



Función Pública

Sentencia 00207 de 2004 Consejo de Estado

Sección: SEGUNDA

Consejero ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Norma demandada: Acción de nulidad contra 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".

Demandante: JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ

NOMBRAMIENTO PROVISIONAL - Niega la nulidad de decreto que establece la insubsistencia de manera discrecional para este tipo de nombramientos. No es equiparable ni la forma de designación ni el retiro del empleado provisional con quien ha ingresado por concurso de méritos. Inexistencia de exceso en la potestad reglamentaria / CARRERA ADMINISTRATIVA - Fines. No se puede asimilar el fuero de estabilidad de los empleados de carrera con quienes se encuentran en provisionalidad, so pretexto de la naturaleza del empleo

La controversia se centra en dilucidar si la expresión "o provisional" contenida en el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 es nula en tanto excede la potestad reglamentaria, al adicionar, según estima el demandante, la forma discrecional de retiro del servicio en dichos cargos de provisionalidad, cuando ésta está reservada únicamente para los empleos de libre nombramiento y remoción. El artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, según el demandante, ha sido quebrantada al disponer el artículo 107 del decreto 1950 de 1973 que el nombramiento provisional también puede ser declarado insubsistente de manera discrecional, lo que agrega, en su entender, una forma de retiro del servicio que no autoriza el Decreto reglamentado. 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 general. El retiro entonces de los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro. Así se desprende del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, norma que es reglamentada por la disposición acusada (artículo 107 del Decreto 1950 de 1973). En esa medida, mal puede predicarse de ésta que haya excedido su potestad reglamentaria al señalar que los nombramientos en tal carácter pueden ser declarados insubsistentes, como quiera que tal supuesto también fue contemplado en la norma del decreto 2400 de 1968, pues dicho precepto se refirió a los funcionarios que no pertenezcan a una carrera, dentro de los cuales se encuentran, se repite, los empleados designados en provisionalidad. No tiene pues vocación de prosperidad la censura de "exceso en la potestad reglamentaria" de la expresión acusada contenida en el artículo 107 del decreto 1950 de 1973, lo que impone negar las súplicas de la demanda.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO

Bogotá, D.C., doce (12) de febrero de dos mil cuatro (2004).

Radicación número: 11001-03-25-000-2001-0207-01(3016-01)

Actor: JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

ANTECEDENTES

1.- La parte actora, obrando en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita a esta Corporación se declare la 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".

Manifiesta que el precitado artículo 107, reglamentario del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, si bien correctamente predica la facultad discrecional o ámbito de competencia material (*rationae materiae*) de la potestad discrecional, para los empleos de "nombramiento ordinario" o "empleos de libre nombramiento y remoción", erradamente amplía y aumenta el ámbito de competencia material de la potestad discrecional, al adicionarle la expresión acusada "o provisional" a pesar de que el nombramiento provisional es sobre "empleos de carrera".

Expresa que es necesario destacar que el ámbito material de la potestad discrecional, al estar determinado legalmente en relación con la expresión "empleo" que no pertenezca a una carrera, significa que es de carácter objetivo, esto es, que depende de la naturaleza del empleo o de las funciones (D. L. 2400 de 1968, arts. 2º. Inc. 1, 3, 5 y 26) y por ello, según dice, se predica tal ámbito de competencia material de la potestad discrecional de "empleo que no pertenezca a una carrera", o de "empleos de libre nombramiento", o de "nombramiento ordinario", o de funciones propias de los altos empleos de Dirección Administrativa o de confianza especialísima.

Agrega que según la norma reglamentada del artículo 26 del D.L. 2400 de 1968, el ámbito de competencia material de la potestad discrecional no es de naturaleza subjetiva, ni dependiente de la persona, ni de la forma de su nombramiento, sino que es de naturaleza objetiva o de que el "empleo no pertenezca a una carrera" conforme el precepto de la norma reglamentada contenida en el precitado artículo 26 del Decreto 2400 de 1968.

2.- La demanda fue notificada personalmente al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, quien la contestó, por conducto de apoderado, manifestando su oposición a las súplicas impetradas.

Manifiesta que resulta equivocado, como hace el demandante, equiparar la expresión "ordinario a "provisional"; que el nombramiento ordinario corresponde efectivamente a las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción, mientras que los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera.

Expresa que el nombramiento provisional es un mecanismo de carácter excepcional y transitorio para proveer en forma temporal un empleo de carrera administrativa, con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito; no confiere derechos de carrera y la estabilidad del empleado es precaria, según lo establecido en la Ley 443 de 1998 y su Decreto Reglamentario 1572 del mismo año.

Finalmente, señala que la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los empleados nombrados en provisionalidad no cuentan con fuero de estabilidad y éstos pueden ser retirados del servicio en cualquier momento, ya sea en ejercicio de la facultad discrecional o por otra de las causas que conforme a la ley dan lugar a la desvinculación; que le corresponde expedir al funcionario en quien radica la facultad de libre nombramiento y remoción el, que por demás, no requiere motivación, ya que el retiro se presume efectuado por necesidades del servicio y en aras a su mejoramiento.

ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación solicita denegar las súplicas de la demanda. Manifiesta que si bien es cierto que los nombramientos en provisionalidad se hacen para los empleos de carrera, no es menos que dicha forma de proveer los mencionados empleos es transitoria, temporal, excepcional, pues se hace sin el cumplimiento de los requisitos exigidos para tales cargos, como son el concurso, el período de prueba, etc.; que tal nombramiento no le confiere fuero de estabilidad, ya que por tal designación no quedan inscritos automáticamente en carrera administrativa.

Agrega que lo anterior está corroborado por las disposiciones contenidas en los artículos 8 y 10 de la Ley 443 de 1998 y 7 del Decreto Reglamentario 1572 de 1998.

Se decide, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

La controversia se centra en dilucidar si la expresión "o provisional" contenida en el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 es nula en tanto excede la potestad reglamentaria, al adicionar, según estima el demandante, la forma discrecional de retiro del servicio en dichos cargos de provisionalidad, cuando ésta está reservada únicamente para los empleos de libre nombramiento y remoción.

Para desatar la cuestión litigiosa, es necesario hacer el siguiente recuento:

De conformidad con el artículo 1 del decreto Ley 2400 de 1968, " se entiende por empleo el conjunto de funciones señalados por la Constitución, la Ley, el Reglamento..."

Al tenor del artículo 1 del decreto Ley 3074 de 1968, "los empleos según su naturaleza y forma como deben ser provistos, se dividen en de libre nombramiento y remoción y de carrera.

Para la provisión de los empleos, según voces del artículo 5 del citado Decreto 2400, se establecen tres clases de nombramientos:ordinarios, en período de prueba y provisional.

Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios.

Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en período de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito, de acuerdo con los reglamentos de cada carrera.

Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera.

Ahora bien, la cesación definitiva de funciones de los empleados vinculados regularmente a la administración, se produce, entre otras causas, por la declaración de insubsistencia del nombramiento, según lo establece el artículo 25 ídem.

Consecuente con la anterior prescripción, dispuso el artículo 26 del precitado decreto 2400 de 1968, lo siguiente:

"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..."

Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera..."

La anterior norma, según el demandante, ha sido quebrantada al disponer el artículo 107 del decreto 1950 de 1973 que el nombramiento provisional también puede ser declarado insubsistente de manera discrecional, lo que agrega, en su entender, una forma de retiro del servicio que no autoriza el Decreto reglamentado. Reza así la norma reglamentaria:

"En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinarioo provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados..." (Lo destacado es la expresión acusada).

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

De una parte, el inciso primero de la precitada norma del Decreto Ley 2400 de 1968 cuando señala "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..." no se está refiriendo al cargo, sino, precisamente, a la situación del empleado que no pertenezca a una carrera. Nótese que el sujeto rector de la frase es la situación del empleado frente a la pertenencia a una carrera, no respecto a un cargo del servicio civil que no pertenezca a la carrera, como pretende el demandante. Esta lectura equivocada del actor lo lleva a una conclusión errada, pues en manera alguna la disposición limitó tal potestad sólo a los nombramientos ordinarios (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, caso en el cual se encuentra, precisamente, el funcionario designado en provisionalidad.

Como se dijo en párrafos antecedentes, el nombramiento provisional se da cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. Tal designación no otorga fuero alguno de estabilidad, habida cuenta que el empleado no ha accedido a la carrera por los medios legales.

El pilar de la carrera administrativa está en el mérito y la capacidad de quien es seleccionado para ingresar a ella; por ello, no hay inscripción automática en el escalafón, ni el hecho de desempeñar un cargo de carrera otorga fuero de relativa estabilidad. Para obtener el ingreso a un empleo en el escalafón de la carrera, es necesario obtenerlo por los medios legales y merecerlo mediante el concurso.

De manera que solamente el sometimiento a las etapas del concurso y la superación satisfactoria de todas ellas, son las condiciones para predicar los derechos que otorga la carrera administrativa. A su turno, el retiro del servicio de un empleado que ostenta tal condición, está rodeado de plenas formalidades, pues solamente, mediante acto de insubsistencia, motivado en una calificación insatisfactoria, puede dar lugar a la declaratoria de insubsistencia, como lo prescribe el artículo 42 en concordancia con el artículo 37 literal a) de la Ley 443 de 1998 y el inciso 2º del decreto ley 2400 de 1968.

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

No pueden estar en igual condición el servidor que ingresa al servicio sin preceder concurso de méritos y aquél que se somete a las etapas que conforman el proceso selectivo. Si su designación entonces no es equiparable a la del escalafonado en la carrera, el retiro, por obvias razones, no puede ser en la misma forma.

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 general.

La facultad discrecional de los empleados provisionales se impone al efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, autoriza a la administración a efectuar el nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad, como se precisó anteriormente.

Resulta pertinente señalar que las normas que rigen la carrera administrativa proferidas recientemente, corroboran esa situación precaria del empleado en provisionalidad, al igual que corroboran la forma discrecional para su retiro. En efecto, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 (reglamentario de la Ley 443 de 1998 y del Decreto Ley 1567 de 1998) dispone "...en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados". Tal disposición, sin lugar a duda, permite concluir que el retiro del servicio de esta clase de empleados no está condicionado a la celebración del concurso de méritos.

Así mismo, el inciso 1º ídem, prescribe a que: "...El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador". Está presente en esta preceptiva la potestad discrecional, ya que no fue señalado otro condicionamiento.

El retiro entonces de los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro. Así se desprende del artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, norma que es reglamentada por la disposición acusada (artículo 107 del Decreto 1950 de 1973). En esa medida, mal puede predicarse de ésta que haya excedido su potestad reglamentaria al señalar que los nombramientos en tal carácter pueden ser declarados insubsistentes, como quiera que tal supuesto también fue contemplado en la norma del decreto 2400 de 1968, pues dicho precepto se refirió a los funcionarios que no pertenezcan a una carrera, dentro de los cuales se encuentran, se repite, los empleados designados en provisionalidad.

No tiene pues vocación de prosperidad la censura de "exceso en la potestad reglamentaria" de la expresión acusada contenida en el artículo 107 del decreto 1950 de 1973, lo que impone negar las súplicas de la demanda.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

NIEGANSE las súplicas de la demanda.

En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.-

ANA MARGARITA OLAYA FORERO ALBERTO ARANGO MANTILLA

TARSICIO CACERES TORO JESÚS MARIA LEMOS BUSTAMANTE

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO NICOLAS PAJARO PEÑARANDA

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:03:55