presenta una clasificación de la estabilidad laboral, afirmando que se puede presentar una estabilidad impropia, como en el pago de una indemnización, una estabilidad precaria, presentada en el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad, y una estabilidad absoluta, fruto de un reintegro derivado de considerar nulo un despido. Por ende, señala el Alto Tribunal que no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta. En efecto, si bien, conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, establece que existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos es dable hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, como sucede, por ejemplo, en las mujeres en embarazo, trabajadores aforados y los minusválidos o personas con un especial cuidado.

En el caso de los notarios, así sea en interinidad, aquellos gozan de una expectativa, y solo podrán ser desvinculados, si no cumplen con sus deberes y cuando la designación se haga por concurso; pero tampoco se puede ir al otro

extremo de considerar que automáticamente todos los Notarios son inamovibles. Por ello, es dable afirmar que:

Respecto a todos los Notarios interinos, bien sea que hayan sido nombrados antes o después de la Constitución de 1991, el derecho a permanencia se expresa en lo siguiente: como según el artículo 53 de la C.P. debe haber estabilidad en el empleo, ésta solo se puede afectar por motivos de interés general, luego tales motivos deben estar explicitados en el acto de desvinculación; además, la permanencia de Notario parte del presupuesto de que si cumple con sus deberes tiene un grado de confianza que le permite no ser retirado del servicio. Por supuesto que, una vez hecho el concurso, se procederá a nombrar a quien lo gane¹.

Por otro lado, es importante tener en cuenta que para la Corte necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos que no son de libre nombramiento y remoción; salvo los empleados que tienen el estatuto de libre nombramiento y remoción. Si el nominador retira a un Notario interino, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe manifestar las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro.

Por ello, el decreto por medio del cual se retiró del servicio a la doctora Duque al no tener las características de publicidad, exigiéndose motivación, no solamente formal sino material, viola el derecho al debido proceso, luego la tutela prospera únicamente por este aspecto.

En contraposición al fallo, el **Magistrado Fabio Morón Díaz y la Conjuez Susana Montes de Echeverri en salvamento de voto a la Sentencia SU-250/98**, arguyen que existen situaciones laborales, que son eminentemente transitorias y precarias, y que, por lo mismo no generan ni pueden generar ningún tipo de estabilidad, como es el caso de los notarios que deben ser designados libremente con carácter de interinidad, quienes no han concursado, ni han obtenido derecho alguno a estabilidad. Se expresó al respecto que:

El hecho o circunstancia de que el Congreso Nacional no haya expedido, con posterioridad a la Constitución de 1991, una ley especial que reglamente los concursos a que deben someterse los aspirantes a ingresar a la carrera del Notariado, no puede significar ni traducirse en un derecho de estabilidad en el empleo para quienes ingresen o hayan ingresado en calidad de interinos: su condición eminentemente transitoria y, por lo mismo, precaria no puede transformarse para generar un derecho de permanencia en el cargo².

¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

² Salvamento de Voto a la Sentencia SU-250 de 1998. Mg. Fabio Morón Díaz y Conjuez Susana Montes de Echeverri.

Posteriormente se dicta la **sentencia T-576 de 1998, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero**, en la cual se hace una reiteración de Jurisprudencia sobre el retiro de notarios, teniendo como precedente jurisprudencial la sentencia SU-250 de 1998.

La acción de tutela fue instaurada por el señor Francisco Enrique Villamil Navarro contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho y contra el Notario 13 de Santafé de Bogotá, doctor Roberto Martínez Rubio. El actor había sido designado en interinidad para desempeñar el cargo de Notario Trece del Circuito de Santafé de Bogotá, hasta tanto se provea el cargo en propiedad mediante concurso. Posteriormente mediante decreto 277 de 11 de febrero de 1998 se retiró del servicio al doctor Villamil Navarro.

El fallo reitera que un retiro del servicio no implica la prosperidad de la tutela, porque si ello fuera así prosperaría la acción en todos los casos en que un servidor público es desligado del servicio, solamente procederá la acción en determinados casos, como el de encontrarse la persona en debilidad manifiesta o una mujer en estado de embarazo.

Se repite que es la jurisdicción contencioso administrativa la que debe definir lo referente al retiro, mediante acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que, la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un funcionario que se encuentre en provisionalidad constituye violación al debido proceso.

En estos primeros fallos se puede apreciar un desconocimiento a los postulados constitucionales en materia de estabilidad, pues resulta que para la Corte Constitucional la provisionalidad o la interinidad no generan de por sí un derecho a la estabilidad, lo cual implica una transferencia del estudio de este principio Constitucional a la jurisdicción contenciosa administrativa.

En el mismo año, en **sentencia T-800 de 1998, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa**, la señora Gloria Amparo Gallego Román, ocupaba en provisionalidad el cargo de Auxiliar de Enfermería en el Hospital San Roque del municipio de Pradera. Posteriormente, el director del hospital le hizo llegar a la señora Gallego la resolución mediante la cual su nombramiento era declarado insubsistente.

Para resolver el asunto la Corte Constitucional precisa que:

Los que ocupan cargos de carrera administrativa, por haberse vinculado mediante calificación de méritos, tienen una estabilidad laboral mayor que la de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción; ésta se traduce en la imposibilidad que tiene el ente nominador de desvincularlos por razones distintas a las taxativamente previstas en la Constitución y la Ley.

En cambio, la estabilidad de los servidores que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción es, por así decirlo, más débil, ya que pueden ser separados del mismo por voluntad discrecional del nominador, según lo exijan las circunstancias propias del servicio. Aunque a la luz de la Constitución y la jurisprudencia, se trata de un régimen excepcional, debido al grado de flexibilidad y a la preeminencia del factor discrecional que reposa en cabeza del nominador, el régimen legal tiene previsto un control judicial de los actos de desvinculación para evitar posibles abusos de autoridad.

No obstante, cabe aclarar que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.

Adicional al hecho de que es legítimo separar a un funcionario público de su cargo por razones del servicio, el derecho a permanecer en un puesto determinado, a estar vinculado a cierta institución o a ejercer la actividad laboral en un sitio específico, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino prerrogativas derivadas del derecho al trabajo que, en principio, no son amparables por vía de tutela³.

Así, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, por ello, el nominador no puede desvincular al empleado de la misma manera y con la discrecionalidad con que puede hacerlo con los de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.

No obstante, reiteró la Corte en esta providencia judicial, que el derecho a permanecer en un cargo determinado no es un derecho fundamental, pero que podía llegar a ser protegido por vía de tutela de manera transitoria, si logra demostrarse que por su vulneración se atentaba contra el núcleo esencial de un derecho fundamental.

En el asunto bajo estudio, el derecho de la demandante a la estabilidad laboral, representado en el hecho de que no puede ser desvinculada del cargo mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos, sí podría llegar a atentar contra derechos fundamentales, puesto que la peticionaría demuestra ser madre soltera y que debía atender el cuidado de su hijo menor de dos años y medio, quien por una afección respiratoria debía estar sometido a un tratamiento médico constante y no tenía vivienda propia. Por lo cual, la eventual pérdida del trabajo por parte de la demandante y su consiguiente vacancia, la enfrentaría a un perjuicio irremediable. En estas condiciones, la acción de tutela se erige como el mecanismo provisional idóneo para preservar, por un lado, el derecho al trabajo de la tutelante, y por el otro, el derecho a la salud y a la vida de su hijo, en virtud de la protección especial que la Carta Política reserva para los niños, para las madres cabeza de familia y para aquellos

³ Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 1998. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

individuos que por razones económicas, entre otras, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta.

De esta manera, se otorgó la tutela como mecanismo transitorio mientras la jurisdicción contencioso administrativa resuelva sobre la legalidad del acto administrativo y los posibles perjuicios ocasionados.

De este fallo se desprende en primer lugar que la Administración estará habilitada para separar a sus funcionarios de acuerdo con los preceptos normativos y previa motivación justificada; en segundo lugar que, el derecho a permanecer en un cargo no es un derecho fundamental, por lo que no puede ser amparado, en principio, por vía de tutela; no obstante, la Corte ha establecido que la protección ofrecida por la acción de tutela es viable, si logra demostrarse de manera particular, que la afectación de un derecho sin rango fundamental afecta a uno que sí lo tiene.

En el año de 1999 es importante resaltar la **sentencia C-371 de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo**, en donde el Alto Tribunal Constitucional establece la inviabilidad de proferir actos administrativos sin motivación alguna.

Si en el Estado Social de Derecho ningún funcionario puede actuar por fuera de la competencia que le fija con antelación el ordenamiento jurídico, ni es admisible tampoco que quien ejerce autoridad exceda los términos de las precisas funciones que le corresponden, ni que omita el cumplimiento de los deberes que en su condición de tal le han sido constitucional o legalmente asignados (arts. 122,123, 124 y 209 C.P. entre otros)....., todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema a señalado con antelación, es apenas consecuencia que lógica la de que este obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones⁴.

En el año inmediatamente siguiente se profiere la **sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Meza**. En este evento, el ciudadano Alexander Díaz Umaña, en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad demandó la inexecuibilidad de la expresión “sin motivar la providencia” contenida en el inciso primero del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración de personal civil y se dictan otras disposiciones. El artículo dispuso 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”*.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 1999. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

La Corte Constitucional recurriendo a la Sentencia SU-250 de 1998, destacó en cuanto a la motivación de los actos administrativos que es una garantía en contra de la arbitrariedad, especialmente cuando de actos discrecionales se trata, erigiéndose tal aspecto en la mejor garantía para distinguir lo discrecional de lo arbitrario. No obstante lo anterior, reconoce que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, entre la cual se encuentran los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, excepción que encuentra su soporte en normas superiores, situación que es diferente en los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en uno de los empleos en que necesariamente debe haber motivación para su retiro.

En relación con la garantía de estabilidad laboral, entendida como la certidumbre de permanecer en su empleo mientras haya observancia de las condiciones establecidas en la ley en relación con su desempeño, adujo que aquella también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, pero indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores no contraría la Constitución, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador, pero es plena para los empleos de carrera.

Así, visto que por la distinta naturaleza de los cargos que ocupan los servidores públicos de carrera administrativa y los de libre nombramiento y remoción, la estabilidad laboral de que gozan unos y otros no es idéntica, se entiende entonces que la diferencia de tratamiento que ello implica no desconoce el principio de igualdad, pues como innumerables veces lo ha dicho la Corte, este principio admite la diferencia de trato ante situaciones desiguales.

(...)

En lo que se refiere a la desvinculación de los servidores del Estado, es evidente que la situación en que se encuentran los de carrera administrativa no es igual a la de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, pues en éstos últimos, como se dijo, debe hallarse presente un grado de confianza que no se requiere en aquellos. La finalidad que se persigue con la autorización de removerlos libremente, es razonable, pues consiste en asegurar la permanencia de esta confianza que supone el ejercicio del cargo, circunstancia que se encuentra avalada por la propia Constitución, que expresamente autoriza la existencia de esta clase de vinculación⁵.

De esta manera, se declara la exequibilidad de la disposición acusada, dado que, no sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción no se opone a la Constitución, además no hay excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Meza.

En el 2001, en la **sentencia T-1241 de 2001, con M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa**, el señor Pedro Augusto Morales Granados, la señora Clara Inés Ortiz Rivera, entre otros actores, instauran acción de tutela en contra de la Corporación Autónoma Regional (CAR) y de la Secretaría de Gobierno de Bogotá, solicitando a través de acción de tutela se ordene su nombramiento, tanto los que fueron nombrados en provisionalidad, como aquellos que aún no han sido objeto de ningún nombramiento, piden ser nombrados en período de prueba y así, ingresar a la carrera administrativa.

En el presente caso se identifican varios tipos de situaciones, entre los que la Corte analiza el caso de la señora Clara Ortiz Rivera; en este caso, la aspirante aprobó todas las etapas de la evaluación y ocupó el primer lugar entre los concursantes; el cargo que pretendía proveerse con la convocatoria no se encontraba vacante y la persona que ocupaba su lugar no participó en el concurso y fue nombrada en provisionalidad.

Se señala que la actora tiene un derecho subjetivo que debe ser protegido y un mejor derecho que la persona nombrada en provisionalidad. Por lo tanto, se concluye que una vez se conforme la lista de elegibles, se debe proceder a su nombramiento en período de prueba en el cargo para el cual concursó.

No desconoce la Corte que Nayibe Elvira Everstsz Llanos ocupa el cargo en provisionalidad desde el 7 de enero de 1998, razón por la cual se hace necesario analizar si el nombramiento en período de prueba de la actora y, por lo tanto, el desplazamiento de quien ocupa hoy provisionalmente ese cargo, podría vulnerar la estabilidad laboral o la confianza legítima. Encuentra la Corte que un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria, circunstancia que es conocida por quien es nombrado en esas condiciones. Tampoco considera la Corte que se haya vulnerado la confianza legítima, pues ésta depende de que de los hechos surgiera una expectativa legítima y cierta de conservar el cargo para quien es nombrado en provisionalidad. Estas dos circunstancias se evidencian en el caso de Nayibe Everstsz, tanto por la resolución que emitió la administración para su nombramiento en provisionalidad, como del hecho de su participación en el concurso de méritos para proveer el cargo que ocupaba provisionalmente y de la calificación obtenida en los exámenes previstos en el concurso, los cuales reprobó⁶.

En este criterio de la Corte se subraya que un nombramiento en provisionalidad, así sea por un período largo de tiempo no genera expectativas de estabilidad laboral, pues considera que por su naturaleza se trata de nombramientos de estabilidad precaria, situación en la que tiene prelación el empleado que se vincula a través de concurso de méritos.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-1241 de 2001, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

En el año de 2002, con **sentencia C-793/02, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño**, el ciudadano Jorge Humberto Valero Rodríguez presenta demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 18 (parcial) y 38 (parcial) de la ley 715 de 2001. El artículo 38, se refiere a la vinculación provisional durante el año 2002 de los docentes de las entidades territoriales que cumplan los requisitos del cargo y atiendan las condiciones temporales de vinculación allí previstas.

Al realizar el estudio correspondiente en relación con los nombramientos provisionales, la Corte Constitucional señala que aquella se caracteriza por dos aspectos complementarios, de un lado, su temporalidad, a fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera administrativa se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, de manera tal, que el concurso de méritos, sea el instrumento idóneo para la provisión de los cargos públicos; de otro lado, reconoce una estabilidad relativa en el empleo a los empleados provisionales, mientras se provee el cargo por concurso.

Puesto que la estabilidad laboral de un empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de encontrarse en provisionalidad, de tal suerte que un empleado provisional no puede asimilarse, para efectos de su retiro del servicio, a un empleado de libre nombramiento y remoción, dado que es la naturaleza del empleo y el tipo de funciones que desempeñan sus titulares las que se aplican para diferenciar los empleos públicos⁷.

Estas medidas apuntan a evitar provisionalidades que injustificadamente se renueven periódica y cíclicamente, e incentivan a la administración para que provea por concurso de méritos los empleos de carrera tal como lo exige el artículo 125 de la Constitución.

En fin, la Corte concluye que la vinculación provisional de docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos, no corresponde al período lectivo 2002 sino que, por mandato del artículo 125 de la Constitución, ella deberá mantenerse hasta tanto se provean por concurso de méritos los respectivos empleos de carrera, por lo tanto, la exigencia temporal que contempla el inciso cuarto del artículo 38 y referente a la renovación de los contratos “a más tardar el 1º de febrero de 2002”, resulta inconstitucional.

Mediante **sentencia T-884 de 2002, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández**, la señora Clara Aurora Maya Gómez impetró acción de tutela como mecanismo transitorio, con el fin de que se revoque o se deje sin efectos la Resolución No. 0180 de 4 de febrero de 2002, mediante la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Profesional Universitario

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-793/02, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Grado I, y en consecuencia, se ordenara su reintegro a dicho cargo mientras se convocara el concurso de méritos para proveerlo, protegiéndole de ese modo su derecho a la vivienda digna de sus dos hijos menores, entre otros.

La Sala en esta providencia sigue el precedente establecido en la sentencia T-800 de 1998, considerando que:

Mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos y se provea el cargo mediante tal sistema, un empleado que ocupe en forma provisional un cargo de carrera no puede ser separado del mismo en tanto ese hecho pueda atentar contra derechos fundamentales de la persona, como también compagina con el pensamiento de la Corporación en cuanto a que la estabilidad laboral, que si bien en si misma no es un derecho fundamental, no se reduce por el solo hecho de que el empleado ocupe el cargo en provisionalidad⁸.

En cuanto a la no motivación del acto de declaratoria de insubsistencia del cargo y especialmente en cuanto a la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre este tema, la Corte afirma que la acción de tutela se encamina a determinar si existió la violación o amenaza de uno o más derechos fundamentales consagrados en la Carta, derivada de la expedición del acto administrativo que declaró insubsistente un nombramiento, puesto que al juez de tutela le resulta indispensable determinar las circunstancias en que su suscitó esa provisionalidad, el eventual desconocimiento a lo dispuesto por la ley para proveer el cargo de carrera mediante concurso de méritos y si existió o no una justa causa para el retiro, pues sólo así habrá de establecer si se quebrantó o no algún derecho fundamental, por tal razón lo expresado no se contrapone a lo establecido por el Consejo de Estado en sus providencias.

En el caso concreto, la accionante ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad cuyo nombramiento no podía exceder de seis meses y la entidad estaba obligada a proveer el cargo mediante proceso de selección, y por razones ajenas a la accionante, no lo hizo, además no se le adelantó proceso disciplinario alguno que sirviera de apoyo para declarar insubsistente su nombramiento, además la pérdida del empleo por parte de la actora pone en peligro su propio mínimo vital y el de sus dos hijos menores, en la medida de que con su salario respondía por obligaciones tales como el crédito que adquirió para la consecución de su vivienda, por tal razón la Corte concede el amparo solicitado.

Esta providencia es importante en cuanto a que la Corte Constitucional confronta por primera su jurisprudencia frente a la del Consejo de Estado, estableciendo que no se presenta ninguna clase de discrepancia, dado que la labor del juez de tutela no se orienta a establecer la legalidad de la declaratoria de insubsistencia de un

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-884 de 2002, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

trabajador en provisionalidad, sino que se enfoca en determinar si con aquella medida se violan derechos fundamentales. En cuanto a la mencionada estabilidad no existe concordancia puesto que por parte del Consejo de Estado se establece que esta clase de empleados no revisten ninguna clase de estabilidad laboral.

Ya en el año 2003, en **sentencia T-610 de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**, se establece que la actora fue vinculada provisionalmente al Hospital Departamental de Nariño en el cargo de profesional universitaria, posteriormente mediante acto administrativo fue declarado insubsistente su nombramiento, sin motivación alguna. La accionante se encontraba en periodo de lactancia.

Recurriendo a la sentencia SU-250 de 1998, la Corte Constitucional pone de presente la necesidad de motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia del nombramiento de estos funcionarios, dado que se encuentra circunscrita a evitar la arbitrariedad de la administración en sus decisiones; radicando su importancia en que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo.

Así, la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, pues la motivación se consagra como una garantía a favor del administrado para evitar la violación al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Establece adicionalmente que no puede confundirse el derecho al disfrute de la hora de lactancia con la protección legal a la maternidad y lactancia que se encuentra establecida únicamente durante el período de embarazo o dentro de los tres meses siguientes al parto. En el caso concreto, la desvinculación de la actora no se encontraba inmersa en la protección que tiene la mujer embarazada, dado que simplemente estaba disfrutando del permiso concedido por el empleador para ausentarse de su trabajo durante una hora diaria, por ello no se encontró vulneración de derecho fundamental alguno.

El simple retiro de la demandante no puede considerarse como una vulneración de sus derechos fundamentales. Recuérdese que lo que ha protegido esta Corporación en casos de interinidad, no es la permanencia del empleado al cargo que se debe proveer por concurso, sino el debido proceso, es decir, si la decisión de retirarlo debe ser motivada o no⁹.

En este caso, la Corte revoca la decisión proferida por el Juez Segundo de Menores del Circuito de Pasto y ordena al Gerente de la entidad demandada que explique las razones por las cuales se desvinculó a la actora, a través de un acto

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

administrativo motivado, a fin de que ella pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativo.

Mediante **sentencia T-752 de 2003, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández**, la señora Betty Gómez Figueredo presenta acción de tutela contra el Club Militar de Oficiales de Bogotá por considerar que se le ha vulnerado sus derechos al trabajo y al mínimo vital, al haber expedido la resolución 1464 del 10 de octubre de 2002 que declara insubsistente su nombramiento.

Considera la Corporación que la falta de motivación de la decisión de desvincular a una persona que esté ocupando un cargo en provisionalidad constituye una violación del derecho al debido proceso, dado que para declarar la insubsistencia del empleado público que esté ocupando un cargo de carrera la Administración debe motivar su decisión a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de la persona a quien se pretende desvincular del servicio público.

Ahora bien, la Corte ha considerado que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar¹⁰.

Se indica que si bien el retiro o la desvinculación de una persona de su cargo no representan, por sí sólo, una vulneración a sus derechos fundamentales, excepcionalmente, procede la acción de tutela, en los casos en que el acto administrativo de insubsistencia afecte derechos de rango fundamental y amenace un perjuicio irremediable.

La Corte concluye que se vulneró el derecho al debido proceso, adicionalmente, se probó que efectivamente la actora es madre cabeza de familia y que tiene un hijo de nueve años de edad que depende exclusivamente de aquélla, afectando notablemente el mínimo vital de ella y de su hijo. La Sala considera que en el presente caso prospera la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no la exime de la obligación de acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que sea allí donde se dirima la controversia.

En **sentencia T-1011 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett**, el accionante fue vinculado a la Fiscalía General de la Nación en el cargo de investigador judicial I, luego ascendido al cargo de profesional universitario judicial I y posteriormente fue nombrado en provisionalidad en el cargo de investigador judicial II; el señor

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-752 de 2003. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

Rivas Caballero no fue sancionado penal ni disciplinariamente, pero el 14 de noviembre de 2002 su nombramiento fue declarado insubsistente.

En el estudio del presente asunto, la Corte Constitucional resaltó en torno a la estabilidad laboral de los funcionarios en provisionalidad que:

Es evidente que 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. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen.

Así, el nominador deberá tener en cuenta las condiciones de vida del funcionario que será removido, en particular cuando no será reemplazado por quien ha ganado el concurso, sino por otro empleado en provisionalidad, ya que, eventualmente, se podrá causar agravio a los derechos fundamentales de la persona desvinculada¹¹.

Se determina entonces que no es posible acceder al amparo solicitado, porque el actor cuenta con otro mecanismo de defensa judicial y no se vislumbra la posibilidad de que el tutelante se vea avocado a sufrir un perjuicio irremediable, dado que después de examinar y valorar las pruebas del proceso el accionante está casado y su cónyuge presta sus servicios como trabajadora social devengando un salario mensual superior a un millón cien mil pesos, por lo que la familia dispone de algunos recursos económicos que le permitirán sobrellevar la situación hasta cuando el Tribunal Administrativo resuelva sobre la demanda instaurada en contra de la Fiscalía General de la Nación; con lo cual se confirma la sentencia mediante la cual la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió negar la tutela solicitada.

Posteriormente en el año 2004, mediante **sentencia T-597 de 2004, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa**, se comenta que la accionante, señora Luz Ángela Cañón, laboró en la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca (CAR) desde el 15 de febrero de 1995, posesionándose en el año 2002 en el cargo de Técnico Administrativo 4065-13 dependiente de la Oficina Territorial de Tequendama y Alto Magdalena, y que el día 19 de agosto de 2003 su nombramiento fue declarado insubsistente.

Se constató que la señora Cañón Sánchez demostró ser madre cabeza de familia de un menor de siete años y ser deudora de un crédito de vivienda, por lo que, la Corte considera que la ausencia de remuneración proveniente del vínculo laboral entre ella y la CAR podría obstaculizar que se realizaran los gastos necesarios para la educación y alimentación de su hijo, lo cuál se traduciría en un perjuicio

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-1011 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

irremediable, por esta razón, la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio.

Recurriendo al precedente jurisprudencial establecido en las sentencias SU-250 de 1998, T-800 de 1998, T-884 de 2001, T-752 de 2003, T-610 de 2003, la Corte aduce una vez más, que el acto de desvinculación de una persona nombrada en provisionalidad en un cargo de carrera debe ser motivado y que la omisión de fundamentar dicho acto constituye una violación al debido proceso del trabajador.

Se concluye entonces que, según la jurisprudencia de esta Corporación, en virtud de la protección del debido proceso del trabajador, el acto mediante el cual se desvincula a un empleado nombrado de manera provisional en un cargo de carrera, debe ser motivado, mientras que en dicho cargo no sea nombrada una persona seleccionada en base al concurso de méritos¹².

En el caso particular se aplica lo relacionado con la violación al debido proceso de la accionante, por el hecho de que el empleador se abstuvo de fundamentar la decisión de declarar insubsistente su nombramiento, como también se observó que la actuación de la entidad demandada produce un perjuicio irremediable a la señora Sánchez Cañón, quien es madre cabeza de familia, sostiene a un menor de edad y es deudora de un crédito de vivienda, concediéndose transitoriamente el amparo, hasta el momento en el que la jurisdicción contencioso administrativa resuelva del asunto; además se ordenó a la CAR dar una motivación de fondo del acto administrativo mediante el cual decidió declarar la insubsistencia de su nombramiento con el fin de que ella pueda controvertir las razones de su desvinculación ante la jurisdicción contencioso administrativa. En caso de que la entidad demandada no tuviere motivos suficientes y consistentes con la normatividad aplicable, se estableció que la accionada deberá reintegrar a la señora Cañón Sánchez en un cargo de mejor o igual categoría al que ella ocupaba al momento de su desvinculación.

En el mismo año en **sentencia T-951 de 2004, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**, la demandante, señora Luz Myriam Garzón Cardona, madre cabeza de familia, se encontraba nombrada en provisionalidad como Secretaria Código 540-04 en el Despacho del Secretario de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Risaralda, cargo de Carrera Administrativa. El día 19 de enero de 2004 fue notificada del Decreto 0056 de 19 de la misma fecha, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que venía ejerciendo.

Para el estudio del conflicto jurídico suscitado en la acción de tutela, la Corte Constitucional reafirma el precedente esgrimido por esta Corporación en las sentencias SU- 250/98, T-800/98, C-734/00, T-884/02, T-610/03, T-752/03,

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 2004, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

T-1011/03 y T-597/04 confirmando la tesis central de que el acto administrativo mediante el cual se declara insubsistente el nombramiento de un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera administrativa debe motivarse.

En tales condiciones, la falta de motivación del acto administrativo por el cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de Luz Myriam Garzón Cardona es vulneratorio de su derecho al debido proceso y de su derecho de defensa, al tiempo que afecta directamente su derecho al mínimo vital y, por contera, el derecho a la salud de su hija, que depende económicamente de aquella y requiere de una intervención quirúrgica. La vulneración se produce como consecuencia de haberse incumplido con un requisito exigido por la jurisprudencia constitucional, cual es el de la motivación del acto administrativo que ordena la desvinculación¹³.

La Sala concedió de manera transitoria la protección solicitada y en consecuencia ordenó al Departamento del Risaralda que proceda a motivar el acto administrativo de desvinculación, con el fin de que la accionante pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a controvertir el contenido del acto. Y advierte que en caso de que la entidad no cumpliera satisfactoriamente con la obligación señalada, la misma deberá reintegrar a la peticionaria a un cargo equivalente de la administración departamental, pues el que venía ejerciendo ya está siendo ocupado por otra persona, cuya estabilidad no puede verse afectada por irregularidades en que incurra la administración departamental.

En **sentencia T-1206 de 2004, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería**, la Corte Constitucional analiza el caso del señor Pablo Andrés Segura Quiñónez quien estaba vinculado en provisionalidad a la Fiscalía General de la Nación como fiscal delegado ante los jueces penales municipales hasta el 9 de marzo de 2004, cuando el Fiscal General de la Nación, mediante Resolución No. 896 de la fecha señalada, declaró insubsistente su nombramiento.

Recurriendo a la jurisprudencia señalada en las sentencias SU-250/98 y T-800/98, la Sala de Revisión reitera la siguiente posición:

Respecto de este tema, valga recordar que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras no sean sujetos de una sanción disciplinaria o se provea el cargo respectivo a través de concurso¹⁴.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-951 de 2004, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1206 de 2004, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

Conforme con lo escrito, el hecho de que una persona se encuentre vinculada en provisionalidad en un cargo de carrera judicial, no implica que su estabilidad laboral sea tan precaria como la de un empleado que está en un cargo de libre nombramiento y remoción y, por lo tanto, la administración no goza de la misma discrecionalidad para su desvinculación, ni puede desatender su obligación de motivar la decisión que se adopte.

La Sala considera que el Fiscal General de la Nación vulneró el derecho al debido proceso del accionante al no motivar la Resolución que lo retiro del servicio, procediendo la Corte a tutelar el derecho al debido proceso del actor y a declarar la nulidad de la Resolución No. 896 del 9 de marzo de 2004, a fin de que la autoridad accionada expida un nuevo acto administrativo en el cual motive la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, para que el demandante tenga la posibilidad de controvertirla ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Finalmente en este año, la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema en **sentencia T-1240 de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil**. Se estudió la situación de la señora Luz Milady Fiscal, designada en provisionalidad como Inspectora de Policía Rural, cargo que hace parte de la carrera administrativa; no obstante, mediante Resolución No. 24 de febrero 5 de 2004 la Alcaldía Municipal de Riosucio declaró insubsistente el nombramiento de la actora y nombró en el cargo, en provisionalidad y mientras se efectúa la respectiva convocatoria a concurso, a Dorance Nubio Guapacha. La accionante es madre soltera cabeza de familia y de ella dependen su hija, su madre y su abuela.

Siguiendo los lineamientos trazados en las Sentencias T-597 y T-951 de 2004 se aduce lo siguiente:

Encuentra la Sala que, tal como de manera reiterada lo ha expresado la Corte, y contrariamente a lo sostenido por la entidad accionada, no puede equipararse la situación de quien ocupa en provisionalidad un empleo de carrera, con la de quien ha sido designado para desempeñarse en un empleo de libre nombramiento y remoción. Si bien el empleado en provisionalidad no tiene la misma estabilidad de quien ha ingresado en la carrera, en cuanto que no ha ingresado mediante concurso de méritos, ni está sujeto a calificación de servicios, su permanencia en el cargo no depende de una facultad discrecional del nominador. Tal facultad se predica de los empleos de libre nombramiento y remoción y no puede extenderse a los empleos de carrera aún cuando sean ocupados en provisionalidad. En este evento, el retiro del empleado solo puede obedecer a que el cargo se va a proveer por el sistema de méritos, o a la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio¹⁵.

Innovando la posición existente, la Corte concluye que el análisis de procedibilidad de la tutela que se había establecido en estos eventos desde la perspectiva de la

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1240 de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

existencia de un perjuicio irremediable que daría lugar a un amparo transitorio, encuentra que la protección frente al desconocimiento del derecho a la motivación del acto de desvinculación tiene entidad constitucional autónoma y conduce a medidas de protección de carácter definitivo. Por ende, la desvinculación del servicio de una persona que ocupa en provisionalidad un empleo de carrera sólo puede producirse, o porque el cargo va a ser ocupado por persona designada mediante concurso de méritos, o porque existe una razón que así lo justifique desde la perspectiva del servicio.

En estas condiciones, resulta violatoria del derecho al debido proceso de la peticionaria la actuación de la Administración, y en aplicación de la jurisprudencia constitucional relacionada con la violación del derecho al debido proceso derivada de la abstención de fundamentar la decisión de declarar insubsistente el nombramiento de una persona que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera administrativa, concede el amparo solicitado, ordenando a la Alcaldía Municipal de Riosucio, Caldas, que proceda a motivar el acto administrativo de desvinculación con el fin de que la peticionaria pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a controvertir el contenido del acto. Si la entidad demandada no tuviere motivos suficientes y consistentes con la normatividad aplicable para la declaratoria de insubsistencia, y por consiguiente no expide el mencionado acto administrativo, deberá reintegrar a la peticionaria a un cargo equivalente o de mejor categoría al que venía ocupando cuando fue desvinculada.

Hasta esta providencia, las anteriores sentencias se limitaban a proteger el debido proceso de los accionantes, y no establecían la posibilidad del reintegro al cargo, salvo cuando se encontrara ante la existencia de un perjuicio irremediable. Lo innovador de este pronunciamiento se evidencia en la protección autónoma del derecho al debido proceso, no requiriendo la existencia de un perjuicio irremediable, que se había establecido como requisito para proceder a conceder el reintegro del actor.

En el año 2005, la Corte en **sentencia T-031 de 2005, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño**, discute el caso de declaratoria de insubsistencia del nombramiento del señor Dumar Hurtado Cardona, por el cual el señor Fiscal General de la Nación mediante Resolución No. 0-2063 de 21 de octubre de 2003 declaró al accionante insubsistente del nombramiento del cargo de investigador judicial 1, del Cuerpo Técnico de Investigación, Seccional Valle del Cauca.

En la presente decisión, la Sala de Revisión se aparta moderadamente del último pronunciamiento del año 2004 para determinar la procedencia de la presente tutela en la existencia de un perjuicio irremediable.

Por otro lado, basándose en la sentencia T-951 de 2004 reafirma que los funcionarios vinculados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, que hayan sido declarados insubsistentes, tienen el derecho a que el acto

administrativo que sustenta tal desvinculación deba ser motivado, de la siguiente manera:

Es clara la posición sentada por la Corte en su jurisprudencia, en el sentido de que los funcionarios que ocupando en provisionalidad o interinidad un cargo de carrera, podrán ser desvinculados del mismo, mediante un acto motivado, garantizando con ello el respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa¹⁶.

En el caso particular, considera la Sala de Revisión que es procedente conceder el amparo solicitado de manera transitoria por considerar violados de manera directa los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, dado que no se puede inferir que la decisión se tomó con el fin de garantizar y propender por el interés general, así como también por encontrarse afectado el derecho al mínimo vital del accionante y de su familia. En consecuencia, se ordenó a la Fiscalía General de la Nación expedir el acto administrativo correspondiente a la motivación de la declaratoria de insubsistencia del actor para que el mismo pueda interponer las acciones correspondientes, y que en el evento de no dar cumplimiento a la anterior orden, reintegre al señor Hurtado a su cargo o a uno equivalente al que venía ocupando.

La **sentencia T-222 de 2005, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández**, conoció de la situación del señor Antonio José Pérez Jánica, el cual presentó acción de tutela, como mecanismo transitorio, contra la Fiscalía General de la Nación, al proferir esta última la Resolución No. 0-025 del 23 de febrero de 2004, mediante la cual declaró insubsistente al actor que se encontraba ocupando un cargo en provisionalidad.

Al estudiar el fondo del asunto, la Corte consideró que las personas que ocupan un cargo de carrera gozan de mayor estabilidad laboral que las de un cargo de libre nombramiento y remoción, en la medida en que para los primeros se exige la motivación del acto administrativo que los desvincula, en tanto que para los segundos, por la naturaleza de sus funciones, el retiro depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador. Por ende, un empleado o funcionario de carrera sólo podrá ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley.

Así pues, según lo analizado en las sentencias T-884 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-1206, M.P. Jaime Araújo Rentería, es claro que independientemente del régimen especial que tiene la Fiscalía General de la Nación, las personas que ocupen en esta entidad un cargo de carrera de manera provisional, gozan de cierta estabilidad laboral pues, como se indicó, no pueden ser removidos de sus empleos mientras no sean sujetos

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-031 de 2005, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

de una sanción disciplinaria o se provea el cargo respectivo a través de concurso. A fin de garantizarles el debido proceso, la decisión de desvincular un empleado o funcionario provisional debe ser adoptada mediante acto motivado¹⁷.

En el presente caso, la Sala consideró que en el trámite de la acción no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, dado que los posibles inconvenientes que alegó y que a su juicio podrían presentarse como consecuencia de su desvinculación no cumplen con la característica de irremediabilidad, pues no son inminentes, ni graves y de igual forma no ameritan la intervención urgente del juez de tutela. En consecuencia declaró únicamente conceder la protección del derecho al debido proceso del accionante, ordenando a la Fiscalía General de la Nación proceder a dictar el acto administrativo motivado, mediante el cual se desvincula del servicio al señor Antonio José Pérez Jánica.

Mediante **sentencia T-392 de 2005, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**, se expone el caso del señor Justo Armando Porrás Ahumada, quien interpuso acción de tutela como mecanismo transitorio, debido a que la Fiscalía General de la Nación, a través de la Resolución No. 02091 del 18 de mayo de 2004, lo declaró insubsistente del cargo ocupado por él en provisionalidad de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Tunja.

En su análisis, reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la desvinculación de los servidores públicos que ocupan provisionalmente cargos de carrera, señalando que se requiere de acto administrativo debidamente motivado. En cuanto a la estabilidad laboral de estos servidores públicos anota:

La Corte en reiteradas ocasiones ha considerado que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La desvinculación por parte de la administración sólo procedería por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar¹⁸.

En el caso particular, para la sala el demandante no demostró que la declaración de insubsistencia del nombramiento produjera un efecto nocivo directo, grave e irremediable en sus derechos fundamentales, sobre todo si se tiene en cuenta que es una persona profesional y puede ejercer la abogacía y proveerse el sustento económico requerido. No obstante, considera que la Fiscalía General de la Nación, al expedir el acto administrativo que declaró la insubsistencia del cargo, vulneró el derecho al debido proceso, por el hecho de no haber motivado dicha decisión, procediendo a tutelar el derecho violado y ordenando a la Fiscalía

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-392 de 2005, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

General de la Nación dejar sin efecto la Resolución por medio de la cual se desvinculó al accionante del servicio.

En **sentencia T-454 de 2005, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa**, se debate la situación de la señora Blanca Mireya Sánchez Rodríguez, quien es viuda y madre soltera de 5 menores de edad, habiéndose el día 13 de febrero de 2004 declarado insubsistente su nombramiento en provisionalidad en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales por parte del Gerente General de Cajanal, mediante la resolución 1078.

Haciendo referencia a las sentencias T-800 de 1998, T-752 de 2003, T-610 de 2003 y T-222 de 2005, la Corte Constitucional considera que existe un deber de motivar el acto administrativo mediante el cual se declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera y que la omisión de fundamentar dicho acto constituye una violación al debido proceso del empleado.

Se concluye entonces que, según la jurisprudencia de esta Corporación, en virtud de la protección del debido proceso del trabajador, el acto mediante el cual se desvincula a un empleado nombrado en un cargo de carrera (así sea de manera provisional), debe ser motivado, mientras que en dicho cargo no sea nombrada una persona seleccionada en base al concurso de méritos¹⁹.

De esta manera, la Sala concede el amparo solicitado tutelando los derechos al debido proceso, al trabajo y al mínimo vital, aduciendo que la actuación de la entidad demandada produce un perjuicio irremediable a la accionante, ordenando dejar sin efectos el acto administrativo mediante la cual Cajanal declaró insubsistente el nombramiento, y advirtiendo a la entidad pública que en el evento de declararla insubsistente, deberá motivar de fondo el nuevo acto, con el objetivo de que pueda controvertir las razones de su desvinculación ante la jurisdicción contencioso administrativa, en caso contrario, deberá proceder al reintegro de la tutelante.

La **sentencia T-660 de 2005, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño**, trata el asunto de la señora María del Pilar Tabares Chacón, quien se encontraba nombrada en provisionalidad en el cargo de Investigador Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Cúcuta, vinculación que conservó hasta cuando el Fiscal General, a través de la Resolución 0-3761 del 10 de agosto de 2004, declaró insubsistente el nombramiento. La desvinculación del cargo le causa dificultades económicas a la actora, puesto que la remuneración que obtenía es imprescindible para el mantenimiento propio y de su hija menor, quien dependía de ella en forma exclusiva.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-454 de 2005, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Esta providencia hace énfasis en la jurisprudencia constitucional sobre el tema de la estabilidad laboral de las servidoras públicas madres cabeza de familia que son declaradas, a través de actos administrativos carentes de motivación, insubsistentes en cargos de carrera administrativa que ejercían en provisionalidad, señalando al respecto que:

La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse.

Esta misma doctrina también ha señalado que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso²⁰.

Por consiguiente, la desvinculación del cargo de los servidores que ejercen en condición de provisionalidad empleos de carrera es una decisión administrativa que debe motivarse, pues esta exigencia hace parte de las garantías de estabilidad laboral de quienes desempeñan cargos de carrera administrativa.

En consecuencia, la Corte resuelve amparar los derechos al mínimo vital y al debido proceso de la accionante, dejando sin efecto el acto administrativo que declaró su insubsistencia y ordenando a la Fiscalía General que profiera una nueva resolución motivada. Además, como medida transitoria, decreta el reintegro de la demandante a un cargo igual o superior al que desempeñaba al momento de su retiro del servicio, protección que tendrá vigencia a condición que la actora inicie, dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto motivado, la acción contenciosa administrativa respectiva en contra de la declaratoria de insubsistencia.

En **sentencia C-733 de 2005, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández**, la señora Mercedes Olaya Vargas solicita a la Corte Constitucional la declaración de inexecutable del artículo 56 de la Ley 909 de 2004, el cual prescribe:

ARTÍCULO 56. Evaluación de antecedentes a empleados provisionales. A los empleados que a la vigencia de la presente ley se encuentren desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, y se presenten a los concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer dichos cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, se

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-660 de 2005, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio.

La demandante señala que la norma vulnera el derecho a la igualdad, por cuanto el legislador habría establecido un tratamiento diferente no justificado a favor de los empleados provisionales que a la vigencia de la ley se encuentren desempeñando cargos de carrera en provisionalidad, por cuanto al momento de presentarse a los concursos convocados para conformar la lista de elegibles se les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio, aspectos que no son tenidos en cuenta para los demás participantes.

Al abordar el tema de la provisionalidad, la Corte considera que es una forma de vinculación laboral con el Estado de carácter precario, mediante la cual, sin mediar un concurso de méritos, se surte un cargo de carrera administrativa pero sin encontrarse inscrito en ella, ni gozar de los derechos que la misma otorga. Además consideró:

De igual manera, en sede de tutela, la Corte ha amparado los derechos fundamentales de los funcionarios nombrados en provisionalidad, en el sentido de que el acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado. Sentencia T- 222 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, por cuanto *“pese al carácter eminentemente **transitorio** de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción”*. Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003²¹.

Se resuelve declarar inconstitucional la norma acusada, por cuanto se considera que la misma vulnera los artículos 13 y 40.7 constitucionales, porque se consagra un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás personas, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con respecto a los demás aspirantes, y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos.

Mediante **sentencia C-1119 de 2005, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**, se aborda la acción pública de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Augusto Gutiérrez Arias y Gustavo Sánchez Prieto en contra del artículo 24 del Decreto-Ley 760 de 2005, que reza:

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-733 de 2005, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

ARTICULO 24. No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

24.1 Cuando no superen el período de prueba;

24.2 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.

24.3 Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Recuerda que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y por excepción pueden continuar en el servicio, con el fin de dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En cuanto a la estabilidad laboral de estos empleados se manifestó que:

En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del Decreto-ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador. En efecto, una de las causales del retiro del servicio es la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, como lo dispone el artículo 125 de la Ley Fundamental, que se da cuando no se supere el período de prueba; y las otras dos causales, por no participar en el concurso o por el hecho objetivo de no alcanzar los puntajes requeridos en el mismo para adquirir la vocación de ser nombrado en período de prueba en estricto orden de méritos²².

Se advierte que no existe extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República para expedir los procedimientos que se han de surtir por y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil declarándose la exequibilidad de la norma acusada, puesto que, no se trata de una modificación al Código Sustantivo del Trabajo, sino una normatividad tendiente a hacer efectivos los principios que orientan la función pública.

Así, para el despido sin calificación judicial previa del trabajador que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical, no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, por el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permitan acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección. Pero de todos modos, se requerirá de un acto administrativo motivado que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos en mención.

En la **sentencia T-1162 de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto**, la Corte recordó que la estabilidad laboral intermedia de los funcionarios que de

²² Corte Constitucional. Sentencia C-1119 de 2005 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

manera provisional ocupan un cargo de carrera administrativa, exige que la Fiscalía General de la Nación motive el acto administrativo, lo cual se constituye en un derecho constitucional del trabajador, susceptible de protección a través de la acción de tutela. Adicionalmente, la Sala de Revisión consideró que si una vez conminada por parte del Juez de Tutela, la Fiscalía se abstiene de motivar el acto, el funcionario debe ser reintegrado a la entidad, pues se entiende que no hay razones para su despido. En tal sentido se pronunció:

De este modo, no obstante que, como se ha señalado, el acto de desvinculación de un empleado que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera que se produce sin motivación alguna es susceptible de controversia en la vía contencioso administrativa, la jurisprudencia constitucional ha configurado como un derecho constitucional la motivación del acto de desvinculación de un empleo de carrera que se ocupa en provisionalidad, razón por la cual el mismo es susceptible de protección autónoma por la vía de la acción de tutela.

Por todas las consideraciones anteriores, la orden de amparo consistirá en obtener que la Administración motive el acto de desvinculación, si existen motivos para ella, caso en el que si la afectada lo considera, puede acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si la Fiscalía General de la Nación niega la motivación del acto de desvinculación, no obstante la conminación del juez de tutela, tal situación equivale a la aceptación de que no existe motivo alguno para la misma, distinto del arbitrio del nominador, razón por la cual cabe que en sede de tutela se ordene el reintegro, hasta tanto se produzca el respectivo concurso de méritos o la desvinculación se produzca por razones que la hagan justificada²³.

La **sentencia T-1310 de 2005, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis**, resuelve el caso del señor Mario Fernando Escobar Pérez quien presentó acción de tutela, como mecanismo transitorio, contra la Fiscalía General de la Nación con ocasión de la decisión de la entidad demandada de declararlo insubsistente del cargo que desempeñaba en provisionalidad como Investigador Judicial II en la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Pasto.

Considera la Corte oportuno referirse a la doctrina constitucional sentada en asuntos que guardan gran similitud con el caso que se examina, básicamente referenciada en las sentencias T-884 de 2001, T-392 de 2005 y T-951 de 2004, aduciendo que:

Esta Corporación en reiteradas ocasiones ha considerado que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad.

²³ Corte Constitucional. Sentencia T-1162 de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.

Esta Corporación a través de su amplia y reiterada jurisprudencia, ha establecido igualmente que el acto administrativo que desvincula a aquellos funcionarios que ocupan en interinidad o en provisionalidad cargos de carrera administrativa o aquellos a los que sólo se puede acceder previo un concurso “debe ser motivado”, pues tal desvinculación sólo se puede producir por razones de interés general, como principio fundante y como elemento sustancial en la motivación de ese acto administrativo que desvincula al funcionario²⁴.

De acuerdo con lo señalado, la estabilidad laboral del trabajador que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera, demanda que, en virtud de la calidad y las características del cargo, deba motivarse la desvinculación de quien los ocupe, ello con el fin de garantizar la protección y respeto de los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa, pues con la motivación se podrá encontrar los argumentos que justificaron la separación del cargo.

Para el caso particular, la Sala estima que el demandante no logró demostrar que la declaración de insubsistencia del nombramiento produjera un efecto nocivo directo, grave e irremediable en sus derechos fundamentales, sobre todo si se tiene en cuenta que el actor es un profesional y puede ejercer su profesión de Contador Público. No obstante, da cuenta que se encuentra probada la falta de motivación del acto administrativo de declaración de insubsistencia y que permita deducir que la causa que motivó la desvinculación del accionante obedeciera a la convocatoria de un concurso de méritos, o a razones de índole disciplinario, o por motivos del buen servicio. En consecuencia declaró dejar sin efectos la resolución mediante la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del cargo del tutelante y ordenó a la entidad proceder a expedir el acto administrativo con la correspondiente motivación de la declaratoria de insubsistencia del señor Escobar del cargo que venía desempeñando, y en el evento que no se cumpliera con la orden impartida, reintegre al actor a su cargo o a uno equivalente al que venía ocupando.

Con **sentencia T-1316 de 2005 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil**, se estudió el caso del señor Javier Eduardo Murcia Cáceres quien mediante Resolución No.00786 del 25 de Febrero de 2005, el Fiscal General de la Nación decidió declarar insubsistente su nombramiento en el cargo de Investigador Criminalístico VII de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Villavicencio, sin motivación alguna.

En principio, la Sala recuerda que la acción de tutela no es la vía adecuada para que se declare la nulidad de un acto administrativo o se reintegre a un trabajador a

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1310 de 2005, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

su cargo, dado que las acciones contencioso administrativas son el mecanismo judicial idóneo para resolver aquellas situaciones. Sin embargo, considera que en el evento en que se afecten derechos fundamentales con dicha desvinculación y se encuentre expuesto a un perjuicio irremediable, en particular el derecho al mínimo vital, será la acción de tutela el mecanismo judicial para protegerlos de manera transitoria.

De otro lado, mediante reiteración de jurisprudencia como las contenidas en las sentencias T-800 de 1998 y T-1240 de 2004, destaca que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, y que si bien dicha estabilidad no es similar a los que se encuentran ocupando un cargo en propiedad, tampoco puede equiparse su condición laboral a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, quien tiene una estabilidad laboral precaria en virtud de la facultad discrecional del empleador; por el contrario, los empleados de carrera administrativa, en virtud de la naturaleza de sus funciones, aún cuando las realice de forma provisional, no depende, en principio, de una relación de confianza con el nominador, razón por la cual, el funcionario goza de una estabilidad laboral mayor que aquella que tiene el empleado de libre nombramiento y remoción. En este sentido expresó la Corte que:

En síntesis, aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre, 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 aun cuando hayan sido provistos en provisionalidad²⁵.

Además se afirmó que el acto administrativo que declara la insubsistencia del trabajador que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera debe ser motivado; motivación en la que deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, dado que ello conlleva la lesión de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador.

En el caso particular, la Sala de Revisión concedió la tutela como mecanismo transitorio y tuteló el derecho fundamental al debido proceso del peticionario, ordenando a la Fiscalía General de la Nación expedir el acto administrativo correspondiente a la motivación de la declaratoria de insubsistencia del señor Murcia, anotándose que en caso de no dar cumplimiento a la orden anterior, la

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1316 de 2005 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Fiscalía General de la Nación reintegre al actor a su cargo o a uno equivalente al que venía ocupando.

Posteriormente se expidió la última providencia de ese año, **sentencia T-1323 de 2005, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa**, en ella se apreció que el señor Julio Real mediante Resolución 0678 del 17 de febrero de 2005, acto administrativo sin motivación, fue declarado insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos de la Dirección Seccional de Cundinamarca, cargo que había sido nombrado en provisionalidad.

En este caso, la Corte se refiere de manera especial a la necesidad de motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia del cargo, en los siguientes términos:

Según lo ha reconocido esta Corporación, cuando se trata de desvincular de un cargo de carrera administrativa a un funcionario nombrado en provisionalidad, no se está ante el ejercicio de la facultad de nombramiento y remoción que no requiere de motivación alguna, sino ante un acto administrativo que dada la calidad y las características del cargo obliga a la Administración a motivar la desvinculación de quien lo ocupe²⁶.

Estimó la Sala que es procedente la acción de tutela como mecanismo judicial idóneo para ordenarle a la Administración que cumpla con la obligación de motivar su decisión y de esa forma garantizarle los derechos constitucionales del funcionario afectado. En consecuencia, ordenó a la Fiscalía General de la Nación proceder a motivar el acto administrativo de desvinculación del accionante, señalando las razones que condujeron a separar del servicio al actor, con el fin de que el peticionario pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a controvertir el contenido del acto. En caso de que la entidad demandada no tuviere motivos suficientes y consistentes, arguye que deberá reintegrar al señor Real en un cargo de mejor o igual categoría al que ocupaba al momento de su desvinculación.

Ya en el año 2006, mediante **sentencia T-070 de 2006, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**, se estudió la situación de la señora Sulma Eugenia Vaca quien mediante Decreto Municipal No. 0148 del 18 de marzo de 2005 fue declarada insubsistente del cargo de Auxiliar Administrativo Grado 9, que ocupaba en provisionalidad.

Se asume que la accionante se encuentra en una situación de urgencia manifiesta que permite la procedencia de la tutela, dado que se probó que se encuentra en estado de embarazo y que gana un salario cercano al sueldo mínimo, por lo que dejar de recibir tal ingreso afectaría su mínimo vital.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-1323 de 2005 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Haciendo un análisis de la jurisprudencia de esta Corporación frente al tema expuesto señaló 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 nombrado en el cargo una persona que haya sido escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza²⁷.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala de Revisión concedió el amparo al debido proceso y al mínimo vital de la solicitante, por considerar que la Alcaldía Mayor de Tunja omitió, de manera ilegítima, la motivación del acto de desvinculación de la tutelante y que, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio se generaría un perjuicio irremediable, puesto que si se permite a la Administración que en el actual estado de la actora procediera a desvincularla, mientras profiere el nuevo acto administrativo, se estarían generando graves perjuicios a una mujer en estado de embarazo. Por lo que termina confirmando la sentencia del juez de segunda instancia que había ordenado el reintegro de la actora a la administración.

En **sentencia T-081 de 2006, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**, el señor Javier Andrade González presentó acción de tutela en contra de la Fiscalía General de la Nación, por haber sido declarado insubsistente del cargo de Fiscal Delegado ante Jueces del Circuito de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cali, sin que se motivara el acto administrativo de retiro del servicio, resolución 0-0826 del 25 de febrero de 2005.

Como en el presente caso, la Fiscalía General de la Nación es quien declara la insubsistencia del nombramiento de una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad, aplica esta Corporación los criterios señalados en las sentencias T-1206 de 2004 M.P. Jaime Araujo Rentarías, T-031 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y T-222 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, dado que la regla general para resolver esta situación es dejar sin efecto los actos

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-070 de 2006 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

administrativos de desvinculación, con el fin de que estos fueran debidamente motivados. De esta manera asume que:

La jurisprudencia consolidada de la Corte sobre la necesidad de motivación de los actos administrativos, se resume en señalar que es deber de la administración motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera, o la desvinculación de quien está ocupando provisionalmente un cargo de la misma naturaleza, pues la falta de motivación constituye una violación al debido proceso²⁸.

Concluye la Sala que es procedente conceder la protección, ordenando a la Fiscalía General de la Nación proceder a motivar el acto administrativo de desvinculación del señor Andrade y señalar en el las razones que condujeron a separar del servicio al actor, con el fin de que éste pueda acudir a la jurisdicción contencioso administrativa a controvertir el contenido del acto. En caso de que la Fiscalía no tuviere motivos suficientes y consistentes con la normatividad aplicable, deberá reintegrar al demandante en un cargo de mejor o igual categoría al que ocupaba al momento de su desvinculación.

Posteriormente en **sentencia T-156 de 2006, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra**, se analizó el caso de Carmen Helena Parra de González, nombrada en la Fiscalía General de la Nación en provisionalidad, desempeñando como último cargo el de Investigador Criminalístico VII de la Dirección Seccional del C.T.I. de Cúcuta, del cual fue declarada insubsistente mediante la Resolución No. 0-2771 de 30 de junio de 2005.

Procediendo a citar y reiterar la posición sentada en sentencia T-951 de 2004, la Sala de Revisión encuentra que a pesar de las múltiples sentencias que ha proferido sobre la motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad y su relativa estabilidad laboral, la entidad accionada sigue desobedeciendo aquellos criterios establecidos. Nuevamente recalcó que:

Ha sido la Corte Constitucional suficientemente clara en explicar que cuando se trata de desvinculación de empleados o funcionarios vinculados a las entidades del Estado en cargos de carrera, pero en situación de provisionalidad, el acto administrativo correspondiente debe ser motivado con la finalidad de permitir al servidor público la contradicción del mismo y en ese sentido garantizarle el derecho al debido proceso²⁹.

Ahora bien, no se probó por la Fiscalía que la causa que motivó la desvinculación de la accionante haya sido la provisión del cargo que ocupaba por convocatoria de

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 2006, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-156 de 2006, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

un concurso de méritos, o razones de índole disciplinario, o motivos del buen servicio, que son aquellos que pueden ser aducidos para la desvinculación del servicio de servidores públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad; entonces, la falta de motivación del acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente a la actora, vulnera los derechos al debido proceso y al derecho de defensa al no permitírsele conocer las razones que tuvo la Administración para proferir dicho acto, y negar con ello la posibilidad de controvertirlas.

Además, la Sala de Selección concedió de manera transitoria el amparo constitucional solicitado, debido a que se encontró afectado el derecho al mínimo vital de la tutelante y de su grupo familiar, conformado por sus dos hijos, su progenitora y su tía, así como la protección especial a las madres cabeza de familia que consagra el artículo 43 de la Constitución, y en consecuencia, ordenó a la Fiscalía General de la Nación dejar sin efectos la Resolución de declaración de insubsistencia del nombramiento y que motive el acto administrativo de desvinculación de la actora; y que en caso de no existir motivos suficientes y pertinentes con la normatividad aplicable, la Fiscalía proceda a reintegrar a la señora Parra de González al cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación, o a otro equivalente en el evento que estuviere siendo ejercido por otra persona.

Luego se profirió la novedosa **sentencia T-254 de 2006, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**, en donde el señor Severo Acosta Tarazona manifestó que el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, vulneró su derecho fundamental al debido proceso en la Sentencia del 17 de febrero de 2005, Expediente No. 4011-03, pues la Providencia del Consejo de Estado desconoció abiertamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, según la cual el acto de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad debe ser motivado, fundamentándose el máximo organismo de lo contencioso administrativo en que es equiparable el nombramiento en provisionalidad a la ocupación de un cargo de libre nombramiento y remoción, y que por lo tanto no era indispensable la motivación de la Resolución 003 del 3 de enero de 2000, mediante la cual el Ministerio del Interior declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Asesor 1020 de la Planta Global. El actor interpuso tutela contra sentencia que el Consejo de Estado, Sección Cuarta, que la rechazó por improcedente; en segunda instancia, la Sección Quinta del mismo organismo, confirmó la providencia por ir en contra del principio de cosa juzgada, la seguridad jurídica y la autonomía judicial.

Señala la Corte que para proceder una tutela contra una sentencia se requiere que se presente, uno de los vicios o defectos que ha explicitado esta Corporación, entre los que se encuentra el desconocimiento del precedente judicial. Así, el desconocimiento de las providencias de tutela constituye una vía de hecho, dado que al hacerlo abandona indirectamente la Constitución y deja de un lado el

pronunciamiento del intérprete autorizado de la Carta, la Corte Constitucional, quien es el órgano de cierre del sistema judicial colombiano.

Igualmente, se realiza un recuento pleno de la línea jurisprudencial de la Corte en materia de protección al debido proceso administrativo teniendo en cuenta las sentencias T-951/04, T-1206/04, T-070/06 y C-734/00, destacando 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. 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 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 cuestión³⁰.

En primer lugar, la Sala observa que la contradicción entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la posición del Consejo de Estado es evidente, porque para la primera Corporación es indispensable la motivación para poder desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad sin vulnerar el debido proceso, pues no son equiparables los cargos de libre nombramiento y remoción con los de carrera proveídos en provisionalidad.

De otra parte, el desconocimiento del precedente se evidencia en la no mención ni siquiera sumaria de las numerosas providencias de la Corte Constitucional en la materia que decidían en sentido opuesto y, por lo tanto, sin que se argumentara las razones por las cuales no se seguía el precedente jurisprudencial.

Se estima adicionalmente que, la Corte ha resuelto el problema jurídico consistente en si la falta de motivación constituye o no una vulneración del debido proceso administrativo en forma definitiva a partir de 2004, tomando dos soluciones al respecto, primero, ordenando proferir un nuevo acto administrativo motivado, o en segundo lugar, ordenando proferir un nuevo acto administrativo motivado, y de no poder motivarse, revincular inmediatamente al funcionario,

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 2006, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

otorgando al Consejo de Estado competencia para pronunciarse si el nuevo acto administrativo motivado es válido dentro del ordenamiento jurídico.

En definitiva, en el presente caso fue procedente la tutela contra la providencia judicial del Consejo de Estado, en virtud que desconoció abiertamente el unificado y reiterado precedente de tutela en materia de necesidad de motivación del acto de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera; para lo cual dispuso revocar las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, Sección Cuarta y Quinta, y en su lugar, señaló conceder la tutela en orden a proteger el debido proceso del accionante y ordenó al Consejo de Estado que en el término de un (1) mes profiera una nueva decisión sobre la demanda presentada por el señor Acosta, teniendo en cuenta los parámetros señalados en la parte considerativa de la sentencia en estudio.

Esta providencia se caracteriza por ser el referente que utilizará la Corte para fundamentar sus fallos de tutela en contra de providencias judiciales, en especial las proferidas por el Consejo de Estado, que desconocen la ratio decidendi de las sentencias de tutela.

En **sentencia T-634 de 2006, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández**, la señora Bertha Clemencia Yepes Wilches, presenta acción de tutela como mecanismo transitorio en contra de la Procuraduría General de la Nación, por la decisión de desvincularla del cargo de Asesora Código 1AS- Grado 22, que venía desempeñando en provisionalidad, sin motivar el acto administrativo correspondiente.

La Sala reiteró la jurisprudencia constitucional fijada en casos análogos al asunto, retomando para ellos las apreciaciones establecidas en la sentencia T-951/04, insistiendo en que:

La desvinculación del cargo de los servidores que ejercen en condición de provisionalidad empleos de carrera es una decisión administrativa que debe motivarse, pues esta exigencia hace parte de las garantías de estabilidad laboral de quienes desempeñan cargos de carrera administrativa. El incumplimiento de esta obligación es contrario al ejercicio efectivo del derecho fundamental al debido proceso, en la medida en que la reserva en cuanto a las razones que sustentaron el retiro del cargo impide la adecuada defensa ante la justicia contenciosa³¹.

De acuerdo a lo plasmado, la motivación de los actos de desvinculación de los cargos de carrera ocupados en provisionalidad es indispensable, pues si ello no se lleva a cabalidad vulnera el debido proceso, dado que éstos empleados no se equiparan en ningún caso a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 2006, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

En tales condiciones, la falta de motivación del acto administrativo por el cual se desvinculó del cargo a la accionante es vulneratorio de su derecho al debido proceso y de su derecho de defensa, al tiempo que afecta directamente su derecho al mínimo vital y el derecho a la salud de su hija, que depende económicamente de aquella y requiere de unas valoraciones y tratamiento médico. Además señala, que si bien la accionante responde a una persona de 44 años de edad, con plena capacidad productiva y formación profesional, esas circunstancias no garantizan por sí solas que pueda acceder a un empleo fácilmente, teniendo en cuenta las circunstancias del desempleo generalizado por las que atraviesa el país.

En consecuencia, la Sala amparó el derecho al debido proceso de la señora Yepes y estableció dejar sin efectos el acto administrativo que declaró su desvinculación, ordenando a la Procuraduría General de la Nación que reintegre a la demandante al cargo que venía desempeñando al momento de su retiro, o a otro equivalente o de superior categoría en el evento que ese estuviere siendo ocupado por otra persona. Además, si la entidad insistiera en la desvinculación, para lo cual deberá motivar el respectivo acto administrativo, dispone que tiene derecho a permanecer en el cargo hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncie de manera definitiva sobre la legalidad del acto, por existir un perjuicio irremediable, a condición que la actora inicie dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto motivado, la acción respectiva en contra del acto de desvinculación, en caso de que ella dejara de promover dicha demanda en el término previsto cesará los efectos de la sentencia.

En el año siguiente en **Sentencia C-279 de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa**, el señor Carlos Rey Vega presentó demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 70 (parcial) y un aparte del artículo 76 de la Ley 938 de 2004 por la cual "se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación", considerando que las normas acusadas vulneran el derecho al debido proceso, al trabajo y al acceso a la justicia, ya que permiten tanto que los funcionarios de la Fiscalía General de la Nación sean nombrados en provisionalidad, como que sean desvinculados sin conocer las razones de su retiro, en razón a la discrecionalidad del nominador. Las normas acusadas rezan:

Artículo 70. *Nombramientos.* La provisión de un cargo de carrera se efectuará mediante nombramiento en propiedad, una vez superado el período de prueba. Cuando ello no fuere posible, se procederá al nombramiento mediante la figura de encargo, atendiendo al lleno de los requisitos y al perfil del cargo respectivo.

Excepcionalmente, cuando no fuere posible proveer dicho cargo en la forma anteriormente descrita, se procederá al nombramiento en provisionalidad, el cual en ningún caso generará derechos de carrera.

Artículo 76. *Retiro*. Es una situación de carácter administrativo, que pone fin a la inscripción en el régimen de carrera y desvincula al servidor de la entidad en los eventos previstos como causales para tal efecto.

Los demás servidores serán objeto de la facultad discrecional del nominador.

La Corte reconoció que en múltiples ocasiones ha conocido de solicitudes de tutela en las que los actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación, sustentado en la discrecionalidad del nominador. En todas las ocasiones la Corte amparó el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaración de insubsistencia sin motivación alguna.

Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte expresó que:

Los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-734 de 2000 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-610 de 2003 MP: Alfredo Beltrán Sierra. T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-660 de 2005 MP: Jaime Córdoba Triviño³².

De este modo, el empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa y en particular el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente, no por ello puede recibir el tratamiento de un funcionario de libre nombramiento y remoción, porque aquel no depende de la existencia de una relación de confianza con el nominador.

En fin, la Corte declara la exequibilidad del primer inciso del artículo 70 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que a más tardar el 31 de diciembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación debe haber culminado la aplicación del sistema de carrera en la entidad, mediante los concursos públicos de mérito correspondientes. Y en lo atinente al inciso segundo del artículo 76, en concordancia con el inciso segundo del artículo 70, menciona que la jurisprudencia de la Corte ha reiterado en forma insistente que, de acuerdo con la Constitución,

³² Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

es vulneratoria del derecho al debido proceso y del principio de igualdad la desvinculación de los servidores de la Fiscalía General de la Nación que se encuentran en provisionalidad mediante un acto administrativo sin motivación, por cuanto estos actos no le permiten a los funcionarios desvinculados ejercer su derecho a la defensa en orden a controvertir las razones específicas de su retiro. Así, la Corte declara la exequibilidad condicionada del inciso segundo del artículo 70 así como del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, en el entendido de que en el caso de los funcionarios designados en provisionalidad en cargos de carrera el acto de desvinculación deberá ser motivado.

Mediante **sentencia T-384 de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa**, se informó que el Gobernador del Departamento de Bolívar le comunicó a la señora Mejía que a través del Decreto Departamental 533 del 4 de octubre de 2006 el cargo que venía ocupando provisionalmente de profesional universitaria, código 340 grado 7, para prestar sus servicios como trabajadora social en la Institución Educativa Departamental, Marco Fidel Suárez, con sede en el Municipio de Turbana, fue suprimido. La accionante es madre soltera, tiene un hijo menor y el sueldo que devengaba representaba su único ingreso.

La Sala establece que, si bien los cargos que se ocupan en provisionalidad no revisten los derechos de estabilidad laboral de la carrera administrativa, estos sí comprenden ciertas garantías, entre las que se encuentra la debida motivación del acto administrativo que desvincula al funcionario en razón al respeto del derecho al debido proceso. En tal sentido dispuso:

La estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello³³.

Ya en el caso concreto, recuerda que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para solicitar el reintegro de un funcionario que ha sido separado de su cargo a menos que logre demostrar un perjuicio irremediable o que la desvinculación constituya una vulneración a la estabilidad reforzada de un sujeto de especial protección como lo es la madre cabeza de familia. Por ello, como la tutelante es madre cabeza de familia y la administración no desplegó todas las acciones para no dejar desprotegida a la señora Mejía en lo que se refiere a propender por su estabilidad reforzada, adoptando medidas tendientes a su reubicación en un cargo similar o equivalente o, una vez comprobada la

³³ Corte Constitucional. sentencia T-384 de 2007 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

imposibilidad de dicha opción proceder a desvincularla explicando dichas razones de manera específica, tal omisión vulneró el debido proceso administrativo en conexidad con el derecho a la estabilidad reforzada de la tutelante al suprimir su cargo sin adoptar medidas tendientes a que la misma no quedara desprotegida.

En consecuencia, la Corte tuteló su condición y ordenó al Gobernador del Departamento del Bolívar reubicar a la señora Mejía Posso en un cargo equivalente al que ocupaba. No obstante, señaló que en el evento excepcional de que éste encuentre que no es posible reubicar a la tutelante por inexistencia de cargos equivalentes o porque su reubicación implicara menoscabar los derechos de otros trabajadores en iguales o mayores condiciones de vulnerabilidad, el Gobernador de Bolívar deberá expedir un acto administrativo particular en el que se indique de manera específica las razones de la desvinculación de la tutelante.

Con **sentencia T-729 de 2007, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**, se declaró que en ejercicio del derecho de petición el señor Gustavo Martín solicitó a la Registraduría Nacional del Estado Civil, delegación Departamental del Vichada, que le explicara las razones por las cuales había sido declarado insubsistente, a pesar de haber laborado para esa entidad desde el 2 de enero de 2002 en el cargo de auxiliar administrativo 5120-04 en provisionalidad. Respondiendo la accionada que la desvinculación estaba revestida de facultades discrecionales, por lo cual la respectiva resolución no requería ser motivada. Igualmente el accionante presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Sala destaca que el hecho de que un servidor público desempeñe un cargo en provisionalidad le confiere cierta estabilidad laboral, de manera que sólo puede ser removido del cargo si previamente se lleva a cabo un concurso para llenar la vacante, y en todo caso mediante resolución motivada. Menciona al respecto que:

No cabe duda a la Sala de que la jurisprudencia reiteradísima de esta Corporación en todas sus Salas ha sostenido que el derecho al debido proceso administrativo involucra la garantía que cobija a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, de ser desvinculados mediante resolución motivada. En tal virtud este tipo de funcionarios gozan de cierta estabilidad laboral³⁴.

De otra parte, expresa la Corte que la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para lograr el reintegro al cargo y la indemnización de perjuicios causados por la desvinculación no motivada de un servidor público que ocupa un cargo de carrera ejercido en provisionalidad, por cuanto la acción pertinente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, a excepción, de cuando es interpuesta como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, otorgando una protección provisional, que se mantiene siempre y cuando el demandante acuda

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-729 de 2007, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

oportunamente a la Jurisdicción Contenciosa a solicitar la nulidad de la resolución de desvinculación y el restablecimiento de su derecho, medida que se conserva mientras esa jurisdicción decida lo que en derecho corresponda.

Ahora bien, como el actor acudió a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero hizo mal uso de ella, pues omitió corregir la demanda, lo cual motivó su rechazo, dejando caducar esta oportunidad de defensa judicial, concluye que no está en posibilidad de utilizar este mecanismo judicial. Por consiguiente, esta circunstancia impide a la Sala conceder la acción de tutela, porque esta forma excepcional de procedencia de la acción implica la posibilidad de utilizar un mecanismo ordinario de defensa judicial, de manera que la acción de tutela adquiere en ese supuesto un carácter provisional, cuyos efectos sólo perduran mientras se produce la decisión del juez contencioso administrativo.

Además, la acción no pueda ser concedida para ordenar la motivación del acto administrativo de desvinculación del demandante, puesto que la razón excepcional de procedencia de la tutela radica en que sin el conocimiento de las razones de la desvinculación no es realmente posible acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a discutir la validez del acto administrativo, pero, como en el caso no existe la posibilidad de que el demandante ejerza la acción de nulidad y reconocimiento del derecho, ya que dejó caducar esta oportunidad, carece de objeto ordenar la motivación de la Resolución mediante la cual se produjo la desvinculación.

Por último en el año 2008, con **sentencia T-007 de 2008, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa**, el señor Leoncio Peralta Cano, considera que la Universidad Popular del Cesar violó sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, vida digna, seguridad social y mínimo vital, porque mediante la Resolución 0970 del 12 de julio de 2006, fue declarado insubsistente del cargo que ocupaba en provisionalidad como Profesional Especializado Código 3010 grado 20 del Nivel Profesional, sin mediar o conocer las causas o razones que motivaron tal declaratoria. Solicita que se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando y que se ordene el pago de las prestaciones y demás derechos laborales que le correspondían a la fecha.

Advierte la Sala que el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera nombrados en provisionalidad exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa, dado que hace imposible controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. Sobre el particular, la Corte Constitucional hizo entre otras la siguiente consideración:

La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección”, que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo³⁵.

Por consiguiente, las universidades estatales no pueden oponer su autonomía al respeto al debido proceso de sus funcionarios en provisionalidad o a sus derechos fundamentales, dado que deben dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales. Finalmente resolvió dejar sin efectos la Resolución mediante la cual el Rector de la Universidad Popular del Cesar declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Peralta, y ordenó expedir un nuevo acto administrativo debidamente motivado y fundado en una causa legal, si la Universidad no expidiera el correspondiente acto administrativo motivado por no tener argumentos suficientes y consistentes, deberá reintegrarlo a un cargo equivalente o de mejor categoría al que venía ocupando cuando fue desvinculado.

En **sentencia T-010 de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**, en los hechos se estableció que mediante el Decreto 533 de 2006, expedido por el Gobernador del Departamento del Bolívar, fueron suprimidos los cargos que ocupaban en provisionalidad los accionantes.

La Sala consideró que los procesos de reestructuración administrativa pueden traer como consecuencia la redefinición de la planta de personal de una entidad pública y la posible afectación de los intereses de los trabajadores; por ello, con el fin de asegurar la garantía de estabilidad laboral, estos procesos deben prever mecanismos de protección de los derechos laborales de los trabajadores, a través de figuras como la reubicación en un cargo similar o la indemnización, si a ella hay lugar.

De otro lado, se mencionó que el proceso de reestructuración administrativa de una entidad no desliga a la Administración de la obligación de motivar las decisiones de desvinculación que, como consecuencia de dicho proceso, sea necesario adoptar, es decir, que dichos actos administrativos de desvinculación por reestructuración deben igualmente ser motivados, señalando los motivos o razones de interés general relacionados con la eficiencia y eficacia de la función pública que llevaron a decretar la reestructuración. De este modo, los funcionarios nombrados en cargos de carrera administrativa, en situación de provisionalidad,

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-007 de 2008, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

gozan del derecho a que en caso de desvinculación, por razones de reestructuración administrativa, el respectivo acto administrativo sea debidamente motivado.

Esta Corporación estimó que la acción de tutela no es procedente en el presente asunto, por lo que los actores tenían que haber acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a fin de desvirtuar la presunción de legalidad del Decreto 533 de 2006, y obtener la indemnización de perjuicios correspondiente, mediante la utilización de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. No obstante, como se ha dicho que para obtener el reintegro y la indemnización de perjuicios la acción pertinente no es la de tutela, excepcionalmente puede ser procedente, si la protección se pide como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable; pero como esta última circunstancia no se demostró no se concede el amparo solicitado.

Mediante **sentencia T-157 de 2008, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil**, el señor Martín Humberto Mier Rosero interpuso tutela, debido a que la Fiscalía General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento en provisionalidad del actor en el cargo Asistente de Fiscal II, el cual no fue debidamente motivado.

Nuevamente menciona la Corte, que la desvinculación de un servidor público que ha sido nombrado de manera provisional debe realizarse a través de un acto administrativo motivado, con el objeto de respetar su derecho fundamental al debido proceso.

En conclusión para esta Corporación, un servidor público que ha sido nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, goza de estabilidad laboral intermedia y por ello el acto administrativo que declare la insubsistencia en el nombramiento de su cargo debe ser motivado expresando las razones fundadas en motivos disciplinarios, o en el desempeño de sus labores o en la ley por las cuales opera su retiro³⁶.

Además debe tenerse en cuenta que, las anteriores consideraciones son aplicables no solo a la carrera administrativa en general, sino también a los regímenes de carrera especiales, dentro del cual se encuentra el Régimen de Carrera de la Fiscalía General de la Nación. En consecuencia, el accionante, al ostentar una estabilidad laboral intermedia, tiene derecho a que el acto administrativo por el cual se declaró insubsistente el cargo de carrera desempeñado en provisionalidad, se motive conforme con las causales legales.

De esta manera, la Sala comentó que la tutela constituye el mecanismo idóneo para exigir la motivación de un acto administrativo por el cual se desvincula a un servidor público nombrado en provisionalidad, por tratarse de una petición

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-157 de 2008, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

autónoma, por lo que protegió el derecho fundamental del actor al debido proceso y ordenó al Fiscal General de la Nación que motive la Resolución Número 0472 del 20 de febrero de 2007, y que en el evento que no lo haga en el plazo establecido (48 horas), proceda al reintegro del actor al cargo que venía desempeñando en la entidad accionada.

En **sentencia T-270 de 2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería**, el Juzgado Civil del Circuito de Túquerres declaró insubsistente en el cargo de escribiente nominada de ese despacho, el que venía ocupando la accionante en provisionalidad, al haber aceptado el traslado por carrera de la señora Silvia Enith Miranda Martínez.

La Corte Constitucional afirmó, como lo había hecho en anteriores providencias, que la estabilidad de los funcionarios que ocupan cargos de carrera no se reduce por el hecho de que se encuentren desempeñándolos en provisionalidad:

La diferenciación entre cargos de carrera y de libre nombramiento y remoción tiene consecuencias directas en cuanto a la estabilidad laboral de unos y otros empleados estatales. Mientras que los primeros sólo pueden ser desvinculados del servicio con base en razones objetivas, como sanciones disciplinarias, calificaciones insatisfactorias u otras causales previstas en la ley, los segundos dependen de la facultad discrecional del nominador, quien puede retirarlos del cargo sin expresar los motivos de esa decisión. En consecuencia, los servidores que ejercen cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral mayor respecto a quienes se desempeñan en empleos de libre nombramiento y remoción.

(...)

La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera en cargo de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse³⁷.

Es necesario tener en cuenta que en el presente caso, la declaratoria de insubsistencia en el cargo que venía ocupando la demandante como escribiente cumple con los requisitos que la jurisprudencia ha señalado como válidos, es decir, que la señora Núñez Rengifo fue cesada en sus actividades para que el cargo que venía desempeñando, que es de carrera y que presentaba una vacante definitiva fuera copado por una persona que sí pertenecía a la carrera, por ello la persona que la reemplazó, la señora Miranda Martínez, se sometió a las diferentes

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

etapas que se exigen para pertenecer a la carrera de la Rama Judicial. De esta manera, el hecho de que la provisión del cargo no se haya efectuado directamente como resultado de un concurso sino por virtud de un traslado, no es impedimento para que la situación se ajuste a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, configurando uno de esos casos en los que la estabilidad laboral del nombrado en provisionalidad debe ceder ante un mejor derecho, que es el de aquel que se encuentra ya dentro de la carrera judicial. En consecuencia no fue procedente la acción de tutela interpuesta.

Con **sentencia T-341 de 2008, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández**, se estudia el caso del señor Luis Fernando Torres Murcia quien presentó acción de tutela contra el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta, por considerar que dicha autoridad judicial vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo, al proferir sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por él adelantado contra la Fiscalía General de la Nación, al establecer que el Tribunal Administrativo del Meta incurrió en “vía de hecho”, pues la Corte Constitucional ha sido reiterativa en el sentido de decir que cuando un funcionario viene ocupando un cargo en provisionalidad y este corresponde a un cargo de carrera administrativa el acto administrativo que lo declara insubsistente debe venir acompañado de una motivación, lo cual no tuvo en cuenta la autoridad judicial accionada.

Para resolver el presente asunto, la Corte aduce similares criterios a los establecidos en la sentencia T-254 de 2006, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, la cual ya fue comentada en su oportunidad.

Basta decir, que se concedió la tutela contra la providencia judicial del Tribunal Administrativo del Meta, en virtud de que desconoció el unificado y reiterado precedente de tutela en materia de necesidad de motivación del acto de desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Razón, por la cual resolvió revocar las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta y Primera del Consejo de Estado, respectivamente, que rechazaron la acción de tutela y, en su lugar, concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor Torres Murcia, dejando sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 22 de noviembre de 2005, y obligando a dicha autoridad judicial, proferir una nueva decisión sobre la demanda presentada por el actor.

Mediante **sentencia T-356 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto**, el señor Jhon Oueimer Martínez Rojas, instauró acción de tutela contra la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, por cuanto este ente profirió el acto administrativo a través del cual se lo declaró insubsistente sin que hubiera mediado motivación alguna.

Expresa la Sala la necesidad de expresar las razones con fundamento en las cuales se declara insubsistente a un funcionario nombrado en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera, subrayando que:

Fuera de las anteriores consideraciones, la jurisprudencia constitucional ha recalado cómo en vista de los límites trazados en relación con la discrecionalidad de quien goza de la facultad de nominación para declarar insubsistente a personas “gozan de una cierta estabilidad” que ha sido denominada por la Corte Constitucional como “estabilidad intermedia” de suerte que quien ocupe “cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. **Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia**³⁸.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional advierte que si bien los actos administrativos que declaran la insubsistencia de una persona nombrada en provisionalidad requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados en provisionalidad ostentan los derechos que se derivan de la carrera, y en particular el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente.

En tratándose del caso concreto, la Sala amparó el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso del señor Martínez Rojas, dejando sin efectos jurídicos el acto administrativo de insubsistencia expedido por la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, ordenando a la entidad demandada a reintegrar al peticionario y ubicarlo en un puesto de igual o mejor categoría al que ocupaba, hasta tanto la entidad no expida un nuevo acto administrativo fundado en motivos suficientes y consistentes. Señalando que mientras ello no ocurra, el peticionario tiene derecho a permanecer en el cargo y a recibir todos los salarios y prestaciones dejados de percibir a partir del momento en que fue desvinculado del cargo.

En **sentencia T-437 de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra**, se trata eventos similares a los establecidos en las sentencias T-254 de 2006 y T-341 de 2008, en donde la Corte encuentra que la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció el precedente constitucional que ha sido desarrollado para los eventos en los cuales existe un acto de desvinculación de un servidor público que ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y éste no se ha motivado.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-356 de 2008 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

En consecuencia, la Sala encuentra que el desconocimiento abierto de la jurisprudencia constitucional lleva a la violación del derecho al debido proceso del actor y, en consecuencia, revoca el fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que a su vez confirmó la providencia de la Sección Cuarta de la misma Corporación, ordenando al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que profiera una nueva sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Roberto Carlos Ariza Urbina contra la Nación, Senado de la República.

Igualmente en **sentencia T-580 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto**, se discute situaciones similares a las de las providencias T-254 de 2006, T-341 de 2008 y T-437 de 2008, por cuanto la Sala de Revisión considera que la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado incurrió en una causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales debido a que inaplicó los precedentes constitucionales referentes a la necesaria motivación de los actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera.

En ese orden, estableció la Corte revocar las sentencias de tutela proferidas por las Secciones Cuarta y Quinta del Consejo de Estado respectivamente, mediante las cuales se negó la tutela al señor Alberto Sigifredo Chamorro Rivas, amparando el derecho fundamental al debido proceso administrativo del accionante. Además ordenó dejar sin efectos, la sentencia proferida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, y estableció que esta Corporación en el término de cuarenta y ocho (48) horas de inicio a la adopción de las medidas necesarias para volver a pronunciarse sobre la apelación presentada por el accionante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

A través de **sentencia C-753 de 2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería**, se presentó que la señora Luz Patricia Trujillo Marín, en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, presentó demanda contra el artículo 10, inciso final del artículo 15, inciso segundo del artículo 17, inciso primero (parcial) del artículo 19, inciso primero (parcial) del artículo 20, inciso segundo del artículo 23 (parcial), inciso primero (parcial) del artículo 24, artículo 25, literal a) y penúltimo y último inciso del artículo 28, literal b) del artículo 31, parágrafo del artículo 56, artículos 58 a 61, literal h) del artículo 65, artículo 66 (parcial), inciso segundo del artículo 67, inciso tercero del artículo 73, artículo 74, artículo 80 (parcial), inciso final (parcial) del artículo 84, artículo 86, artículo 87 (parcial) y artículo 90 del Decreto Ley 091 de 2007 “por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración personal”.

En cuanto al tema que se esta discutiendo, reafirmó esta Corporación que:

La jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad o en encargo o suprimen cargos en provisionalidad, ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a los vías de excepción para proveer cargos de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es precaria, esta corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiendo motivar por ejemplo arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso³⁹.

Por consiguiente, la Sala al observar que en uno de los preceptos normativos demandados no se prevé la necesidad de motivación del acto administrativo mediante el cual se realiza el nombramiento en provisionalidad o en encargo, sino que tan sólo se hace mención de situaciones “cuando sea estrictamente necesario”, procedió a condicionar la constitucionalidad de la disposición demandada, bajo el entendido que la provisión de cargos en provisionalidad o en encargo en la administración del sector defensa se realizará hasta cuando se provea el cargo respectivo mediante concurso público o hasta cuando se reintegre el titular del cargo; añadiendo que la provisión de cargos del sector defensa en forma provisional o por encargo, con miembros en servicio activo de la Fuerza Pública, deberá ser justificada mediante acto administrativo motivado, en donde se deberán exponer las razones por las cuales se considera que es estrictamente necesario dicha provisión en provisionalidad o en encargo.

Finalmente en el año 2008, la Corte expidió la **sentencia T-1022 de 2008, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla**, en el cual se estudia el caso de la señora Claudia Yaneth Jiménez Soler, quien mediante la Resolución N° 691 de septiembre 27 de 2007, los Registradores Distritales dieron por terminado el nombramiento provisional que tenía sin motivación diferente a la citación de algunas normas y una sentencia del Consejo de Estado, en la que se señaló 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.

Esta corporación al respecto, señaló que es necesaria e indispensable la motivación de los actos administrativos que den por terminada o declaren la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, en los siguientes términos:

Al tenor de estas consideraciones, también ha sostenido la Corte Constitucional que la acción de tutela resulta procedente para solicitar la completa expresión de los motivos que sustentan la terminación o la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento de carrera, cuando quiera que el nominador que la expide no los exprese de manera espontánea y suficiente, en consideración a que no se trata de controvertir la validez o

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-753 de 2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.

legalidad del acto administrativo en cuestión, para lo cual existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de una circunstancia que se relaciona con el debido proceso administrativo, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política⁴⁰.

Con base en aquel argumento, la Sala concedió la tutela con carácter definitivo, por la vulneración del debido proceso al no haber sido motivado el acto administrativo de desvinculación, y ordenó a los Registradores Distritales del Estado Civil que expidan un nuevo acto administrativo en el que se expresen las razones por las cuales se dio por terminado el nombramiento provisional de la actora, para que ella pueda ejercer contra tal acto administrativo los medios de impugnación previstos en la ley.

En **Sentencia C-901 de 2008, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo**, la Corte Constitucional, en sesión de la Sala Plena celebrada el día 17 de septiembre de 2008, realizó el respectivo control de constitucionalidad al proyecto de ley No. 117/07 del senado y 171/07 de la Cámara de Representantes, por el cual se buscaba reformar algunos artículos de la Ley 909 de 2004, ante la objeción por inconstitucionalidad presentada por el ejecutivo.

Las normas acusadas señalaban:

Artículo 1º. Adiciónese el siguiente párrafo nuevo, que será el 2º, al artículo 3º de la Ley 909 de 2004 y modifíquese la nomenclatura quedando el actual párrafo 2º como párrafo 1º:

Parágrafo 2º. Período de Transición. Los empleados que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, estuviesen ocupando cargos públicos vacantes de forma definitiva, en calidad de provisionales, del sistema general de carrera, y que a la entrada de la vigencia de la presente ley aun ocupen dichos cargos, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales contenidas en el artículo 41 de la misma Ley. Mientras permanezcan en sus cargos su desempeño será evaluado anualmente, siguiendo el procedimiento que se establezca en el reglamento.

Los demás empleos serán provistos con las listas de elegibles resultantes de las convocatorias que adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil del sistema general de carrera, utilizándose también cuando se generen vacantes en cumplimiento del inciso anterior. Las listas de elegibles resultado de la Convocatoria número 001 de 2005 tendrán una vigencia de tres años.

Para las entidades y organismos del Estado cuya carrera sea vigilada y administrada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es un deber reportar las vacantes definitivas que deben ser provistas mediante concurso público, en las fechas que señale este organismo, su incumplimiento y el de las demás directrices e instructivos constituyen falta disciplinaria.

[...]

⁴⁰ Corte Constitucional. sentencia T-1022 de 2008, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Artículo 4º. Los servidores públicos que se encuentren ocupando cargos de vacancia definitiva, en calidad de provisionales, y con discapacidades (físico, mental, visual o auditivo) y les faltaren menos de tres (3) años para pensionarse contados a partir de la promulgación de la presente ley, tendrán derecho a los beneficios establecidos en el artículo 1º de esta ley para los trabajadores nombrados en provisionalidad.

[...]

Artículo 7º. Sistemas específicos y especiales de origen legal. Los empleados que a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004, estuviesen ocupando cargos públicos vacantes de forma definitiva, en calidad de provisionales, de los sistemas específicos y especiales de origen legal, con excepción del que rige para el personal docente, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales enlistadas a continuación y siempre que los concursos públicos que se estén adelantando se encuentren en etapa anterior a la publicación de la lista de elegibles:

- 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) Por renuncia regularmente aceptada;
- d) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- e) Por invalidez absoluta;
- f) Por edad de retiro forzoso;
- g) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- h) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo;
- i) 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;
- j) Por orden o decisión judicial;
- k) Por supresión del empleo;
- l) Por muerte;
- m) Por las demás señaladas por la Constitución Política y la ley.

Mientras permanezcan en sus cargos su desempeño será evaluado anualmente, siguiendo el procedimiento que se establezca en los respectivos reglamentos de la entidad correspondiente.

Los demás empleos serán provistos con las listas de elegibles resultantes de las convocatorias que adelanten los respectivos organismos encargados para tal fin.

Para las entidades y organismos del Estado cuya carrera sea vigilada y administrada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, es un deber reportar las vacantes definitivas que deben ser provistas mediante concurso público, en las fechas que señale este organismo, su incumplimiento y el de las demás directrices e instructivos constituyen falta disciplinaria.

[...]

Artículo 8º. Modificar el párrafo del artículo 4º de la Ley 1033 de 2006, el cual quedará así:

Parágrafo. Período de Transición. Los empleados públicos civiles y no uniformados del Sector Defensa, que a la fecha de publicación de la Ley 1033 de 2006, estuviesen ocupando cargos públicos en calidad de provisionales del sistema especial de carrera del

Sector Defensa, no podrán ser separados de su cargo sino por las causales de retiro previstas en el Decreto-ley 091 de 2007. Mientras permanezcan en sus cargos su desempeño será evaluado anualmente siguiendo el procedimiento establecido para los empleados pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa.

Los procesos de selección para proveer los demás empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa serán desarrollados de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto 091 de 2007 y las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, y la convocatoria deberá efectuarse dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia del citado decreto ley.

Para las entidades y dependencias que integran el Sector Defensa, los nombramientos provisionales se continuarán rigiendo por lo dispuesto en el Decreto 091 de 2007 y las demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen.

Artículo 9º. Los servidores y empleados de la Fiscalía General de la Nación, que a la entrada en vigencia de la Ley 938 de 2004 "Estatuto Orgánico de la Fiscalía", estuviesen ocupando cargos en provisionalidad, no podrán ser separados del mismo sino por las causales de retiro previstas en el artículo 77 de la Ley 938 de 2004. Su evaluación se hará de acuerdo a los procedimientos establecidos para los empleados de Carrera⁴¹.

El Gobierno apreció que los artículos 1, 4, 7, 8 y 9 del proyecto de ley desconocían el principio de mérito como regla general de acceso a la función pública mediante procesos de selección públicos y abiertos, como también el derecho a la igualdad en la medida que preveían la permanencia en el servicio de un grupo minoritario de personas que se encontraban vinculadas provisionalmente, sin tener la obligación de demostrar su mérito a través de un concurso.

Frente a lo expuesto, la Sala decidió declarar fundadas las objeciones presidenciales y en consecuencia inexecutable los artículos 1, 4, 7, 8 y 9 del proyecto de ley No. 117 de 2007 Senado - 171 de 2007 Cámara.

La Corte resaltó en el fallo la importancia del mérito como principio fundamental para el ingreso y permanencia en el ejercicio de la función pública, el cual se concreta en el establecimiento de la carrera administrativa en todos los empleos de los órganos y entidades del Estado, con las excepciones previstas en la ley, la cual desarrolla los principios de eficiencia y eficacia para el desarrollo de la función pública, y el principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública, contribuyendo a la dotación de una planta de personal capacitado e idóneo y a que los servidores públicos adquieran una estabilidad laboral, a partir de la obtención de resultados positivos en la cumplida ejecución de los cometidos estatales. De esta manera, encontró que las hipótesis

⁴¹ Proyecto de Ley No. 117/07 Senado – 171/07 Cámara, por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y constitucional y se dictan otras disposiciones en materia de Carrera Administrativa.

reguladas en los artículos 1, 4, 7, 8 y 9 del proyecto de ley objetado, desconocían el principio del mérito y selección objetiva para acceder al ejercicio de la función que impone el ingreso a la carrera administrativa mediante concurso.

Se resalta de la providencia que el proyecto de ley conferiría a los empleados nombrados en provisionalidad una estabilidad que los eximiría de presentarse a los concursos de méritos, lo cual va en contravía de la misma jurisprudencia que esta Corporación ha sentado, en los siguientes términos:

En efecto, las disposiciones objetadas otorgan un tratamiento preferencial y favorable para quienes ocupan actualmente, en provisionalidad, cargos de carrera vacantes en forma definitiva, por cuanto los habilita para permanecer en sus empleos y disfrutar de las prerrogativas de los funcionarios de carrera, en contraste con otros empleados y ciudadanos aspirantes. Advirtió que mientras éstos deben someterse a un proceso de selección público y abierto, aquellos gozarían de estabilidad en el cargo sustraídos de la obligación de demostrar su mérito. El trato diferencial es injustificado como quiera que respecto de los empleados *provisionales*, esto es, quienes ocupan temporalmente los cargos de carrera mientras se efectúa el correspondiente concurso de méritos, no puede predicarse la existencia de un derecho adquirido de ingreso a la carrera ni la existencia de condiciones jurídicas especiales que los exima de tener que participar en un concurso público de méritos para acceder a la misma, como todos los aspirantes a llegar a un cargo de carrera, sea que lo hayan ejercido o no. Cosa distinta es que, como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia de esta Corte, el reemplazo de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera deba hacerse siempre con personas seleccionadas mediante concurso público de méritos y que en todo caso, mientras no exista lista de elegibles para el cargo, el retiro de los mismos deba motivarse de manera expresa para garantizar la defensa del empleado contra despidos arbitrarios⁴².

Haciendo mención especial al artículo 4, adujo que si bien las personas discapacitadas gozan de una estabilidad laboral reforzada, en razón de su condición de debilidad manifiesta, ello no justificaba su ingreso automático y la permanencia en un cargo de carrera sin hacerlo mediante concurso, y para las personas próximas a pensionarse, estableció que el legislador podía establecer medidas especiales para garantizar sus derechos laborales, tal como la pensión anticipada.

Frente a este fracaso, actualmente cursa en el Congreso de la República el **proyecto de acto legislativo N° 23 de 2008 Senado, 259 de 2008 Cámara**, el cual busca adicionar al artículo 125 de la Constitución Política un párrafo transitorio el cual prevé:

⁴² Corte Constitucional. Comunicado de prensa No. 41, Sentencia C-901 de 2008, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores públicos que se encuentran en provisionalidad siempre y cuando durante cinco (5) años o más hayan desempeñado un cargo de carrera, con buen desempeño del servicio y que cumplan las calidades y requisitos exigidos para el desempeño del cargo. Igual derecho lo tendrán los servidores de las carreras especiales y de los sistemas específicos de carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos.

Mientras se surte este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando y no se podrá iniciar ninguno⁴³.

Consideran los ponentes que se debió de haber consagrado un régimen de transición bajo la figura de una inscripción extraordinaria de manera transitoria, para las personas (provisionales) que durante algún tiempo hubieran laborado en un cargo de carrera, así no hubieran concursado, con el fin de no generar situaciones injustas a personas que tienen un amplio conocimiento en los aspectos relacionados con el cargo, que lo desempeñan de manera ejemplar y que por no superar las pruebas quedan por fuera de la entidad. No obstante, estiman que hacia el futuro todos los cargos necesariamente tendrán que ocuparse mediante procesos de concurso público.

Este proyecto superó la etapa de conciliación, en el que el texto del articulado quedó de la siguiente manera:

Artículo 1º. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:

“Párrafo transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.

⁴³ Proyecto de Acto Legislativo N° 23 de 2008 Senado, 259 de 2008 Cámara “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”. Presentado por Germán Enrique Reyes Forero, Carlos Germán Navas Talero, Carlos Arturo Piedrahita Cárdenas, River Franklin Legro Segura.

Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente párrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular.

Artículo 2º. El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación⁴⁴.






Por otra parte el Gobierno Nacional el día 26 de diciembre del año 2008 numeró y ordenó la publicación del acto legislativo 01 de 2008, que ordena de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público, la inscripción en carrera administrativa de los funcionarios que a 23 de septiembre de 2004 ocupaban cargos de carrera en provisionalidad o en encargo y que al momento de la inscripción continuaran desempeñándolos, comprendiendo tal prerrogativa a los empleados de los niveles municipal y departamental, los pertenecientes a la Rama Ejecutiva y los trabajadores de los establecimientos públicos, las corporaciones autónomas, las personerías, las superintendencias, la Aeronáutica Civil, el DAS, la DIAN y El INPEC. Adicionalmente contempla la suspensión de los actuales concursos, con excepción del concurso de notarios, la carrera judicial, la carrera diplomática y consular, lo cual evidencia un cambio profundo en la posición del Gobierno que había manifestado un rechazo en contra del proyecto.




De acuerdo a lo expuesto en páginas anteriores, es probable que el proyecto de acto legislativo sea declarado inconstitucional, dado que el principio general para ingreso al servicio público es la carrera administrativa, la cual tiene sustento en la meritocracia, que no puede ser desconocida por el Legislador so pena de ir en contravía de la Constitución Política, que prevé la igualdad de condiciones y oportunidades para que todos los colombianos puedan acceder al desempeño de cargos públicos. En cuanto a los empleados que se encuentran nombrados en provisionalidad sólo bastará recordar que su estabilidad estará supeditada a que se nombre en el cargo que ocupan a la persona que superó el correspondiente concurso de méritos, o que en su defecto sea separado del servicio por un proceso disciplinario o por razones del servicio, sin querer ello significar que estos funcionarios tengan iguales condiciones o prerrogativas de aquellos servidores que se encuentren inscritos en carrera.

















⁴⁴ Proyecto de Acto Legislativo N° 23 de 2008 Senado, 259 de 2008 Cámara de Representantes, "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política". Texto conciliado.



CUADRO 1. LINEA CORTE CONSTITUCIONAL.

¿Cuál es el nivel de estabilidad laboral de los empleados que ocupan cargos en provisionalidad de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional?

<p>Las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, por ende su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como esta permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción. Por consiguiente se debe motivar el acto de desvinculación.</p>	<p style="text-align: center;"></p> <p>SU-250/98 M.P. Alejandro Martínez C. △</p> <p>T-576/98 M.P. Alejandro Martínez C. </p> <p>T-800/98 M.P. Vladimiro Naranjo Meza. △</p> <p>C-371/99 M.P. José Gregorio Hernández. △</p> <p>C-734/00 M.P. Vladimiro Naranjo Meza. △</p> <p>T-1241/01 M.P. Manuel José Cepeda. △</p> <p>C-793/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño. </p> <p>T-884/02 M.P. Clara Inés Vargas. △</p> <p>T-610/03 M.P. Alfredo Beltrán Sierra. △</p> <p>T-752/03 M.P. Clara Inés Vargas. △</p> <p>T-1011/03 M.P. Eduardo Montealegre. </p> <p>T-597/04 M.P. Manuel José Cepeda. </p> <p>T-951/04 M.P. Marco Gerardo Monroy.</p>	<p style="text-align: center;">△</p> <p style="text-align: center;">SU-250/98 Salvamento de voto M. Fabio Moron Díaz Conjuez Susana Montes</p>	<p>Al empleado nombrado en provisionalidad no les asistía el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos y, por ende, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.</p>
---	---	--	---

	 T-1206/04 M.P. Jaime Araujo Rentería.		
	 T-1240/04 M.P. Rodrigo Escobar Gil.		
	△ T-031/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño.		
	△ T-222/05 M.P. Clara Inés Vargas.		
	△ T-392/05 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.		
	△ T-454/05 M.P. Manuel José Cepeda.		
	△ T-660/05 M.P. Jaime Córdoba Triviño.		
	△ C-733/05 M.P. Clara Inés Vargas.		
	△ C-1119/05 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.		
	△ T-1162 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra.		
	△ T-1310/05 M.P. Álvaro Tafur Galvis.		
	△ T-1316/05 M.P. Rodrigo Escobar Gil.		
	△ T-1323/05 M.P. Manuel José Cepeda.		
	 T-070/06 M.P. Marco Gerardo Monroy.		
	△ T-081/06 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.		
	△ T-156/06 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.		

	<p> T-254/06 M.P. Marco Gerardo Monroy.</p> <p> T-634/06 M.P. Clara Inés Vargas.</p> <p> C-279/07 M.P. Manuel José Cepeda.</p> <p> T-384/07 M.P. Manuel José Cepeda.</p> <p> T-729/07 M.P. Marco Gerardo Monroy.</p> <p> T-007/08 M.P. Manuel José Cepeda.</p> <p> T-010/08, M.P. Marco Gerardo Monroy.</p> <p> T-157/08 M.P. Rodrigo Escobar Gil.</p> <p> T-270/08, M.P. Jaime Araújo Rentería.</p> <p> T-341/08 M.P. Clara Inés Vargas.</p> <p> T-356/08 M.P. Humberto Sierra Porto.</p> <p> T-437/08 M.P. Marco Gerardo Monroy.</p> <p> T-580/08 M.P. Humberto Sierra Porto.</p> <p> C-753/08 M.P. Jaime Araújo Rentería.</p> <p> T-1022/08 M.P. Nilson Pinilla Pinilla</p> <p> C-901/08, M.P. Mauricio González C.</p>		
--	--	--	--

Sentencia fundacional: 
Sentencia hito: 

2. PRECEDENTE JUDICIAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL DE EMPLEADOS PÚBLICOS QUE OCUPAN CARGOS EN PROVISIONALIDAD

La construcción por parte del Consejo de Estado de un precedente judicial en materia de estabilidad laboral de los servidores públicos en provisionalidad se comienza a elaborar en el año de mil novecientos noventa y ocho (1998) con la ***sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", C.P. Dra. Clara Forero de Castro, de diecinueve (19) de Junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número12531.***

En esta providencia se aborda la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuesta por el señor Joaquín Miguel Romero Calle quien solicitó al Tribunal declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio N° 034000 - 2730 de marzo 22 de 1989, proferido por la Jefe de la División de Personal Nacional de Telecom, mediante el cual se da por terminado su nombramiento provisional en esa entidad.

En cuanto a si se puede predicar o no algún tipo de estabilidad laboral en los empleados que ocupan cargos en provisionalidad, expresa el Consejo de Estado en esta primera oportunidad que:

Como se deduce de la norma transcrita, el empleado vinculado a Telecom mediante nombramiento provisional, - y esta es la preceptiva general - , no goza de ningún fuero de inamovilidad, razón por la que el nominador por motivos del buen servicio público, puede ejercer en cualquier momento y antes del vencimiento de la provisionalidad, la facultad de libre remoción. Sin embargo, esa remoción debe hacerla el funcionario competente para ello⁴⁵.

Desde esta perspectiva, el decreto 2200 de 1987 que regulaba el Régimen Especial de Administración de Personal y de Carrera Administrativa para los empleados de la antigua Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Telecom), señalaba en su artículo 17, literal c, que los nombramientos en esta empresa pueden realizarse a través de la figura de la provisionalidad cuando por situaciones excepcionales se provean transitoriamente por una sola vez y en un mismo cargo, empleos de carrera con personal no seleccionado por el sistema de concurso, no excediendo tal vinculación de doce (12) meses. Facultándose dentro

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", C.P. Dra. Clara Forero de Castro, de diecinueve (19) de Junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número12531.

de este período, para que el empleado nombrado provisionalmente pueda ser retirado del servicio.

En el caso concreto, esta Corporación hace referencia a que el Jefe de la División de Personal carecía de competencia para dar por terminado el nombramiento hecho al señor Romero Calle y que la ratificación de ese acto producida por el Presidente de la Empresa mediante resolución No. 001000 - 8317, cuatro meses después de la desvinculación del actor, no podía convalidar una actuación viciada que ya había producido todos sus efectos. Por esa razón estimó la Sala acertada la decisión del Tribunal al darle prosperidad al cargo de incompetencia formulado en la demanda y al restablecimiento del derecho, porque el nombramiento del demandante en provisionalidad no podía sobrepasar el término de 12 meses contados a partir de la posesión.

Esta sentencia inicial deja en claro que los trabajadores en provisionalidad no gozan de ningún fuero de estabilidad, y que por motivos del buen servicio público su nominador puede proceder a su retiro, siempre y cuando este dentro de sus facultades tal potestad.

En el mismo año en **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Javier Díaz Bueno, de diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número 17881**, se estudia el asunto del señor Luis Alfonso Triana Castiblanco, quien en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el acto administrativo por el cual se le declaró insubsistente el nombramiento del cargo de Abogado Auxiliar grado 19, el cual desempeñaba en provisionalidad.

La Sala consideró que el artículo 7º del Decreto Ley 052 de 1987 contiene el principio según el cual todos los cargos de la Rama Jurisdiccional son de carrera y deberán ser provistos por el sistema de méritos, y que no se prevé en ninguna aparte que el empleado nombrado en provisionalidad tenga derecho a permanecer en el cargo por el resto del período, como lo pretendía el demandante.

Confirmando la sentencia de primera instancia que no accedió a las pretensiones de la demanda y siguiendo los lineamientos establecidos en anterior providencia, manifestó:

Las razones que anteceden, son suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda, pues se ha dicho en reiteradas oportunidades, la designación no confiere al empleado ningún fuero de relativa estabilidad

y en consecuencia el nominador está notificado para ejercer la facultad de libre remoción en cualquier momento⁴⁶.

En igual sentido se pronunció la **Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Luis Camilo Osorio Isaza, en sentencia de septiembre veintitrés de mil novecientos noventa y ocho, Radicación número 1140**, en la cual el señor Ministro de Transporte solicitó a la Sala concepto acerca de la interpretación y aplicación del decreto 1330 de 13 de julio de 1.998, reglamentario del parágrafo 2° del artículo 15 y el artículo 16 de la Ley 443 de 1.998, referente a los procesos de selección de los empleados que venían ejerciendo cargos de carrera con el carácter de provisionales.

Estima la Sala respecto de los empleados que se encuentran desempeñando cargos en provisionalidad que:

En consecuencia, observa la Sala que respecto de tales empleados, no existe fuero de inamovilidad, pues se trata de personal que ejerce cargos de carrera transitoriamente, sin estar inscritos en ella y por tanto, el nominador está autorizado para ejercer la función de proveerlos conforme a la ley y pueden ser desvinculados por carecer de fuero de estabilidad, como ya lo disponía el artículo 107 del decreto 1950 de 1973⁴⁷.

De acuerdo con lo anterior, la Sala respondió que ni la ley 443 de 1.998 y el decreto 1572 del mismo año, establecieron fuero de inamovilidad respecto de empleados que a la fecha de promulgación de aquella ley se encontraban desempeñando cargos de carrera sin estar inscritos en ella. Además, que el parágrafo 2° del artículo 15 de la ley 443 de 1998 no permite establecer un mecanismo previo de inamovilidad para empleados no inscritos en carrera administrativa, pero que éstos empleados pueden participar en el respectivo concurso que se convoque para proveer el cargo, sin necesidad de acreditar requisitos diferentes a los que demostraron al momento de tomar posesión del mismo, cuando lo desempeñen sin solución de continuidad.

En el año 2002, contrariando la tesis sentada por el Consejo de Estado de inexistencia de estabilidad laboral, se profieren dos sentencias que refutan tal posición. Inicialmente con **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de veinte (20) de junio de dos mil dos (2002), Radicación número 25000-23-25-000-1999-3487-01(4084-01)**, se decidió el recurso de

⁴⁶ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Javier Díaz Bueno, de diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número 17881.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Luis Camilo Osorio Isaza, en sentencia de septiembre veintitrés de mil novecientos noventa y ocho, Radicación número 1140.

apelación interpuesto por la parte actora contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se estudió el caso del señor Javier Heriberto Gudiño Ojeda, quien en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda contra la Contraloría General de la República, para que se declare la nulidad de la Resolución 06000 de 4 de diciembre de 1998, por la cual fue declarado insubsistente del cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, de la Dirección Seccional de Bogotá.

Si bien la Corte inicia por reconocer que no pueden predicarse iguales derechos de quien se encuentra nombrado en provisionalidad respecto de quien se halla designado en propiedad, considera que solo podrá cederse su titularidad cuando el cargo ha de proveerse con quien ha superado el respectivo concurso de méritos. En tal sentido, afirmó que:

Los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública tienen una estabilidad restringida, pues, para su desvinculación, debe mediar por lo menos un acto administrativo motivado como garantía plena del debido proceso (artículo 29 Constitucional). A menos, claro está, que el cargo se vaya a proveer con quien participó y superó el respectivo proceso de selección.

La anterior afirmación, tiene fundamento constitucional en el artículo 53, que consagra como principio mínimo fundamental el de la estabilidad laboral, el cual sólo podrá ser afectado cuando se trate de atender intereses de carácter general, situaciones en las cuales podrían verse sacrificados, según el caso, derechos particulares o individuales⁴⁸.

Por lo tanto, el acto de retiro en estos casos debe siempre estar motivado para que pueda ejercerse el derecho de defensa por el afectado.

Concluye que el acto jurídico cuestionado se halla viciado de nulidad, por proceder a su retiro sin motivación y no mediar concurso, procediendo a revocar la sentencia apelada y ordenando el reintegro del actor junto con el pago de los emolumentos dejados de devengar desde el retiro del servicio hasta que se produzca su reintegro.

Manteniendo igual criterio, se profiere **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, de agosto quince (15) de dos mil dos (2002), Radicación número 88001-23-31-000-1999-0008-01(745-01)**, en la que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la providencia del Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en el proceso iniciado contra la Contraloría General de la República, en la que el señor Jorge Juan

⁴⁸ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de veinte (20) de junio de dos mil dos (2002), Radicación número 25000-23-25-000-1999-3487-01(4084-01).

Clavijo Bendeck pidió al Tribunal anular la resolución número 05452 de noviembre 12 de 1998, expedida por el Contralor General de la República, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Director Seccional, Nivel Directivo, Grado 24, de la Dirección Seccional de San Andrés Isla.

En tratándose de un empleo de carrera administrativa, la Subsección expresa que no puede el nominador designar y remover libremente a estos empleados, pues para ello deben respetarse garantías constitucionales y legales inherentes a dichos cargos. No obstante, señala que no pueden predicarse iguales derechos de quien se encuentra nombrado en provisionalidad respecto de quien se halla en propiedad, pero sólo podrá cederse su titularidad cuando el cargo se provea con quien ha superado el respectivo concurso de méritos.

Al igual que la sentencia de veinte (20) de junio de dos mil dos (2002), Radicación número 25000-23-25-000-1999-3487-01(4084-01), se estableció que:

Los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública tienen una estabilidad restringida, pues, para su desvinculación, debe mediar por lo menos un acto administrativo motivado como garantía plena del debido proceso (artículo 29 Constitucional). A menos, claro está, que el cargo se vaya a proveer con quien participó y superó el respectivo proceso de selección.

La anterior afirmación, tiene fundamento constitucional en el artículo 53, que consagra como principio mínimo fundamental el de la estabilidad laboral, el cual sólo podrá ser afectado cuando se trate de atender intereses de carácter general, situaciones en las cuales podrían verse sacrificados, según el caso, derechos particulares o individuales⁴⁹.

De otra parte, la omisión de la entidad de dar inicio a los correspondientes concursos no puede ser asumida por el funcionario afectado con la medida discrecional, por lo cual se exige que la decisión de desvinculación que se adopte deba siempre estar motivada, a fin de que pueda ejercerse una defensa de sus derechos.

En el caso que se examina, la Sala observó que la Contraloría General de la República no adujo motivo alguno para la remoción, procediendo en consecuencia a dejar sin efectos jurídicos el acto administrativo acusado y revocando la sentencia del Tribunal Administrativo. Por lo cual, ordenó reintegrar al actor al cargo que desempeñaba o a otro de igual o superior jerarquía, a pagar los salarios y prestaciones sociales correspondientes a su condición de Director Seccional desde la fecha de su retiro hasta cuando se produzca la vinculación, y finalmente,

⁴⁹ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, de agosto quince (15) de dos mil dos (2002), Radicación número 88001-23-31-000-1999-0008-01(745-01).

decretó a la Contraloría General de la República efectuar el concurso correspondiente con el fin de proveer el empleo de manera definitiva.

En el año del 2003 se profiere **sentencia de la sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Ref. Expediente No. 3739-02, No. Externo 6238**, en la que la Sala decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que la señora Matilde Díaz Candelo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 389 del 27 de mayo de 1999, mediante la cual el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, dio por terminado el nombramiento provisional en el cargo de Profesional Especializado Código 3020 Grado 12.

Aduce el Consejo de Estado que no le asiste razón a la demandante al manifestar que por estar nombrada en provisionalidad le reportara el beneficio de sólo ser removida del mismo por provisión proveniente del concurso de méritos o por falta disciplinaria; advirtiendo, que no puede otorgarse al nombramiento en provisionalidad, un fuero de inamovilidad como si estuviera escalafonada en la carrera administrativa. Deduciendo por lo tanto que, no puede hablarse de alguna garantía de permanencia, en los siguientes términos:

El nombramiento en provisionalidad tiene un carácter eminentemente temporal y precario y no existe norma que le otorgue fuero de estabilidad, ni durante el lapso de provisionalidad ni posterior a su fenecimiento. De conformidad con el artículo 7º del decreto 1572 de 1998, la entidad podía retirarla del cargo, aún antes del vencimiento del período⁵⁰.

En virtud de lo anteriormente expuesto y al no haber prueba de que la demandante estuviera inscrita en carrera, la Sala confirmó la providencia materia de apelación, que denegó las pretensiones de la demanda.

En **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01 (4972-01)**, se resuelve el recurso de apelación en la que la actora demandó la nulidad de la Resolución No. 007 de julio 31 de 1998 proferida por la Jueza Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira, mediante la cual se dispuso declarar insubsistente el

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Ref. Expediente No. 3739-02, No. Externo 6238.

nombramiento de Asistente Jurídico Grado 19, que de manera provisional había venido desempeñando.

En primer lugar, estima el Consejo de Estado que cada Subsección de la Sección Segunda de esta Corporación, ha tenido posiciones divergentes frente al tema de la estabilidad laboral de empleados que ocupan cargos en provisionalidad, sosteniendo, por una parte la Subsección “A”, que esta clase de servidores gozan de una estabilidad restringida, requiriendo para su desvinculación de un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso. Por otro lado, la Subsección “B” ha dicho que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste fuero de inamovilidad, propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos, y que, por ende, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional del nominador, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.

Atendiendo a la necesidad de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el tema, consideró la Subsección “B” que:

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.

El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo⁵¹.

Adicionalmente resalta que el artículo 132-2 de la ley 270 de 1996, que regla el nombramiento en provisionalidad judicial, no establece que una vez hecho esta clase de nombramiento el designado obtenga estabilidad en el empleo hasta cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el nominador pierda la facultad de retirarlo. 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, por lo que, si quien ejerce un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aun no puede

⁵¹ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01, Ref. 4972-01.

proveerse el cargo a través de concurso, nuevamente podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.

Por otro lado, aduce que no es necesaria la motivación del acto administrativo que declara insubsistente el nombramiento de estos servidores públicos, dado que:

El personal 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.

Admitir lo contrario, conllevaría a conferirle, si no el estatus de empleado de carrera a quien se halla nombrado en provisionalidad, sí las garantías propias de tal condición, lo cual se opone a la preceptiva constitucional, pues ello implica un acceso automático a los derechos de la carrera judicial, lo que solamente puede ser el resultado de haber accedido al empleo mediante el sistema de concurso⁵².

En consecuencia, esta Sala 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.

En el caso concreto, se confirmó la sentencia de primera instancia, porque la actora fue declarada insubsistente en un cargo nombrada en provisionalidad y no a través del sistema de concurso, observando el Consejo de Estado que no le asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio por este medio, ni que al nominador le este dado motivar el acto de insubsistencia, puesto que de lo contrario se estaría aceptando que la servidora judicial goza de las garantías de carrera, sin estar así señalado en la ley, y no podrá exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera, como facultarse alegar la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables.

Posteriormente en **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Radicación número 25000-23-25-000-1999-5164-01(4519-02)**, conoció la Sala del recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual la parte actora y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 139 del 8 de marzo de 1999,

⁵² Ibid.

mediante la cual el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, dio por terminado el nombramiento provisional en el cargo de Profesional Especializado Código 3010 Grado 18.

Con similares argumentos a los contenidos en la primera providencia del año 2003, advierte, que no puede otorgarse al nombrado en provisionalidad un fuero de inamovilidad como si estuviera escalafonada en la carrera administrativa, lo único que le otorgaba era la expectativa de concursar para el cargo. En cuanto a la estabilidad se consagra que:

El nombramiento en provisionalidad tiene un carácter eminentemente temporal y precario y no existe norma que le otorgue fuero de estabilidad, ni durante el lapso de provisionalidad ni posterior a su fenecimiento. De conformidad con el artículo 7º del decreto 1572 de 1998, la entidad podía retirarla del cargo, aún antes del vencimiento del período⁵³.

En el caso que se examina, al no haber prueba de que la demandante estuviera inscrita en carrera, la Sala confirmó la providencia materia de apelación, que denegó las pretensiones de la demanda.

En **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, de once (11) de septiembre de dos mil tres (2003), radicación número 25000-23-25-000-1999-0173-01(4714-01)**, la señora Beatriz Libreros Caicedo, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de la Resolución Nro. 568 del 13 de agosto de 1998 expedida por el Director de la Comisión Nacional de Televisión, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo Profesional III, Grado de Remuneración 16, del Grupo Operacional de Analistas Evaluadores de Televisión.

Se reafirma por el Consejo de Estado, que no es dable predicar del empleado nombrado provisionalmente la misma condición del que se vincula a la administración previa superación rigurosa de un conjunto de etapas, que son los empleados nombrados en propiedad. En tal sentido dispuso que:

Ahora bien, la situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque 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

⁵³ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Radicación número 25000-23-25-000-1999-5164-01(4519-02).

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

(...)

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 solamente su buen desempeño y su eficiencia serán la directriz para que el nominador se vea enervado para disponer su retiro mediante acto de insubsistencia. Admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, conforme lo arguye la parte actora, distorsiona 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 mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo 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)⁵⁴.

De lo anterior se colige que, la estabilidad relativa solo esta en cabeza de quien ingresa a la carrera administrativa mediante concurso de méritos, y que a diferencia del empleado nombrado provisionalmente, al no haberse sometido a tal procedimiento, no se le puede conferir tales derechos como si se tratara de un empleado de carrera administrativa, por lo que el retiro del servicio de estos funcionarios puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado.

En el caso concreto se señala que no fue probada la ilegalidad del acto enjuiciado, dando pie para denegar las súplicas de la demanda.

Posteriormente en el año 2004, se expide la **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de doce (12) de febrero de dos mil cuatro (2004), Radicación número 11001-03-25-000-2001-0207-01(3016-01)**, en la que se solicitó la declaración de nulidad de la expresión "o provisionalidad" contenida en el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 "por el cual se reglamentan los Decretos -Leyes 2400 y 3074 de 1968 y se dictan otras disposiciones", manifestando que tal artículo, amplía y aumenta el ámbito de competencia de la potestad discrecional a los cargos de provisionalidad, al adicionarle la expresión acusada "o provisional", cuando ésta está reservada únicamente para los empleos de libre nombramiento y remoción.

Se predica que existe una lectura equivocada del actor que lo lleva a una conclusión errada, pues en manera alguna la disposición limitó tal potestad sólo a

⁵⁴ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, de once (11) de septiembre de dos mil tres (2003), radicación número: 25000-23-25-000-1999-0173-01(4714-01).

los nombramientos de libre nombramiento y remoción, ya que tal facultad puede ser ejercida, siempre y cuando el empleado no pertenezca a una carrera, es decir no tenga el fuero de relativa estabilidad que ella otorga. Así, el nombramiento provisional no otorga fuero alguno de estabilidad, habida cuenta que el empleado no ha accedido a la carrera por los medios legales.

De conformidad con lo señalado, establece el Consejo de Estado que:

Asimilar el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa a los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, que es en el fondo lo que pretende el demandante al pedir la nulidad de la expresión "o provisional" del artículo 1950 de 1973, como se colige de los argumentos expuestos en la demanda, distorsiona el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo.

La situación del designado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque 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 el retiro, a su vez, debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general⁵⁵.

De lo cual se desprende que, el retiro del servicio de los empleados nombrados en provisionalidad no está condicionado a la celebración del concurso de méritos, y que su retiro puede darse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado. Por ende, no prosperó la censura de la expresión acusada, negando la Sala las súplicas de la demanda.

En el año 2005, en la **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, de mayo doce (12) de dos mil cinco (2005), Radicación número 05001-23-31-000-1998-03737-01(2132-04)**, se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, señora Nancy Parra Hernández, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se estudio la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en la que se solicitó la nulidad de las Resoluciones Nos. 0-1555 de julio 17 y 0-2164 de 1998, emanadas del despacho del Fiscal General de la Nación, en virtud de las cuales se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Asistente Judicial I de la Dirección Regional de Fiscalías de Medellín.

⁵⁵ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de doce (12) de febrero de dos mil cuatro (2004), Radicación número 11001-03-25-000-2001-0207-01(3016-01).

Se establece por la Subsección "A" que como la demandante desempeñaba el cargo sin haber ingresado a él mediante selección y concurso de méritos, no le asisten derechos de carrera, al no estar inscrita en el escalafón, ni gozaba de fuero de estabilidad en el empleo, ya que para gozar de las prerrogativas propias e inherentes de la carrera administrativa, el servidor público debió haber accedido al empleo oficial mediante un concurso o proceso de selección.

En esta providencia se reafirma la jurisprudencia contenida en sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, Rad. 4972-01, en la que se precisó que la provisión de los cargos en provisionalidad no implica que la persona designada no pueda ser removida del servicio hasta que se produzca el nombramiento previsto legalmente, puesto que estos empleados no tienen fuero alguno de estabilidad, pudiéndose proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna. En consecuencia concluyó que:

- 1.- El nombramiento provisional tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema de concurso de méritos.
- 2.- Ello no implica que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente.
- 3.- 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 desempeñe.
- 4.- La autoridad nominadora mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público.
- 5.- 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.
- 6.- 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.
- 7.- La normatividad que consagra las circunstancias de retiro, procedimiento y recursos, es para el personal de carrera.
- 8.- 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.
- 9.- El retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado⁵⁶.

En el caso concreto como no se pudo desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo de declaración de insubsistencia del cargo, por móviles

⁵⁶ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, de mayo doce (12) de dos mil cinco (2005), Radicación número 05001-23-31-000-1998-03737-01(2132-04).

distintos al buen servicio para su expedición, se declaró que los actos acusados se ajustaban a derecho, negando las pretensiones de la demanda.

En *sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005), Radicación número 25000-23-25-000-2002-07251-01(2637-04)*, se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda formulada por Libardo Riency Mantilla Rosas, quien interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No 0-0312 del 27 de febrero de 2002, por la cual el Fiscal General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario II de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Bogotá.

La Sala estima que la persona que se encuentra nombrada en provisionalidad es posible removerla, debido a que fueron discrecionales las facultades por las cuales se le designó; por consiguiente:

La condición de haber sido nombrado hasta que pueda hacerse la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorga al empleado estabilidad hasta cuando sea reemplazado mediante concurso ni el nominador pierde la facultad para removerlo. La estabilidad sólo existe para el personal de carrera.

(...)

Por no estar escalafonado en la carrera y no contar con estabilidad no puede exigirse que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso.

El empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio. Si aún no puede proveerse el cargo por concurso se puede designar al reemplazante nuevamente en provisionalidad. En consecuencia, la circunstancia de que no se haya convocado a concurso para proveer la vacante del actor no vicia de nulidad el acto de retiro⁵⁷.

De acuerdo con lo mencionado, la Sala aduce que la provisionalidad está dirigida a no interrumpir la prestación del servicio y no a generar estabilidad a quien se le confía el cargo. Por otro lado, como la demandante no logró demostrar que con su

⁵⁷ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005), Radicación número 25000-23-25-000-2002-07251-01(2637-04).

retiro y la posterior designación de la Sra. Peñate se haya desmejorado el servicio, procedió la Subsección a confirmar la sentencia de primera instancia y por lo tanto a denegar las pretensiones entabladas.

Mediante **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de primero (1) de septiembre de dos mil cinco (2005), Radicación número 25000-23-25-000-2002-08691-01(2542-04)**, se estudia la apelación interpuesta por la parte demandante en contra de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en donde se analizó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho orientada a obtener la nulidad de tres actos proferidos por el Director General del Fondo de Cofinanciación para la Inversión Rural (DRI), a saber, Resolución No.56, por la cual efectuó la incorporación de funcionarios a la planta global de personal del Fondo, sin incluir al actor; Resolución No. 57, por la cual realizó unos nombramientos ordinarios; Oficio 2, por el cual le comunicó al actor la supresión de su empleo a partir del 20 de marzo de 2002, según lo dispuesto por el Decreto 2864 del 24 de diciembre de 2001.

Al respecto, la ya citada sentencia del año 2003 con No. Interno 4972-01, había señalado que el empleado nombrado en provisionalidad ostentaba una posición diferente a la del vinculado y escalafonado en carrera, por no haber accedido al cargo mediante concurso, y a la del designado por la vía de libre nombramiento y remoción, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente se trata de uno de carrera; de este modo, no se le otorga ninguna clase de estabilidad a estos servidores ni el nominador pierde la facultad para removerlo.

Frente a la desvinculación de estos empleados, debe tenerse en cuenta que:

Por no estar escalafonado en la carrera y no contar con estabilidad no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera, de manera que su retiro sin los procedimientos propios del personal de carrera, que no le son aplicables, no puede considerarse violatorio del debido proceso.

El empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio. Si aún no puede proveerse el cargo por concurso se puede designar al reemplazante nuevamente en provisionalidad.

La permanencia en el cargo del empleado provisional por encima del término previsto en la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, ni el nominador adquiere la obligación de motivar el acto pues estas circunstancias no pueden modificar la condición legal de provisionalidad⁵⁸.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de primero (1) de septiembre de dos mil cinco (2005), Radicación número 25000-23-25-000-2002-08691-01(2542-04).

De acuerdo con lo anterior, la Sala pronuncia que no puede el demandante reclamar fuero de estabilidad, toda vez que la designación hecha en provisionalidad tiene lugar en forma discrecional y, por ello, su remoción puede efectuarse de la misma manera, no gozando de derechos de carrera, en tanto que ellos sólo se obtienen merced al cumplimiento de un sistema de selección por méritos. Concluyendo que la supresión del cargo, de la cual fue objeto, constituye causal de retiro del servicio, y que los medios de prueba tendientes a sustentar los fundamentos de su acusación no fueron acreditados, confirmando la decisión del Tribunal que negó las pretensiones de la demanda.

En el año 2006 se expide **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, de nueve (09) de marzo de dos mil seis (2006), Radicación número 15001-23-31-000-1998-01184-01(4387-04)**, en la que se decide el recurso de apelación contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en donde el señor Edgar Hildebrando Cano González, haciendo uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho reclamó la nulidad de Res. No. 0-1309 del 19 de junio de 1998, expedida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de investigador judicial I, de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Tunja.

Reitera el Consejo de Estado que no es posible reconocer una estabilidad al empleado nombrado en provisionalidad y que se puede proceder a retirar de forma discrecional por el nominador, por cuanto no requiere de procedimiento ni motivación el acto administrativo de insubsistencia.

La Sala aduce que al no estar demostrado que el actor estaba inscrito en carrera, no puede amparársele por un fuero de estabilidad, lo cual da pie para que su nombramiento sea declarado insubsistente en cualquier momento, sin necesidad de motivar la providencia, porque no goza de los derechos del personal escalafonado que ha ingresado al servicio mediante concurso de méritos, ni mucho menos pueda vinculársele a las prerrogativas que se han otorgado a estos empleados, y que no es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de falsa motivación y desviación de poder, ni que esté incurso en la causal de violación del debido proceso, dado que la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos, es para el personal de Carrera. Así las cosas, y como quiera que el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad que ampara al acto demandado, la Sentencia apelada fue confirmada en esta instancia.

En **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Jaime Moreno García, de ocho (8) de junio de dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-2001-00995-01(0402-05)**, conoció la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que el

señor Hernando Vargas Noreña, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución N° 0-1066 del 4 de julio de 2001, expedida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se le declaró insubsistente del cargo de Técnico Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Bogotá.

Si bien inicialmente el ponente considera que no pueden predicarse iguales derechos de quien se encuentra nombrado en provisionalidad respecto de quien se halla designado en propiedad, y que la titularidad del cargo así provisto sólo puede cederse cuando se designe en él a quien ha superado el respectivo concurso de méritos, finalmente termina por adoptar la tesis mayoritaria de la Sección Segunda del Consejo de Estado, fijada en sentencia de 13 de marzo de 2003, expediente 1834-01.

Acogiendo los argumentos expuesto en dicha providencia, y dada la condición del nombramiento provisional del demandante, la Sala prevé que no existe violación de normas sobre provisionalidad, ni ausencia de causa legal alguna para proceder a su desvinculación, pues es claro que resulta procedente la facultad de libre nombramiento y remoción sin necesidad de motivación alguna, y si bien el servidor público actuó con eficiencia en sus funciones, tales condiciones no son tenidas en cuenta, dado que son un deber de todo servidor público en el desempeño de sus funciones y presupuesto indispensable para garantizar la adecuada prestación del servicio público, sin que ello signifique la creación de un fuero especial de estabilidad.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones la Sala confirmó la providencia de primera instancia, que no accedió a las pretensiones de la demanda.

Posteriormente en **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de veintisiete (27) de julio de dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-1999-00272-01(0933-05)**, se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, mediante la cual el actor en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la nulidad de la resolución No. 0989 del 30 de julio de 1998, expedida por el Director General de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de profesional especializado 3010-21, dependiente de la Regional Villeta; y la No. 1060 del 20 de agosto de 1998, que niega los recursos de reposición y apelación.

Acogiendo la posición predominante, se sigue que si el empleado no está inscrito en el escalafón de carrera, no se puede predicar la existencia de un fuero de relativa estabilidad, puesto que el solo hecho de desempeñar un cargo de carrera, no confiere las prerrogativas que ella otorga. En este sentido se expresa que:

Asimilar el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa a los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, que es en el fondo lo que pretende el demandante, como se colige de los argumentos expuestos en la demanda, distorsiona el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo.

La situación del designado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque 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 el retiro, a su vez, debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general⁵⁹.

Po consiguiente, hasta que el cargo clasificado como de carrera administrativa no sea provisto por concurso, el empleado que ocupa provisionalmente se encuentra en una situación precaria que no le otorga fuero alguno de estabilidad, por lo que se puede proceder a su retiro de forma discrecional mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala confirmó la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Frente a la anterior providencia, se profirió **Salvamento de Voto por parte del Dr. Jaime Moreno García**, en el que expresó que se separa de la decisión adoptada en la sentencia, porque considera que como el cargo que desempeñaba el actor no era de libre nombramiento y remoción, sino de carrera administrativa, y mientras no se provea en forma legal, es decir a través de propiedad, previo concurso de méritos, o se dé una razón objetiva para que opere el retiro, por encontrarse nombrado en provisionalidad goza de una estabilidad restringida y la decisión de desvinculación debe ser motivada.

Además, considera que debe acogerse y acatarse el precedente de la Corte Constitucional que ha sostenido en forma unificada y reiterada que resulta indispensable motivar el acto para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad, con el fin de no vulnerar el derecho al debido proceso, la cual se encuentra sustentada en las sentencias SU-250/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-070/06, T-1206/04, T-031/05 y T-222/05.

Con el ánimo de reforzar su tesis y de desvirtuar las consideraciones de la Corte Constitucional sobre el tema, se profiere **la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena, C.P. Dra. Ana**

⁵⁹ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de veintisiete (27) de julio de dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-1999-00272-01(0933-05).

Margarita Olaya Forero, de octubre diecinueve (19) de dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-2002-06975-01(3934-05), en la que se estudió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que abordó el caso de la señora Martha Wilfer Moreno Alzate, quien entabló acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Resolución No. 180063 de enero 31 de 2002, expedida por la Ministra de Minas y Energía de la época, mediante la cual declaró la insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado 3010, Grado 20, de la Dirección de Minas.

Para proceder a resolver el asunto, el Consejo de Estado reitera su tesis que quien ingresa a un cargo de carrera con nombramiento en provisionalidad no adquiere fuero alguno de inamovilidad, pues, sólo la estabilidad relativa deviene de la circunstancia de haber superado un proceso de concurso y haber accedido al referido cargo por méritos y en propiedad, por tal motivo, el acto que declara la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad no requiere motivación, ni trámite administrativo previo, pues estas condiciones son solo predicables de quienes acreditan derechos de carrera.

Debe tenerse en cuenta que a partir de esta providencia la Sala Plena de esta Corporación deja en claro cual es su posición frente a la línea jurisprudencial que a trazado la Corte Constitucional sobre el tema que se aborda, considerando que la conclusión a la que llegó la Corte es errada, dado que cuando el Consejo de Estado examina la legalidad de un acto administrativo hace una confrontación frente a las normas constitucionales; y el hecho de darle aplicación a la ley como sucede en el caso de los nombramientos provisionales en cargos de carrera, implica que dicha ley se tiene ajustada a la Constitución, ya sea porque ha sido objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la Corte en cualquiera de sus modalidades de control, o porque el Congreso ha actuado con sujeción a la Constitución en el proceso de producción de la misma.

Con fundamento en la anterior perspectiva, la Sala se aparta de la tesis defendida por la Corte Constitucional, añadiendo que:

No podrá alegarse la violación crasa del derecho de defensa del declarado insubsistente, pues, de todas maneras tiene la posibilidad de acudir ante la jurisdicción administrativa en ejercicio de las diferentes acciones contenciosas para que la desviación de poder que hubiere podido presentarse sea analizada y de acuerdo con la prueba allegada al expediente, sea corregida, garantizando de esta manera el derecho de defensa.

(...)

El otro soporte que utiliza la Corte para establecer la necesidad de motivación de los actos de desvinculación de cargos de carrera ocupados en provisionalidad, es la improcedente asimilación, a su juicio, entre cargos de carrera provistos en provisionalidad y cargos de libre nombramiento y remoción que reitera la jurisprudencia del Consejo de Estado;

argumento frente al cual ha de oponerse que la Sala entiende y acepta la diferencia que hay entre estas dos categorías jurídicas y que se trata una asimilación para un propósito específico, que no fue una invención de esta Corporación; pues ella provino de la misma ley⁶⁰.

Por otro lado se expresa que, la voluntad del legislador respecto de la no motivación del acto de insubsistencia se encuentra en tres normas. La primera, esta en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto 2400 de 1968, que prevé que en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia. El segundo, se encuentra en la derogación de Decreto 1330 de julio 13 de 1998 por parte del Decreto 1754 de agosto 26 de 1998, que establecía una estabilidad para quienes eran nombrados provisionalmente en cargos de carrera y consagraba la prohibición para los nominadores de declarar insubsistente los nombramientos de los empleados con carácter provisional. Y en tercer lugar, en el Decreto 2504 de 1998, modificatorio del artículo 4º del Decreto 1572 de 1998, que dispone que el nombramiento provisional se hace de manera transitoria, lo que deja por fuera la presunta estabilidad relativa, y seguidamente, en el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998, en su parte final señala que el empleado vinculado en provisionalidad deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador, de lo cual se desprende que no exige motivación.

En el caso concreto, la Sala establece que la sentencia de primera instancia será confirmada, porque el juicio de legalidad del acto demandado, frente a la causal de desvío de poder aducida por la demandante no resultó acreditado, y en el debate se estableció contundentemente la motivación del acto demandado que resultó ajustada a derecho.

Mediante **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, de treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006), Rad. No. 18001-23-31-000-2002-00252-01(2427-05)**, se decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Caquetá, en donde se analizó el caso del señor Yovanny Perea quien interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad de la Resolución No. 0662 de 11 de abril de 2002, expedida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario I de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Florencia.

⁶⁰ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de octubre diecinueve (19) de dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-2002-06975-01(3934-05).

Por tratarse de un empleado nombrado en provisionalidad, se establece que no le es dable predicar que pueda ostentar la misma condición del servidor público que se vincula a la administración mediante la superación de las etapas de un concurso de méritos. Siendo así, la discrecionalidad, es la pauta para proceder al retiro del servicio, y en consecuencia, puede procederse a su retiro del servicio mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado.

Partiendo de esta premisa, la Sala reitera una vez más la siguiente posición:

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 solamente su buen desempeño y su eficiencia serán la directriz para que el nominador se vea enervado para disponer su retiro mediante acto de insubsistencia. Admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, conforme lo arguye la parte actora, distorsiona 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 mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo 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)⁶¹.

Analizando el caso concreto, el acto acusado fue expedido en virtud de una atribución discrecional, la cual debe estar inspirada en el mejoramiento del servicio público y del interés general, gozando por ende, de la presunción de legalidad y de haber sido expedido en aras del buen servicio. En consecuencia al no desvirtuarse la presunción enunciada la Subsección corroboró el fallo de primera instancia, que no accedió a las pretensiones de la demanda.

En *sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de siete (7) de diciembre de dos mil seis (2006), Radicación número 05001-23-31-000-2001-03229-01(1953-05)*, se estudio el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, propuesta por la señora Diana Patricia Parra Botero, con el fin de anular los actos administrativos contenidos en la Resolución No. 0045 de 16 de enero de 2001 y en el Oficio de 2 de febrero de 2001, por medio de los cuales se declaró insubsistente su nombramiento como Analista de Informática de la Dirección de Control Interno y se le notificó el contenido de la Resolución No. 0045 de 16 de enero de 2001, respectivamente.

⁶¹ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, de treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006), Rad. No. 18001-23-31-000-2002-00252-01(2427-05).

Como en repetidas ocasiones ha sostenido la Corporación, el nombramiento de la actora fue de carácter provisional ostentando una posición diferente a la del empleado escalafonado en carrera, por lo que cuenta el nominador con facultades discrecionales para retirarla, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en derecho se deshacen tal como se hacen.

La Sala de la Sección Segunda de esta Corporación, trae a colación los argumentos de la sentencia de 13 de marzo de 2003, Radicación No.76001-23-31-000-1998-1834-01, No. Interno 4972-01, que señaló que el empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio. Igualmente, se incorpora los fundamentos que pronunció el Consejo de Estado para no compartir el criterio establecido por la Corte Constitucional.

Por otro lado, se confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, dado que la supresión del empleo ocupado por la actora se encontró debidamente sustentado en el estudio técnico efectuado por la entidad, el cual iba dirigido especialmente a la racionalización del gasto, conforme la Ley 617 de 2000, evitar la duplicidad de funciones y la necesidad de redistribuir cargas de trabajo y funciones.

Con **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de siete (07) de diciembre dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-2003-05134-01(3731-05)**, se decidió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda, en la que el señor Julio Ernesto Maldonado Contreras, solicitó la nulidad de la Resolución No. 016 de 04 de febrero de 2002 (sic), expedida por la Gerente del Hospital Chapinero Empresa Social del Estado de Bogotá, D.C., por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento provisional en el cargo de Profesional Especializado Código 335 Grado 08 de la planta global de personal del Hospital de Chapinero E.S.E.; resolución aclarada por la No. 026 de 27 de febrero de 2003 proferida por la misma funcionaria, en el sentido de aclarar que la fecha de expedición de la resolución anterior era el 04 de febrero de 2003.

La Sala reitera en cuanto a la estabilidad de los empleados que se encuentran en nombramiento en provisionalidad que:

Los funcionarios nombrados en provisionalidad no gozan de fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan por concurso de méritos, es por ello que están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, que implica el proferimiento de un acto que no contiene una motivación extrínseca pero que intrínsecamente se presume que se fundamenta en el mejoramiento del servicio y en el interés general. Para desvirtuar esta presunción, le corresponde a la parte actora allegar los elementos probatorios tendientes a acreditar que

la medida adoptada no tuvo las finalidades señaladas. Situación que no se efectuó en el sub lite.

Además la provisión de cargos en provisionalidad mientras se hace la designación por concurso de méritos, no envuelve en sí que la persona designada no pueda ser removida del cargo hasta que se produzca el nombramiento por la vía del concurso. No es, ni ha sido voluntad del legislador condicionar el retiro del servicio a la celebración del sistema de méritos. De admitirse lo anterior se propicia un fuero de estabilidad que atenta contra el mérito, pilar de la carrera administrativa y se conferiría una extraña estabilidad que va en contravía del mejoramiento del servicio⁶².

Por las razones anotadas, confirmó la sentencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, debido a que el nombramiento de la actora fue en provisionalidad, lo que no le impedía el retiro del cargo al no ostentar ningún fuero de estabilidad.

En el año 2007, se encuentra la **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de primero (01) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación número 08001-23-31-000-2001-02166-01(8772-05)**, en donde se analizó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico que inicialmente estudió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que la señora Judith Esther Escobar Torrenegra presentó en contra del Municipio de Manatí, solicitando la nulidad del Decreto No. 033 de 29 de junio de 2001 expedido por el Alcalde de Manatí, por medio del cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Comisaria de Familia.

Como lo expresó en otras oportunidades, esta Corporación prevé que:

Los funcionarios nombrados en provisionalidad no gozan de fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan por concurso de méritos. Por lo antepuesto están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, que implica el proferimiento de un acto que no contiene una motivación extrínseca pero que intrínsecamente se presume que se fundamenta en el mejoramiento del servicio y en el interés general. Para desvirtuar esta presunción, le corresponde a la parte actora allegar los elementos probatorios tendientes a acreditar que la medida adoptada no tuvo las finalidades señaladas⁶³.

⁶² Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de siete (07) de diciembre dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-2003-05134-01(3731-05).

⁶³ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de primero (01) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación número 08001-23-31-000-2001-02166-01(8772-05).

Además, la parte actora invocó la violación del Decreto 1330 de 1998, en el cual se establecía que los respectivos nominadores no podían declarar la insubsistencia de los nombramientos durante el desarrollo de procesos de selección, lo cual no es de recibo para el Consejo de Estado, porque la citada norma fue derogada por el Decreto 1754 de 1998 de 25 de agosto de 1998, normatividad que no rige para el momento de la declaratoria de insubsistencia de la demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, y al no haber acreditado ningún vicio en el acto administrativo de retiro del servicio, la Sala confirmó la sentencia por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico denegó las súplicas de la demanda.

Luego, con **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de primero (1) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2002-00614-01(0614-05)**, se decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se demandó la nulidad de la Resolución No. 01342 del 31 de agosto de 2001, proferida por el Fiscal General de la Nación, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Profesional Universitario I de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Cundinamarca.

Para resolver el presente asunto, se recurre a los argumentos ya expuestos por la Sala Plena en sentencia del año 2006, recaído en el expediente No. 3934-05, añadiendo que las razones para la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado en provisionalidad pueden buscarse en los antecedentes a su expedición, como las anotaciones que haga el nominador en la respectiva hoja de vida, o en las razones aducidas por una y otra parte durante el debate dado en proceso contencioso.

En el caso que se estudia, la Sala no encontró algún indicio que pueda deducir el desmejoramiento del servicio a cargo de la entidad y que conduzca a desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado, ni mucho menos, la existencia de una relativa estabilidad, por encontrarse ocupando el actor en provisionalidad un cargo de carrera, por lo que confirmó la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

En **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de quince (15) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número 08001-23-31-000-2002-01191-01(9572-05)**, se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Atlántico, que negó las pretensiones formuladas por la señora Nivis del Carmen Anaya Barrios, en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoada contra el Distrito

Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, en la que se solicitó la anulación del acto administrativo contenido en la Resolución No. 266 de 28 de diciembre de 2001, por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento como Comisario de Familia, y del oficio del 4 de enero de 2002, por el cual se le puso en conocimiento la Resolución No. 266 de 2001.

Se advierte, que el cargo desempeñado por la actora es en provisionalidad, pero no por pertenecer a la carrera administrativa el mismo, se le puede conferir derechos de carrera, toda vez que, que conforme al artículo 125 de la Constitución Política, inciso 3, el ingreso a los cargos de carrera y su retiro se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley. En este orden de ideas se señaló que:

La simple circunstancia de ocupar un empleo de carrera no le otorga al funcionario derechos de carrera respecto del cargo que ocupa. En estos eventos la persona así designada se encuentra nombrada en provisionalidad y, como en repetidas ocasiones lo ha sostenido esta Sala, debido a que fueron discrecionales las facultades por las cuales se le designó, también en ejercicio de ellas es posible removerlo, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en Derecho se deshacen tal como se hacen.

La condición de haber sido nombrada hasta que se pudiera hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos no le otorgó ningún tipo de estabilidad ni mucho menos los derechos propios de un cargo de carrera.

De esta forma queda claro que quien ocupe un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera. Admitir lo contrario equivaldría a conferirle garantías que la Ley no le reconoce⁶⁴.

De esta manera, como para el nombrado en provisionalidad opera la discrecionalidad, no es factible que se exija procedimientos, ni motivación para proceder a su retiro, dado que por no estar inscrito en carrera y no contar con estabilidad no puede reclamar las mismas prerrogativas que la ley consagra a favor de los empleados de carrera.

Por consiguiente, la Sala estimó que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora no tenía por qué motivarse, toda vez que se trataba del ejercicio de una facultad discrecional que la ley le confiere al nominador, y que la circunstancia que no se haya convocado a concurso para proveer la vacante de la actora no vicia de nulidad la Resolución No. 266 de 28 de diciembre de 2001.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de quince (15) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número 08001-23-31-000-2002-01191-01(9572-05).

Mediante **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2001-08248-01(0990-05)**, se decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Decreto 210 de 8 de mayo de 2001 proferido por el Personero de Bogotá D.C., por medio del cual declaró insubsistente su nombramiento.

La Sala reitera su criterio jurisprudencial en cuanto a que los nombramientos en provisionalidad se asimilan a los de libre nombramiento y remoción dada la similitud en la forma de provisión, por lo que la administración puede en cualquier tiempo declararlo insubsistente, a través de acto administrativo que no requiere motivación, siempre y cuando se busque mejorar el servicio e interés general. Por lo que dicha presunción que la ley le otorga a estos actos administrativos, debe ser desvirtuada por el particular en orden a establecer motivos diferentes.

Por lo tanto, no es dable que se predique que el empleado nombrado provisionalmente pueda ostentar la misma condición del que se vincula a la administración previa superación de un concurso, concibiéndose que:

Admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, conforme lo arguye la parte actora, distorsiona 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 mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo siempre que no se obtenga calificación insatisfactoria en la prestación de los servicios⁶⁵.

Con respecto al argumento contenido en la apelación, según el cual, el acto es nulo porque no se dejó constancia de los hechos y las causas que originaron la insubsistencia en la hoja de vida de la actora, la Sala afirma que tal exigencia puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia, y en consecuencia, es un requisito de índole formal que no tiene la virtualidad de afectar la validez del acto; de manera que, la inobservancia en atender esta norma, puede solo llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite, pero no tiene la dimensión para que la decisión sea nula.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2001-08248-01(0990-05).

Frente a la anterior providencia se presentó ***aclaración de voto presentada por el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, Referencia Nro. 0990-05, Radicación Nro. 250002325000200108248 01***, en la cual se sostiene que en aras de no continuar permitiendo la vigencia de decisiones secretas u ocultas que se apoya en la presunción de legalidad de esta clase de actos y que se expidió para mejorar el servicio, se debe plasmar en la hoja de vida de los empleados que ocupan cargos en provisionalidad, las razones que motivaron su desvinculación en la forma como lo consagra el artículo 26, inciso 2º del Decreto 2400 de 1968, para poder gozar de la mentada presunción.

Significa lo anterior, que la administración si pretende continuar beneficiándose de la presunción de legalidad de los actos de retiro de empleados clasificados como de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa pero en condición de provisionalidad deberá acreditar en la sede jurisdiccional que plasmó en la hoja de vida del empleado las circunstancias o hechos antecedentes de la decisión, pues sólo así, podrá presumirse que la decisión se profirió para el mejoramiento del servicio.

A su turno, si la administración consignó en la hoja de vida las razones o hechos antecedentes que originaron el retiro, corresponde al administrado controvertir el hecho deducido – mejoramiento del servicio – vale decir, que las razones expuestas por el nominador no son ciertas, son inexactas e irreales, lo cual se traduce en la práctica en la necesidad de desvirtuar la presunción de legalidad y en virtud de ella, asumir la totalidad de la carga probatoria⁶⁶.

En consecuencia, la anotación en la hoja de vida de las razones que motivaron el retiro de los servidores públicos en provisionalidad determina para la administración, ante la sede jurisdiccional, seguir gozando de la presunción de legalidad y por ende, le corresponderá al demandante entrar a desvirtuarla allegando los elementos probatorios tendientes a demostrar que con el acto de retiro se desmejoró el servicio.

En síntesis, en el ejercicio de la facultad de retiro de los empleados en provisionalidad, se presume la legalidad del acto, es decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos, lo cual no afecta la validez del acto de retiro, pero su omisión, acarrea para la administración la pérdida de la presunción de legalidad de su actuación en la sede jurisdiccional y si en el proceso contencioso no logra defenderla probatoriamente en contraste con la actividad del demandante, la consecuencia necesariamente tendrá que ser la declaratoria de nulidad de la decisión.

⁶⁶ Consejo de Estado. Aclaración de voto presentada por el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, Referencia Nro. 0990-05, Radicación Nro. 250002325000200108248 01.

En **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, de diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número 63001-23-31-000-2001-00892-01(7068-05)**, se decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia del Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por Jorge Hernán Palacino Córdoba contra el Departamento del Quindío, que estuvo encaminada a obtener la nulidad de la Resolución No. 000273 de 26 de abril de 2001, por medio de la cual el Gobernador (E) del Departamento del Quindío declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Jefe de Departamento, Código 280, Grado 33. Insistiendo el demandante, en la existencia de una desviación de poder, toda vez que la insubsistencia no fue producida por razones del buen servicio, sino fundada en la arbitrariedad y omisión en la motivación del acto; alegando además una estabilidad por cuanto no se había convocado a concurso, por lo que el proceder de la Administración era contrario al ordenamiento constitucional.

La Sala no compartió los planteamientos expresados en la apelación, porque observó que el actor se hallaba nombrado en provisionalidad, lo cual no le representaba ningún fuero de estabilidad, facultándose a la autoridad nominadora, mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, para ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público.

Vale la pena resaltar que esta providencia recurre nuevamente al precedente judicial establecido en la sentencia de 13 de marzo de 2003, expediente 4972-01, destacándose que:

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.

El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo.

La provisionalidad está dirigida a no interrumpir la prestación del servicio y no a generar estabilidad a quien se le confía el cargo⁶⁷.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez, de diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número 63001-23-31-000-2001-00892-01(7068-05).

Así las cosas, al no aparecer prueba que acredite los cargos endilgados contra el acto administrativo acusado, y al no encontrarse el actor favorecido por los beneficios de la Carrera Administrativa, no admite la Sala que el acto censurado haya quebrantado el ordenamiento jurídico, o que la decisión del nominador haya obedecido a un fin diferente al del buen servicio público, confirmándose el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

En **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2001-09939-01(6445-05)**, se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se estudió el caso del señor Rafael Josue Burgos Uribe, quien en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se demandó la nulidad de la Resolución Nro. 111 del 7 de junio de 2001, por medio de la cual fue declarado insubsistente del cargo que desempeñaba en el Hospital Vista Hermosa E.S.E..

Una vez más se argumenta que, la situación en provisionalidad no otorga fuero de estabilidad relativa alguno, y que en ejercicio de la facultad discrecional, que se presume encaminada al buen servicio público, se puede solicitar el retiro o terminación de la provisionalidad, sin que sea necesario consignar las razones o motivos que determinan la decisión; sin embargo, esta presunción legal puede ser desvirtuada, aduciendo y demostrando en el proceso, que no fueron razones del servicio o motivos de interés general, las que indujeron al nominador a dar por terminada la designación en provisionalidad.

En el caso que se examina, para la Subsección no se comprobó que el nominador se hubiera inspirado en motivos distintos al buen servicio público para expedir el acto administrativo de insubsistencia, razón por la cual, no era procedente la declaratoria de nulidad del acto de remoción censurado. En cuanto a la ausencia de motivación del acto acusado, advirtió la Sala que esta circunstancia no enerva el acto administrativo demandado, dado que la facultad del nominador es autónoma y resulta innecesaria razonar la decisión, y no se generó fuero de estabilidad por estar nombrado en provisionalidad.

Con **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de diecinueve (19) de julio de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2001-09123-01(3935-05)**, se decidió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda formulada por la señora Helga Peña Ceballos contra el Municipio de Bogotá, Contraloría de Bogotá, quien en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho solicitó declarar la inaplicación del Acuerdo 025 de 26 de abril de 2001, por el cual el Concejo de Bogotá D.C. modificó la planta de personal de la Contraloría Distrital, y la nulidad

del Oficio 1900-1030 de 17 de mayo de 2001, mediante el cual el Contralor de Bogotá D.C. le comunicó la supresión de su empleo.

Se insiste en que por el solo hecho de estar nombrado en provisionalidad y la circunstancia de ocupar un empleo de carrera, no le otorga al funcionario derechos de esta clase de empleados, y no queda cobijado por las normas que reglamentan el retiro de este personal.

Para reforzar su posición la Sala acude al fallo de 13 de marzo de 2003, Radicación No.76001-23-31-000-1998-1834-01, No. Interno 4972-01, en el que se señaló que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una posición diferente a la del empleado que se encuentra vinculado en carrera por no haber accedido al cargo mediante concurso de méritos, lo cual no le otorga estabilidad de ninguna clase. Además trae a colación los argumentos para separarse de la posición de la Corte Constitucional, los cuales ya fueron reseñados en su oportunidad.

En consecuencia, la Sala desestimó los argumentos de la apelante por no encontrarse asistida por los derechos de la carrera administrativa, en razón de que su vinculación al servicio de la Contraloría no fue el resultado de un proceso de selección por méritos, además, se encuentra probado que la supresión de cargos en la Contraloría Distrital de Bogotá, tuvo origen en la decisión de reestructurar la entidad y asegurarle condiciones financieras adecuadas, y porque la Contraloría Distrital de Bogotá obró adecuadamente en la medida en que el tipo de fuero reconocido a la actora fue respetado, solicitando el permiso correspondiente para proceder a su retiro, procediendo a confirmar el fallo del a-quo.

Con **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz, de veintiuno (21) de noviembre de dos mil siete (2007), Radicación número 85001-23-31-000-2007-00121-01(AC)**, se estudió en segunda instancia la acción de tutela encaminada a la protección de los derechos fundamentales al trabajo en condiciones dignas y justas y a la estabilidad laboral que las señoras Ana Victoria Bonilla Bermúdez, Blanca Doris Cárdenas Coronel, Betsabé Roldán Hernández, María Margarita Bohórquez Sánchez, Deisy Lizbeth Ramírez Forero, Doris Pedroza y Rosaura Jiménez Morales consideran vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), porque en su criterio, se estaba aplicando retroactivamente la Ley 909 de 2004 al incluir dentro de la Convocatoria N° 01 de 2005 los cargos que ellas desempeñan en provisionalidad en el Hospital Local de Tauramena E.S.E.

El Consejo de Estado argumenta que los empleos de las entidades estatales, por regla general, son de carrera y para acceder a ellos se deben cumplir los requisitos y condiciones que exija la ley. Al ser el Hospital de Tauramena E.S.E. una empresa social del estado del nivel territorial, a sus empleados públicos de

carrera les son aplicables en su integridad las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004. En virtud de ello:

Los derechos de carrera no se adquieren por el paso del tiempo, es necesario que quienes deseen ocupar un cargo en el Hospital Local de Tauramena E. S. E. y en cualquier otra entidad de aquellas a las que se les aplica la Ley 909 de 2004, deben superar el proceso de selección.

Por ello, si el empleado supera el término de su nombramiento provisional o por encargo, no significa que adquiera automáticamente los derechos de carrera. La convocatoria a todos los empleados busca amparar el derecho a la igualdad frente a las demás personas que no se encuentran en tales condiciones y que aspiran a ocupar cargos de carrera administrativa⁶⁸.

En razón de lo expuesto, la Sala estimó que las señoras Ana Victoria Bonilla Bermúdez, Blanca Doris Cárdenas Coronel, Betsabé Roldán Hernández, María Margarita Bohórquez Sánchez, Doris Pedroza y Rosaura Jiménez Morales, ocupan diversos cargos administrativos en provisionalidad, por lo que su permanencia en el empleo dependerá de que hayan participado y superado todas las etapas del concurso y que la CNSC las incluya en el registro público de elegibles para que de allí sean nombradas en el cargo al que se hayan presentado. No obstante lo anterior, no sucedió lo mismo con la señora Deisy Lizbeth Ramírez Forero, quien estaba inscrita en carrera administrativa según Resolución de Escalafón N° 0031 del 4 de septiembre de 1996 y tomó posesión del cargo de Promotora de Salud, considerándose que deberá cumplir con todas las etapas del concurso si le interesa no la permanencia sino el ascenso en el escalafón, aspirando a un cargo de mayor jerarquía.

Así las cosas, la Sala resolvió declarar denegada la acción de tutela solicitada por las señoras Ana Victoria Bonilla Bermúdez, Blanca Doris Cárdenas Coronel, Betsabé Roldán Hernández, María Margarita Bohórquez Sánchez, Doris Pedroza y Rosaura Jiménez Morales. En relación con la señora Deisy Lizbeth Ramírez Forero, la providencia impugnada fue confirmada.

Finalmente, ya en el año de 2008 en **sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, de veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07)**, decidió la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Santander, que negó las súplicas de la demanda instaurada por Fabio Alexander Ordóñez Amaya contra el Municipio de

⁶⁸ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz, de veintiuno (21) de noviembre de dos mil siete (2007), Radicación número 85001-23-31-000-2007-00121-01(AC).

Bucaramanga, quien en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, había solicitado que se declarara la nulidad de la Resolución No. 0352 del 14 de marzo de 2001 expedida por el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario.

Para la resolución del caso se estableció como eje central que:

Si bien frente a los cargos de carrera desempeñados por empleados en provisionalidad ha imperado la tesis según la cual éstos se asimilan en su tratamiento a los de libre nombramiento y remoción -dada la similitud en su forma de provisión- predicándose el ejercicio de la facultad discrecional para su retiro mediante acto administrativo que no requiere motivación, tal facultad se le ha endilgado a la Administración respecto de los empleados provisionales sin expresión real de la misma dentro del Ordenamiento Jurídico, presumiendo razones objetivas para su retiro, es decir, que la no expresión de motivación implica un fin intrínseco y adecuado de mejoramiento del servicio; sin embargo, cuando existe una motivación clara y expresa dentro del acto de insubsistencia de un empleado provisional, ya no opera la presunción referida y en su control jurisdiccional, se atiende la Administración a las razones de hecho y de derecho consignadas en dicho acto por cuanto constituye entonces un acto reglado, tal como se precisó inicialmente⁶⁹.

Así, no puede aducirse la facultad discrecional y presumirse las razones objetivas de mejoramiento del servicio, sujetándose el estudio del asunto a los motivos consignados en el acto de retiro del servicio que redundan en el prolongado vencimiento del término de duración de 4 meses previsto para esta clase de nombramientos, sin que mediara la prórroga del mismo.

Para la sala resultó clara la configuración de la causal de falsa motivación el haberse alegado como razón de la declaratoria de insubsistencia el cumplimiento del término de cuatro meses, debido a que el acto de nombramiento del demandante se produjo el 6 de abril del 2000, fecha para la cual los entes Públicos habían perdido competencia para convocar a procesos de selección para proveer los cargos de carrera administrativa vacantes dentro de sus plantas de personal, competencia que entonces correspondía exclusivamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual no se encontraba aun organizada, razón por la cual el vencimiento del término de cuatro meses aducido para la desvinculación del actor no tenía razón de ser, por cuanto no medio en ningún momento convocatoria a concurso de meritos que justificara su perentoriedad. Por ende, la facultad ejercida por el nominador obedecía a circunstancias de hecho diferentes.









⁶⁹ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, de veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07).

Sin embargo, advierte el Consejo de Estado que lo anterior no significa que el empleado provisional no pueda ser retirado o se le esté atribuyendo el fuero de estabilidad de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera, sino que la motivación aducida para el ejercicio de la facultad de retiro del mismo no obedeció a aquellas causales legalmente validas para proferir dicha decisión, en tanto resulta desajustada frente al contexto fáctico y los supuestos de hecho de la norma que autoriza su ejercicio.

Las anteriores consideraciones sirvieron para declarar la nulidad del acto administrativo acusado, lo cual conllevó la revocatoria de la sentencia apelada y el despacho favorable de las súplicas del demandante, correspondiéndole al actor el reintegro al servicio en un cargo de igual o superior categoría, como también el pago a título de indemnización de lo equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir a partir de la fecha en que fue retirado del servicio y hasta cuando opere su reintegro efectivo.

CUADRO 2. LINEA JURISPRUDENCIAL DEL CONSEJO DE ESTADO.


¿Cuál es el nivel de estabilidad laboral de los empleados que ocupan cargos en provisionalidad de conformidad con la Jurisprudencia del Consejo de Estado?


<p>Las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, por ende su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como esta permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción. Por consiguiente se debe motivar el acto de desvinculación.</p>	<p style="text-align: center;"></p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "A", C.P. Ana Margarita Olaya, 20 de junio de 2002, Rad. No. 25000-23-25-000-1999-3487-01(4084-01).</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "A", C.P. Alberto Arango Mantilla, 15 de agosto de 2002, Radicación número 88001-23-31-000-1999-0008-01(745-01).</p>	<p style="text-align: center;"></p> <p>C.E. Sec. 2 Subsección "A", C.P. Clara Forero de Castro, 19 de Junio de 1998, Rad. No. 12531.</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Javier Díaz Bueno, 19 de junio de 1998, Rad. No. 17881.</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>C.E. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P. Luis Camilo Osorio Isaza, 23 de septiembre de 1998, Rad. No. 1140.</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>C.E. Sec. 2, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, 13 de marzo de 2003, Ref. Expediente No. 3739-02, No. Externo 6238</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>C.E. Sec. 2, Sala Plena, C.P. Tarsicio Cáceres Toro, 13 de marzo de 2003, Rad. No. 76001-23-31-000-1998-1834-01, Ref. 4972-01 (4972-01).</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>C.E. Sec. 2, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, 13 de marzo de 2003, Rad. No. 25000-23-25-000-1999-5164-01(4519-02).</p>	<p>Al empleado nombrado en provisionalidad no les asistía el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos y, por ende, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.</p>
---	--	--	---

		<p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2 C.P. Alejandro Ordoñez, 11 de septiembre de 2003, Rad. No. 25000-23-25-000- 1999-0173-01(4714-01)</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2 C.P. Ana Margarita Olaya. 12 de febrero de 2004, Rad. No. 11001-03-25-000- 2001-0207-01(3016-01).</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "A" C.P. Alberto Arango Mantilla, 12 de mayo de 2005, Rad. No. 05001-23-31-000- 1998-03737-01(2132-04).</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Jesús María Lemos, 23 de junio de 2005, Rad. No. 25000-23-25-000- 2002-07251-01(2637-04).</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Jesús María Lemos, 1 de septiembre de 2005, Rad. No. 25000-23-25-000- 2002-08691-01(2542-04).</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Tarsicio Cáceres Toro, 09 de marzo de 2006, Rad. No. 15001-23-31-000- 1998-01184-01(4387-04).</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "A", C.P. Jaime Moreno García, 8 de junio de 2006, Rad. No. 25000-23-25-000- 2001-00995-01(0402-05).</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "A", C.P. Ana Margarita Olaya , 27 de julio de 2006, Rad. No. 25000-23-25-000- 1999-00272-01(0933-05)</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2, Sala Plena, C.P. Ana Margarita Olaya, 19 de octubre de 2006, Rad. No. 25000-23-25-000- 2002-06975-01(3934-05).</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Alejandro Ordoñez,</p>	
	<p style="text-align: center;">▲</p> <p>Salvamento de Voto, Dr. Jaime Moreno García, 27 de julio de 2006. Rad. No. 25000-23-25-000- 1999-00272-01(0933-05).</p>		

	<p>Aclaración de voto, Dr. Alejandro Ordóñez, Ref. No. 0990-05, Rad. No. 250002325000200108248 01</p>	<p>30 de noviembre de 2006, Rad. No. 18001-23-31-000- 2002-00252-01(2427-05). △</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Jesús María Lemos, 7 de diciembre de 2006, Radicación número 05001-23- 31-000-2001-03229-01(1953- 05). △</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Alejandro Ordoñez, 07 de diciembre de 2006, Rad. No. 25000-23-25-000- 2003-05134-01(3731-05). △</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Alejandro Ordoñez, 01 de febrero de 2007, Rad. No. 08001-23-31-000- 2001-02166-01(8772-05). △</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "A", C.P. Ana Margarita Olaya, 1 de marzo de 2007, Rad. No. 25000-23-25-000- 2002-00614-01(0614-05). △</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Jesús María Lemos, 15 de marzo de 2007, Rad. No. 08001-23-31-000- 2002-01191-01(9572-05). △</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Alejandro Ordoñez, 17 de mayo de 2007, Rad. No. 25000-23-25-000- 2001-08248-01(0990-05). △</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Bertha Lucia Ramírez, 17 de mayo de 2007, Rad. No. 63001-23-31-000- 2001-00892-01(7068-05). △</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Alejandro Ordoñez, 24 de mayo de 2007, Rad. No. 25000-23-25-000- 2001-09939-01(6445-05). △</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "B", C.P. Jesús María Lemos, 19 de julio de 2007, Rad. No. 25000-23-25-000- 2001-09123-01(3935-05).</p>	
--	---	--	--

		<p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 4, C.P. Ligia López Díaz, 21 de noviembre de 2007, Rad. No. 85001-23-31- 000-2007-00121-01(AC)</p> <p style="text-align: right;">△</p> <p>C.E. Sec. 2, Subsección "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez, 26 de junio de 2008, Rad. No. 68001-23-15-000-2001-01916- 01(0606-07).</p>	
--	--	--	--

Sentencia fundacional: 

Sentencia hito: 

3. CONCLUSIONES

PRECEDENTE JUDICIAL DEL CONSEJO DE ESTADO: *Inexistencia de estabilidad laboral en los empleados nombrados en provisionalidad.* A partir del año 2003 hasta la fecha, el trasfondo de la tesis del Consejo de Estado, es que de igual manera a como sucede en los casos de nombramientos efectuados para cargos de libre nombramiento y remoción, quien ingresa a un cargo de carrera con nombramiento en provisionalidad no adquiere fuero alguno de inamovilidad, debido a que la estabilidad relativa a que tendría derecho un funcionario que ocupa un cargo de carrera provendría solamente de las circunstancias de haber superado un proceso de concurso y haber accedido al referido cargo por méritos y en propiedad. Se establece tal situación, porque el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador, que escoge en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función, y el retiro procede en las mismas circunstancias, que sin embargo deberá estar precedida de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.

De otro lado, si bien el Consejo de Estado reconoció inicialmente, en el año 2002, que la desvinculación de los funcionarios que ocuparan cargos de carrera en provisionalidad debía ser motivada, así fuera sumariamente, se apartó de tal posición a partir de la Sentencia de la Sección Segunda del 13 de marzo de 2003, expediente 1834-01, Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro, dejando de solicitar tal elemento, por la discrecionalidad del nominador y la falta de estabilidad en esta clase de empleados.

PRECEDENTE JUDICIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: *Existencia de estabilidad laboral relativa en los empleados que ocupan cargos en nombramiento en provisionalidad.* La tesis reiterativa de la Corte Constitucional se circunscribe a establecer que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad, debido a que su vinculación no se equipara a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, por lo que la Administración sólo podrá desvincular a esta clase de servidores públicos por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.

De esta manera, los funcionarios que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera, sólo podrán ser desvinculados del mismo, mediante un acto motivado, con el fin de garantizar con ello el respeto de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

DIFERENCIAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA ESTABILIDAD RELATIVA. *La desvinculación producida de forma inmotivada ha generado diferentes formas de protección por parte de la Corte Constitucional.* De manera general en cuanto a la procedencia de la acción de tutela en los casos en que se arguye el despido sin motivación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera se han realizado las siguientes precisiones:

a. Para exigir únicamente la **motivación del acto administrativo**, la acción de tutela procede directamente, es decir, sin necesidad de acudir previamente a otros mecanismos alternos de defensa judicial. Son ejemplo de ello las sentencias T-576 de 1998, T-610 de 2003, T-1206 de 2004, T-222 de 2005, T-392 de 2005 y T-1022 de 2008.

b. Hay que tener en cuenta que en múltiples providencias la Corte estableció que la acción de tutela no era el mecanismo adecuado para buscar el **reintegro** de una persona al cargo que venía desempeñado, sin embargo, de manera excepcional se estableció que cuando se encontraba que la desvinculación se había producido de forma inmotivada la protección consistía en ordenar la revinculación del funcionario, empleando la tutela como mecanismo transitorio de protección mientras la jurisdicción ordinaria decidía de manera definitiva. Tal orden de revinculación con carácter transitorio de la protección se venía dando puesto que se encontraba que paralelamente con la vulneración del debido proceso se presentaba un perjuicio irremediable (aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables), como la afectación del mínimo vital del accionante. Lo anterior se puede apreciar en las sentencias T-800/98, T-884/02, T-752/03, T-454 de 2005, T-660 de 2005 y T-634 de 2006.

Posteriormente se empleó para el caso una protección definitiva autónoma, la orden directa e inmediata de motivar el acto de desvinculación para que el actor pudiera ejercer el derecho de defensa ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En esta oportunidad ya no se esperó a la decisión de lo contencioso para ver si se hacía o no imprescindible la motivación, sino que el juicio dejado al juez ordinario consistía en determinar si la desvinculación fue válida teniendo en cuenta los motivos expuestos, toda vez que el acto administrativo, en cumplimiento de la acción de tutela, al ser estudiado por el juez contencioso ya estaba motivado. Y considerando igualmente el reintegro del actor sin someterlo a la condición de encontrar un perjuicio irremediable. Un ejemplo de ello son las sentencias T-1240/04, T-1162 de 2005 y T-356 de 2008, entre otras.

Otra forma de protección definitiva autónoma se vino dando cuando se encontraba que además de la vulneración al debido proceso la desvinculación intempestiva afectaba el mínimo vital del actor o actora. En estos casos no se ordenaba la revinculación inmediata, sino, que se dio la oportunidad a la administración para expresar los motivos que tuvo para desvincular al funcionario y, de no expresar

motivo alguno, se ordenaba la revinculación del funcionario. En esta situación tampoco se le deja al juez contencioso la posibilidad de determinar en un eventual proceso si la actuación debía o no ser motivada, puesto que si se expresaron motivos y, por tanto, no procedió la revinculación, el acto administrativo a estudiar será aquel que en cumplimiento de la orden de tutela, se motivó. Si no se expresaron motivos, no se le exige al accionante que acuda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que se tiene como inválido de manera definitiva el acto administrativo de desvinculación y, por tanto, se ordena la revinculación sin carácter transitorio. Por ejemplo las sentencias T-597 de 2004, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-1162 de 2005, T-1310 de 2005, T-007 de 2008, entre otras.

PREVALENCIA DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional ha establecido que al ser responsable de mantener la integridad y supremacía de la Constitución, sus determinaciones constituyen fuente del derecho para las autoridades y particulares cuando establece interpretaciones vinculantes de los preceptos que se encuentran en la carta constitucional que van encaminados al cumplimiento de los valores y principios que establece la Constitución. De este modo, la ratio decidendi de las sentencias de tutela resultan vinculantes para los operadores jurídicos en orden a asegurar interpretaciones uniformes y consistentes, para garantizar seguridad jurídica, el respeto a los principios de confianza legítima e igualdad en la aplicación de la ley.

Por consiguiente, tal como se resaltó en las sentencias T-254 de 2006, T-341 de 2008, T-437 de 2008 y T-580 de 2008, en orden a garantizar la estabilidad relativa que se predica de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad deberá motivarse el acto administrativo de insubsistencia que retira del servicio a estos servidores públicos; y en el evento en que no se respete tal situación, procederá la tutela contra providencias judiciales por encontrarse ante una vía de hecho que desconoce la ratio decidendi de tutela defendida por la Corte Constitucional.

LOS PROYECTOS DE LEY Y ACTO LEGISLATIVO PRESENTADOS ANTE EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA BUSCAN FAVORACER UNA ESTABILIDAD EN LOS EMPLEADOS QUE SE ENCUENTRAN NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD, PERO YA NO CON LA CONNOTACIÓN DE RELATIVA SINO DE ABSOLUTA. Los proyectos de ley y acto legislativo estudiados en el seno del Congreso de la República y últimamente apoyados por el Gobierno Nacional tienden a desconocer la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional en no buscar equiparar su condición con las personas que se encuentran inscritas en carrera, dado que tal posición iría en contravía de la meritocracia y de la igualdad de las personas en el ingreso a los cargos públicos.

Este esguince jurídico que se busca realizar a lo preceptuado por el ordenamiento jurídico, evidencia a no dudar una actitud “politiquera” que trata de apoyar favores políticos y campañas políticas que no tienen ninguna consistencia en los argumentos que buscan favorecer a este tipo de empleados.

DEBE BUSCARSE LA PROTECCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO DE DEFENSA. Al definirse la motivación como la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, aquella constituye además de un medio de prueba de la intención de la administración, una pauta para la interpretación del acto, por lo que cualquier anomalía que se aduzca en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición.

Por tal razón, resulta ajustado a derecho que al afectado por un acto administrativo de desvinculación, salvo en los casos de libre nombramiento y remoción, se le indique el motivo del retiro para que pueda defenderse del señalamiento que se le hace, respetándole el debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Con este mismo propósito, a la Administración Pública no le bastará esgrimir que se declara insubsistente a un funcionario con miras a mantener o mejorar el servicio público, sino que estará en la obligación de sustentar sus afirmaciones dentro del proceso respectivo.

IMPORTANCIA DEL DECRETO 1227 DE 2005 EN CUANTO A LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS DE INSUBSISTENCIA DE SERVIDORES PÚBLICOS EN NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD. El decreto 1227 de 2005, reglamentario de la ley 909 de 2004, consagra en su artículo 10 la necesaria motivación de la resolución que saca del servicio público a los servidores públicos que se encuentran en condición de provisionalidad, lo cual sin duda establece un referente normativo que debe ser apreciado por los operadores jurídicos a la hora de entrar a estudiar si debe o no motivarse un acto administrativo de insubsistencia, en orden a no contradecir la normatividad legal vigente. Este precepto omitido en los fallos del Consejo de Estado constituye a no dudar una norma vinculante que casi seguramente cambiará la posición defendida hasta el momento por el máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

LA LINEA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE ESTABILIDAD LABORAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN CONDICIÓN DE PROVISIONALIDAD PRESENTA LA LUCHA ENTRE FORMALISMO Y ANTIFORMALISMO. La posición asumida por el Consejo de Estado demuestra aún la existencia en nuestro país de un fuerte raigambre formalista, expresado en el acatamiento a las disposiciones normativas legisladas, que al no señalar la exigencia de motivación del acto administrativo de insubsistencia no considera necesaria su mención; Además refuerza la posición de considerar la jurisprudencia de los fallos de tutela como una fuente auxiliar del derecho, no vinculante, a pesar de existir un

precedente que estima un criterio diferente al defendido por esta Corporación. Por otro lado, el enfoque de la Corte Constitucional propone un enfoque diferente, un análisis antiformalista, que ve en la condición del juez un ser creador de derecho a través de sus providencias judiciales, que las hace vinculantes tanto para las autoridades como para los particulares, y que al desconocerlas propone herramientas para garantizar su vigencia, como lo es la tutela contra providencias judiciales.

EL MUNDO DE HOY EXIGE LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS Y LOS PRECEPTOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCION POLÍTICA, AL IGUAL QUE EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA DENTRO DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO. A pesar que el mundo tiende a una desregulación y flexibilización del entorno laboral, tanto en el sector público como en el privado, la existencia de una Carta fundamental y la preponderancia de la misma en el Ordenamiento jurídico exige el respeto y la eficacia de los valores, principios y normas contenidas en la Constitución. Por otro lado, la importancia de la jurisprudencia es evidente, debido a su papel actual dentro del sistema de fuentes del derecho, entendida ya no como fuente auxiliar sino como fuente vinculante para los operadores jurídicos al momento de entrar a resolver un asunto, por lo que se deberá dar preponderancia y vigencia al precedente establecido por la Corte Constitucional que ha fijado una regla jurisprudencial imperante para autoridades y particulares.

BIBLIOGRAFIA

- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección "A", C.P. Dra. Clara Forero de Castro, de diecinueve (19) de Junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número 12531.
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Javier Díaz Bueno, de diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Radicación número 17881.
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Luis Camilo Osorio Isaza, en sentencia de septiembre veintitrés de mil novecientos noventa y ocho, Radicación número 1140.
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de veinte (20) de junio de dos mil dos (2002), Radicación número 25000-23-25-000-1999-3487-01(4084-01).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, de agosto quince (15) de dos mil dos (2002), Radicación número 88001-23-31-000-1999-0008-01(745-01).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la sala de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Ref. Expediente No. 3739-02, No. Externo 6238.
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01 (4972-01).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, de trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Radicación número 25000-23-25-000-1999-5164-01(4519-02).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, de once (11) de

septiembre de dos mil tres (2003), radicación número: 25000-23-25-000-1999-0173-01(4714-01).

- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de doce (12) de febrero de dos mil cuatro (2004), Radicación número 11001-03-25-000-2001-0207-01(3016-01).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Alberto Arango Mantilla, de mayo doce (12) de dos mil cinco (2005), Radicación número 05001-23-31-000-1998-03737-01(2132-04).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005), Radicación número 25000-23-25-000-2002-07251-01(2637-04).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de primero (1) de septiembre de dos mil cinco (2005), Radicación número 25000-23-25-000-2002-08691-01(2542-04).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Tarsicio Cáceres Toro, de nueve (09) de marzo de dos mil seis (2006), Radicación número 15001-23-31-000-1998-01184-01(4387-04).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Jaime Moreno García, de ocho (8) de junio de dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-2001-00995-01(0402-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de veintisiete (27) de julio de dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-1999-00272-01(0933-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena, C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de octubre diecinueve (19) de dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-2002-06975-01(3934-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, de

treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006), Rad. No. 18001-23-31-000-2002-00252-01(2427-05).

- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de siete (7) de diciembre de dos mil seis (2006), Radicación número 05001-23-31-000-2001-03229-01(1953-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de siete (07) de diciembre dos mil seis (2006), Radicación número 25000-23-25-000-2003-05134-01(3731-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de primero (01) de febrero de dos mil siete (2007), Radicación número 08001-23-31-000-2001-02166-01(8772-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, de primero (1) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2002-00614-01(0614-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, de quince (15) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número 08001-23-31-000-2002-01191-01(9572-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2001-08248-01(0990-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, de diecisiete (17) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número 63001-23-31-000-2001-00892-01(7068-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, de veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2001-09939-01(6445-05).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante,

de diecinueve (19) de julio de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2001-09123-01(3935-05).

- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Ligia López Díaz, de veintiuno (21) de noviembre de dos mil siete (2007), Radicación número 85001-23-31-000-2007-00121-01(AC).
- ✓ Consejo de Estado. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, de veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008), Radicación número 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07).
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- ✓ Corte Constitucional. Salvamento de voto a la Sentencia SU-250/98, Magistrado Fabio Morón Díaz y la Conjuez Susana Montes de Echeverri.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 1998, con ponencia del Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 1998, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 1999, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia C-734 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Meza.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-1241 de 2001, con M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia C-793/02, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-884 de 2002, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-752 de 2003, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-1011 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 2004, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-951 de 2004, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-1206 de 2004, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-1240 de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-031 de 2005, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-392 de 2005, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-454 de 2005, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-660 de 2005, M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia C-733 de 2005, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia C-1119 de 2005, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-1162 de 2005, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-1310 de 2005, M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-1316 de 2005 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-1323 de 2005, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-070 de 2006, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-081 de 2006, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-156 de 2006, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-254 de 2006, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 2006, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-384 de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-729 de 2007, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-007 de 2008, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-010 de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-157 de 2008, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-341 de 2008, M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-356 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-437 de 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-580 de 2008, M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia C-753 de 2008, M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería.
- ✓ Corte Constitucional. Sentencia T-1022 de 2008, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

- ✓ Corte Constitucional. Comunicado de prensa No. 41, Sentencia C-901 de 2008, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.
- ✓ Proyecto de Acto Legislativo N° 23 de 2008 Senado, 259 de 2008 Cámara “Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”. Presentado por Germán Enrique Reyes Forero, Carlos Germán Navas Talero, Carlos Arturo Piedrahita Cárdenas, River Franklin Legro Segura.
- ✓ Proyecto de Ley No. 117/07 Senado – 171/07 Cámara, por la cual se reforman algunos artículos de la Ley 909 de 2004, algunos artículos de las disposiciones que contienen los concursos de los sistemas específicos y especiales de origen legal y constitucional y se dictan otras disposiciones en materia de Carrera Administrativa.