



Sentencia 03693 de 2011 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD - Facultad discrecional. Regulación legal / ACTO DE INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO PROVISIONAL - Motivación

La situación de quien ha sido 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 a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe ir encaminado al mejoramiento del servicio. El nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera. La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno. Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé que la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso. Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es una forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 20 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 107 / DECRETO 1572 DE 1998 - ARTICULO 7 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 9

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A"

Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03693-01(0552-11) Actor: CARLOS MARIO GUIASO BUSTAMENTE

Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

-

-

Autoridades Municipales

Decide la Sala el recurso de apelación contra la sentencia de 26 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES

CARLOS MARIO GUIASO BUSTAMENTE por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó del Tribunal Administrativo de Antioquia, la nulidad del Decreto No. 1439 de 22 de junio de 2001 expedido por el Gobernador de Antioquia, por la

cual se declaró la terminación de la provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario, Código 340-4-5 adscrito a la Dirección de Desarrollo Educativo, de la Secretaría de Educación y Cultura de Antioquia.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó el reintegro al cargo que desempeñaba o a otro de mejor categoría, y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde que se declare la nulidad del retiro hasta que se ordene su reintegro. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y s.s. del C.C.A.

Que se condene en costas a la entidad demandada.

Como hechos en que sustenta sus pretensiones señala los siguientes:

El actor se vinculó al Departamento de Antioquia el 6 de marzo de 1997. Al momento de su retiro desempeñaba el cargo de Profesional Universitario, Código 340-4-5, adscrito a la Dirección de Desarrollo Educativo de la Secretaría de Educación y Cultura.

De acuerdo con el acto administrativo de vinculación, su permanencia en el servicio quedó supeditada a la provisión del cargo en propiedad mediante concurso de méritos.

No obstante, el Departamento de Antioquia no adelantó un proceso de selección por méritos destinado a proveer el cargo de forma definitiva.

La jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, ha sido clara al señalar que los empleados que se encuentren vinculados a la administración mediante nombramientos provisionales gozan de una estabilidad que le impide al nominador retirarlos del cargo sin que se expresen los motivos por los cuales se adopta dicha decisión.

Pese a lo anterior, el Gobernador del Departamento de Antioquia, mediante el acto demandado, dispuso la desvinculación de varios empleados de la entidad, entre ellos el demandante, decisión que le fue notificada el 28 de junio del mismo año.

A la desvinculación del actor no le precedió la elaboración de un estudio técnico de reestructuración administrativa que concluyera la necesidad de modificar la planta de cargos, sino que la determinación se justificó con la expedición de la Ley 617 de 2000, de racionalización del gasto y saneamiento fiscal de las entidades territoriales.

Sin embargo, no es cierto que dicha norma hubiera previsto como mecanismo para alcanzar sus metas, la reestructuración y supresión de entidades públicas, vulnerando los derechos de los empleados vinculados en provisionalidad.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocaron en la demanda los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 42, 43, 53, 125, 209, 287, 298 y 305 de la Constitución Política, los artículos 41 y 42 de la Ley 443 de 1998; el artículo 5 de la Ley 489 de 1998; el artículo 3 de la Ley 617 de 2000; los artículos 47, 48, 50, 73 y 84 del Decreto 01 de 1984; Decreto 1876 de 1994, los artículos 148 a 157 del Decreto 1572 de 1998; y los artículos 7, 8, 9, 10, 11 y 154 del Decreto 2504 de 1998.

Como concepto de violación de las normas invocadas, expresa que la provisionalidad no puede equipararse a la situación propia de un empleado de libre nombramiento y remoción toda vez que, de acuerdo con lo previsto en la Ley 443 de 1998, el grado de estabilidad que se predica en relación con los empleados provisionales es mucho mayor que el de los de libre nombramiento y remoción.

Para el momento en el que se produjo la desvinculación del actor no existía un estudio técnico que cumpliera los requisitos señalados en el artículo 41 de la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios.

Para retirar a los empleados nombrados en provisionalidad, el Departamento de Antioquia sólo podía hacerlo previo proceso disciplinario, que les impusiera la sanción de destitución del cargo, o que se hiciera la designación en propiedad en el cargo como resultado de haberse adelantado un proceso de selección por méritos, o, a través de un proceso de supresión de cargos debidamente fundamentado en un estudio técnico y con las autorizaciones legales correspondientes.

Las medidas que la Ley 617 de 2000 ordenó adoptar a los entes territoriales, tendientes a racionalizar el gasto público y alcanzar el saneamiento fiscal, debían implementarse de forma gradual y no inmediata como ocurrió con la restructuración y supresión de cargos en la planta de personal de la entidad demandada.

Asimismo el Decreto 1439 de 2001 fue expedido de manera irregular puesto que no se notificó en los términos del Decreto 01 de 1984, ni se dio la oportunidad de presentar recurso alguno, con desconocimiento del debido proceso.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia mediante sentencia de 26 de octubre de 2010, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

No asiste razón a la parte actora cuando afirma que gozaba de una estabilidad relativa, pues para la terminación de un nombramiento en provisionalidad no se pueden aplicar los mismos requisitos exigidos para desvincular a un empleado inscrito en el escalafón de carrera. La terminación de la provisionalidad se hace en ejercicio de una facultad discrecional.

Respecto del cargo de falsa motivación estimó que la racionalización del gasto ordenada por la Ley 617 de 2000, constituye en una justificación válida para tomar las medidas que ejecutó la entidad demandada.

En consideración a que el actor se encontraba desempeñando un cargo de carrera de manera provisional, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998, podía ser retirado en cualquier momento.

En relación con la desviación de poder, señaló que la sola expedición del Decreto 1525 de 11 de julio de 2001 no evidencia por sí mismo la existencia de motivos personales buscando la protección de simpatizantes políticos para la expedición del Decreto 1439 de 2001.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión del Tribunal la parte demandante interpuso recurso de apelación, con fundamento en los argumentos que a continuación se exponen:

De acuerdo con la sentencia T-800 de 1998 de la Corte Constitucional, la única posibilidad que tiene la administración para desvincular a un empleado nombrado en provisionalidad es por motivos disciplinarios, o porque se convoque a concurso de méritos.

La Ley 909 de 2004 fue contundente al establecer que la persona en provisionalidad debe permanecer en el cargo mientras se realiza el proceso selectivo para proveer el cargo de manera definitiva.

Reitera el argumento según el cual el Gobernador incurrió en la causal de desviación de poder, puesto que no expidió el acto con la finalidad de mejorar el servicio.

El acto de nombramiento no podía darse por terminado sin la autorización expresa y escrita del demandante, teniendo en cuenta que al indicarle que permanecería vinculado mientras se conformaba la lista de elegibles, creó así una situación particular y concreta.

El Tribunal no analizó el contenido del supuesto estudio técnico que adujo el departamento de Antioquia como sustento del proceso de restructuración y supresión de cargos, el cual no cumple con los parámetros establecidos en el artículo 154 del Decreto 1572 de 1998.

Finalmente señaló que dentro del expediente no existe prueba que permita inferir que el Departamento de Antioquia hubiera implementado otros mecanismos distintos a la supresión de cargos para racionalizar su gasto público y sanear sus finanzas.

Para resolver, se

CONSIDERA

-

-

El problema jurídico se contrae a establecer si el Decreto 1439 de 22 de junio de 2001, mediante el cual el Gobernador del Departamento de Antioquia terminó el nombramiento en provisionalidad de CARLOS MARIO GUISAO BUSTAMANTE en el cargo de Profesional Universitario, Código 340-4-5 adscrito a la Dirección de Desarrollo educativo de la Secretaría de Educación y Cultura, se encuentra ajustado a derecho.

-

De la vinculación en provisionalidad

En relación con el argumento según el cual el nombramiento en provisionalidad le otorga un fuero de estabilidad relativa, se tiene lo siguiente:

El artículo 125 de la Constitución Política dispone:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la afiliación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

(...)”

El Decreto 2400 de 1968 prevé:

ARTICULO 26. 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 no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. 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 declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.

El artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, literalmente establece:

“Artículo 107.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

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

...

Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1572 de 1998 señala 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”

En relación con la designación de provisionales por vacancia temporal la Ley 443 de 1998, prevé:

Artículo 9º.- Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.

Del recuento normativo es posible establecer que el nombramiento en provisionalidad no es equiparable al del escalafonado en la carrera administrativa, y por lo mismo el retiro no puede estar revestido de las mismas formalidades.

La situación de quien ha sido 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 a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe ir encaminado al mejoramiento del servicio.

En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera. La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno. Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé que la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso.

Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es una forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro.

-

Del caso concreto

Se encuentra probado en el proceso lo siguiente:

El señor Carlos Mario Guisao Bustamante se desempeñó en el Departamento de Antioquia por los siguientes periodos[1]:

- Del 28 de junio de 1993 al 26 de junio de 1995, como Realizador de Televisión - Nivel 4 grado 2 en la División de Tecnología y Medios Educativos.
- Del 27 de junio de 1995 al 18 de febrero de 1996, como Jefe de la División de Tecnología y Medios Educativos.
- Del 19 de julio de 1995 al 12 de febrero de 1996, como Realizador de Televisión, Nivel 4 Grado 2 en la Secretaría de Educación.
- Del 6 de marzo de 1997 al 27 de diciembre de 1998, como Profesional II Nivel 4 Grado 5 adscrito a la Secretaría de Educación, en provisionalidad.
- Del 28 de diciembre de 1998 al 27 de junio de 2001, como Profesional Universitario Código 340-4-5 en la Secretaría de Educación, en provisionalidad.

Por Decreto 0256 de 12 de febrero de 1997 el Gobernador de Antioquia dispuso nombrar provisionalmente a Carlos Mario Guisao Bustamante para desempeñar el cargo de Profesional II, nivel 4, grado 5, adscrito a la Secretaría de Educación y Cultura, mientras se conformaba la lista de elegibles, para proveer el cargo de manera definitiva[2].

Mediante Decreto 3083 de 28 de diciembre de 1998, fue incorporado a la planta de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia, en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Nivel 4, grado 5, a partir del 29 de diciembre de 1998.[3]

Por Decretos 2496 de 20 de octubre de 1998 y 0096 de 21 de enero de 1999, se prorrogó su nombramiento.[4]

Es claro entonces que el actor desempeñaba un empleo de carrera administrativa al cual no accedió por concurso público, caso en el cual su vinculación tenía el carácter de provisional, circunstancia que implica la procedencia de su retiro a través del mismo acto que materializa el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, sin que para proferir tal decisión sea necesario acudir a las pautas que rigen la discrecionalidad o solicitar el consentimiento del servidor, como lo sugiere el actor, puesto que de esta potestad puede hacer uso la administración en cualquier momento, incluso antes de cumplir el término para el cual fue designado.

No prospera el cargo.

Del estudio técnico

-

-

Afirma el actor que el cargo que venía desempeñando en la entidad como Profesional Universitario 340-4-5, fue suprimido sin que le precediera un estudio técnico de acuerdo con lo dispuesto por la Ley 443 de 1998.

Observa la Sala que mediante Decreto 1440 de 22 de junio de 2001[5] se modificó la planta de cargos de la Administración Departamental, suprimiendo entre otros un cargo de Profesional Universitario 340-4-5 de la Secretaría de Educación y Cultura, Dirección de Desarrollo Educativo.

No obstante, dicho acto no fue demandado en el sub iudice, motivo por el cual no puede ser objeto de pronunciamiento, a lo que se agrega que el acto acusado no invoca como causal de la declaratoria de insubsistencia la supresión del cargo sino la aplicación de la Ley 617 de 2000.

-

De la aplicación de la Ley 617 de 2000

-

Manifiesta el demandante que la administración invocó la aplicación de la Ley 617 de 2000 para efectos de disponer su retiro del servicio; sin embargo, no se encuentra acreditado que con dicha decisión se hayan disminuido los gastos del Departamento y mejorado su situación financiera, además de que no se buscaron alternativas distintas a la desvinculación masiva de empleados para superar la crisis fiscal aludida.

Sobre el particular es importante señalar que con la Ley 617 de 2000 el legislador impuso medidas de ajuste fiscal que debían ser materializadas por las entidades territoriales, respetando su autonomía administrativa.

De acuerdo con lo anterior, la administración Departamental consideró que la desvinculación de unos empleados con nombramiento provisional, incluyendo el actor, era una medida efectiva para reducir sus gastos de funcionamiento, aspecto respecto del cual el demandante no allegó material probatorio alguno para efecto de desvirtuarlo.

Para demostrar la desviación de poder es preciso probar que la administración actuó con fines torcidos o distintos al buen servicio, situación que en este caso no se acreditó.

En consecuencia se confirmará la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

-
-
FALLA
-
-

CONFÍRMASE la sentencia proferida el 26 de octubre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Antioquia que DENEGÓ las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada en sesión celebrada en la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

[1] Folio 20

[2] A folio 26 se encuentra la comunicación del nombramiento.

[3] A folio 125 obra comunicación y acta de incorporación.

[4] Folios 126

[5] Folios 27 a 31

Fecha y hora de creación: 2025-08-02 10:29:27