



Sentencia 07597 de 2010 Consejo de Estado

EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD - Marco jurídico / INSUBSISTENCIA - No se necesita motivación / ENCARGO Y NOMBRAMIENTO PROVISIONAL - Definición. Término / RETIRO DEL SERVICIO - Declaratoria de insubsistencia

Por mandato del artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y aquellos que determine la ley. Con el propósito de reglamentar la Ley 443 de 1998, se expidió el Decreto 1572 de 1998, que en su Capítulo II hace referencia al encargo y al nombramiento provisional. En cuanto al encargo mantuvo el derecho preferencial que le asiste a los empleados de carrera para que mientras se surta el proceso de selección, con el propósito de proveer empleos de carrera y sea necesaria su provisión temporal, se les encargue de tales empleos, siempre y cuando acrediten los requisitos para su desempeño y de no ser posible el encargo, se puede efectuar el nombramiento en provisionalidad. Tales figuras sólo proceden una vez convocado el proceso de selección, salvo que se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de la entidad con previa autorización de la Comisión del Servicio Civil. El artículo 4 define el nombramiento en provisionalidad como “aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata”. Según el artículo 5, este nombramiento no puede ser superior a cuatro meses, salvo las excepciones que expresamente enlista. El artículo 7 dispone que tanto el término de duración del encargo como el de la provisionalidad o el de su prórroga se debe consignar en el acto administrativo correspondiente y al vencimiento del mismo el empleado de carrera encargado deberá regresar al empleo del que es titular y el empleado provisional deberá “... ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto expedido por el nominador”, y no obstante lo anterior “en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, la provisionalidad o su prórroga el nominador por resolución podrá darlos por terminados”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 5 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 25 / DECRETO 2400 DE 1968 - ARTICULO 26 / LEY 443 DE 1998 - ARTICULO 5 / DECRETO 1572 DE 1998

CARRERA ADMINISTRATIVA - Categorías establecidas para los propósitos constitucionales / EMPLEADO EN PROVISIONALIDAD - No goza de fuero de estabilidad / DERECHOS DE CARRERA - No los adquiere por ocupar un empleo de carrera en provisionalidad / FALTA DE COMPETENCIA - Facultad discrecional

La Corte ha considerado, además, que la carrera administrativa constituye “un presupuesto esencial” para la realización de propósitos constitucionales que ha clasificado en tres categorías, a saber: (i) la garantía del cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa, (ii) la preservación y vigencia de algunos derechos fundamentales de las personas y (iii) “la vigencia del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública. Por ello, como los provisionales no cumplen tales propósitos al estar en el servicio por razones diferentes al mérito y la selección objetiva, su ingreso a la carrera no se puede efectuar vulnerando lo previsto en el artículo 125 Superior. No obstante lo expuesto, el anterior pronunciamiento reitera en su parte final “la obligación de expresar en el correspondiente acto administrativo los motivos por los cuales la autoridad decide retirar del cargo de carrera a quien lo desempeña provisionalmente”, en relación con lo cual esta Sección ha manifestado con anterioridad su desacuerdo exponiendo principalmente que los provisionales no gozan del “fuero de estabilidad” propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso y porque la discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el artículo 125-2 de la Constitución, según el cual el retiro de los “empleados de carrera” 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. 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 la designó, también en ejercicio de ellas es posible removerla, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en derecho se deshacen tal como se hacen. En suma, la estabilidad sólo existe para el personal de carrera y por tanto el funcionario que ocupe un cargo en provisionalidad, no sólo puede ser desvinculado discrecionalmente sin que sea necesario motivar la decisión, sino que, además, también puede ser removido en cualquier momento, conforme a la ley.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125 NUMERAL 2 / DECRETO 1572 DE 1998 - ARTICULO 7

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

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

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-07597-02(1903-08)

Actor: GERMAN JOSE IGNACIO MARTINEZ WILCHES

Demandado: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 8 de marzo de 2007, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", negó las pretensiones formuladas por el señor Germán Ignacio Martínez Wilches en demanda incoada contra el Departamento de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

La demanda. En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Germán Ignacio Martínez Wilches solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 00584 de mayo 27 de 2004 por medio de la cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de técnico.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, pidió que se ordene a la entidad demandada reintegrarlo al cargo que venía desempeñando, sin solución de continuidad; reconocerle y pagarle salarios, primas, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento del retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro y, ajustar las sumas resultantes de las diversas condenas conforme a los artículos 176 y 178 del C.C.A.

Basó su *petitum* en los siguientes hechos:

Por Resolución No. 01797 de 26 de agosto de 1.997 fue vinculado mediante nombramiento provisional a un cargo de carrera administrativa - Técnico Código 4420 Grado 01 de la División de Proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico dependiente de la Secretaría del Agua y las Construcciones (hoy Secretaría de Obras Públicas), por el término de cuatro meses, el cual no fue prorrogado conforme a las disposiciones de carrera administrativa.

El 27 de mayo de 2004 a través de la Resolución No. 00584, la Secretaria Privada de Cundinamarca declaró insubsistente el nombramiento provisional que lo vinculaba, sin expresar los motivos que originaron tal decisión y sin indicar que las atribuciones de retirar a los empleados públicos nombrados provisionalmente se encuentra regulada en el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998.

En consecuencia, la facultad para declarar insubsistente un nombramiento provisional no es discrecional sino reglada, pues el nominador puede dar por terminada la provisionalidad o declarar insubsistente dicho nombramiento en las oportunidades y en las formas que indica el precitado artículo.

Las normas violadas: De la Constitución Política, los artículos 25 y 125; de la Ley 443 de 1998, los artículos 1, 7 y 37; del Decreto 1572 de 1998, los artículos 4, 5, 6 y 7; del Decreto 1728 de 2001, el artículo 91.

Concepto de la violación: Expone que la facultad para declarar insubsistente un nombramiento provisional no es discrecional sino reglada y el plazo de dicho nombramiento se hallaba vencido en el momento de la producción del acto acusado, sin que hasta este momento el nominador hubiere cumplido el mandato imperativo que contiene el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998. Tampoco ejerció la facultad de darlo por terminado dentro del plazo de la provisionalidad, sino que ejerció una facultad discrecional, sin tenerla, mucho tiempo después de vencido el plazo de la provisionalidad.

El decreto ordenanza 1728 de 2001 indica que la facultad discrecional es para la declaración de insubsistencia de los nombramientos ordinarios, mientras que no indica lo mismo respecto de la facultad de retirar a los nombrados provisionalmente.

Explica que el acto de retiro de un funcionario ocupante de un empleo de carrera en provisionalidad, considerando la perentoriedad de su duración, por ser reglado, debe ser motivado y los motivos ciertos e indicar la causa como elemento estructural del acto administrativo; si es por estar dentro del plazo de la provisionalidad corresponde una forma de acto mediante la terminación del nombramiento provisional; si es por estar en el momento del cumplimiento del plazo, la forma obligada debe ser insubsistente y, si es posterior, la declaratoria de insubsistencia debe contener los motivos que ataron la situación laboral.

Contestación de la demanda: El Departamento de Cundinamarca se opuso a las pretensiones de la demanda exponiendo dentro de las razones de la defensa que el nombramiento provisional es aquel que se hace a una persona para proveer de manera transitoria un empleo de carrera administrativa con personal no seleccionado mediante el sistema de concurso o mérito aunque no se haya expresado la clase de nombramiento en el respectivo acto administrativo. Entonces, podría afirmarse que atendiendo a los objetivos señalados al Estado, en concordancia con los principios que rigen la administración pública conforme al artículo 209 de la Constitución Política, es legítimo mantener en situación de provisionalidad a empleados públicos en cargos de carrera por un término superior al legalmente señalado, siempre que se atienda el propósito de impedir que la administración se paralice por el hecho de que no haya servidores desempeñando las funciones propias del cargo vacante.

Afirma que la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional y el Departamento Administrativo de la Función Pública, consideran que las entidades públicas pueden proveer transitoriamente los empleos que se encuentren en vacancia definitiva, a través de las figuras de los encargos o nombramientos provisionales, mientras la ley conforma y organiza el organismo encargado de convocar a concurso para proveer los cargos. En este sentido y en aras de satisfacer los cometidos estatales enunciados en el artículo 2º de la Constitución Política, es deber del Estado el proveer dichos cargos en procura de dar cumplimiento a sus fines esenciales, contando con los procedimientos legales previstos para ello, sin menoscabar los derechos que le asisten a los funcionarios en dicha situación.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, mediante sentencia de 8 de marzo de 2007, negó las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos (fls. 164-183):

El Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones que los nombramientos con carácter provisional son similares a los de un empleado de libre nombramiento, por cuanto en ambos casos la designación es producto de la facultad discrecional que la ley le confiere al nominador, la que opera de igual forma respecto del retiro pues en ninguna de las dos circunstancias se requiere procedimiento especial ni motivación del acto que lo disponga.

La permanencia del libelista en el cargo para el cual fue nombrado en provisionalidad no contraviene en modo alguno lo dispuesto en el artículo 7 del decreto 1572 de 1998, por cuanto la extensión en el tiempo de la duración inicialmente establecida no tiene la virtualidad de invalidar la decisión posterior de insubsistencia si se atiende al carácter provisional de la vinculación; amén de que no existe norma alguna que le otorgue tal efecto al hecho de exceder el término del nombramiento en provisionalidad.

Arguye que si se atiende al criterio de “inamovilidad” del empleado en provisionalidad, quedaría esta clase de servidores con un amparo mayor al de los empleados inscritos en carrera, pues mientras éstos pueden ser retirados por calificación insatisfactoria aquéllos se beneficiarían del hecho de no ser evaluados, con lo cual el retiro quedaría restringido a la sanción disciplinaria de destitución. Además se beneficiarían injustificadamente de los “álea” administrativos que impiden el desarrollo y culminación de los procesos del concurso de méritos.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito de 9 de mayo de 2008 la parte actora sustentó el recurso de apelación, pidiendo revocar la sentencia del Tribunal (fls. 204-209) bajo los mismos argumentos presentados en el escrito de la demanda e insistiendo en que el acto debió ser motivado, teniendo como antecedentes que el nombramiento por el cual se había vinculado al demandante era provisional, pero debió explicar que el plazo de tal provisionalidad había vencido y por lo menos expresar las razones que tuvo el nominador para no aplicar ni cumplir el mandato de retirar al demandante con declaración de insubsistencia de la provisionalidad, así como las razones por las cuales no dio por terminado el nombramiento dentro del plazo que autoriza al nominador para ello el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

- La parte demandante reitera los argumentos del recurso de apelación concluyendo que la facultad para nombrar y retirar a los nombrados provisionalmente se halla sujeta a un conjunto de reglas y la norma departamental no faculta al nominador para no motivar la providencia, todo lo cual indica a todas luces que la facultad para declarar insubsistente un nombramiento provisional no es discrecional sino reglada y que debe ser motivada.

- El Ministerio Público solicitó confirmar el fallo de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda considerando equivocada la interpretación del apelante respecto a que la facultad discrecional de que goza el nominador es para la declaratoria de insubsistencia de los nombramientos ordinarios pero no para retirar a los nombrados provisionalmente, toda vez que la ley radica en cabeza del nominador la facultad de declarar la insubsistencia de los nombramientos, tanto de carácter ordinario como de los provisionales, en ejercicio de la discrecionalidad de que goza.

Sostiene que el apelante pretende permanecer en el servicio sin tener la estabilidad que se predica de los que ingresaron a través del sistema de méritos. Además, si el actor quería permanecer en el servicio público debió demostrar que quien lo reemplazó en el cargo no tenía mejor derecho que él o que a él le asistía un mejor derecho sobre quien lo reemplazó, lo que ni siquiera alegó en la demanda ni en el recurso de alzada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

-

1. Problema jurídico

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a la Sala determinar la legalidad de la Resolución No. 00584 del 27 de mayo de 2004, por la cual el Departamento de Cundinamarca declara insubsistente el nombramiento en provisionalidad efectuado al actor.

2. Marco jurídico y jurisprudencial del nombramiento y retiro de funcionarios en provisionalidad

Por mandato del artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los

de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y aquellos que determine la ley.

El artículo 5º del Decreto 2400 de 1968[1] que fue reglamentado por el Decreto 1950 de 1973, estableció por primera vez las clases de nombramiento a saber: el ordinario, en periodo de prueba y el provisional, debiendo tener ocurrencia éste último, tal como lo señala su inciso 4º, sólo cuando se fuera a proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la correspondiente reglamentación y con un límite temporal de cuatro meses. Por su parte, el artículo 26 habilitó la declaratoria de insubsistencia, sin motivación alguna, del nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo no perteneciente a la carrera y el artículo 25 contempló dentro de las causales de retiro del servicio, la insubsistencia del nombramiento;

Considerando que el acto que produjo la insubsistencia en el *sub lite* se efectuó el 27 de mayo de 2004, esto es, en vigencia de la Ley 443 de 1998[2], se hará expresa alusión a dicha normatividad, la cual en su artículo 5º dispuso que los empleos de los organismos y entidades regulados por la ley son de carrera y expresamente señaló como excepciones, los de elección popular, de periodo fijo, aquellos cuyas funciones deben ser ejercidas en las comunidades indígenas y los trabajadores oficiales, al igual que los de libre nombramiento y remoción, que enlistó en atención a los criterios de dirección, conducción y orientación institucionales, de confianza sin importar nivel jerárquico y los que impliquen administración y manejo de bienes y/o valores del Estado, al igual que los que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado cuyas funciones consistan en protección y seguridad personales de los servidores públicos.

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 1999 declaró inexecutable la mayoría del articulado referido a las Comisiones Territoriales del Servicio Civil[3], pues según el artículo 130 de la Carta se creó una sola Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que la carrera administrativa entró en receso y la provisión de empleos se debió llevar a cabo a través de nombramientos en provisionalidad.

En cuanto a la forma de nombramiento, el artículo 7º *ibídem* estableció que la provisión del empleo en carrera administrativa se hará previo concurso por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso y, en su artículo 8 dispuso que en caso de vacancia definitiva y cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo, resultan procedentes las figuras del encargo y el nombramiento provisional.

En este sentido, vale la pena traer a colación lo dicho recientemente por la Sala Plena de esta Sección en sentencia del 04 de agosto de 2010 Expediente No. 15001-23-31-000-2001- 00354 01 (0319-08) con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren:

“En cuanto al encargo determinó, que los empleados que sean de carrera tienen derecho preferencial a ser encargados de los empleos de carrera, mientras se surte el proceso de selección, siempre que acrediten requisitos para su desempeño y si no es posible realizar el encargo procede el nombramiento provisional, y en el cargo del cual es titular el empleado encargado, se puede nombrar en provisionalidad mientras dure el encargo. Si se produce una vacante en la sede regional de la entidad y no existe empleado de carrera para ser encargado se puede efectuar nombramiento provisional.

Prescribe que tiene carácter de nombramiento provisional, el que se produzca para proveer *“transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito”*, y su Parágrafo indica, que *“Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta Ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos”*.

Sus artículos 9º y 10º establecen las excepciones a dicha regla: en caso de vacancia definitiva como resultado del ascenso con periodo de prueba de un empleado de carrera administrativa, situación en la que el encargo o provisionalidad no puede exceder de 4 meses, más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo; cuando una vez convocado el concurso este no pueda culminarse por circunstancia debidamente justificada ante la Comisión del Servicio Civil, la duración del encargo o nombramiento provisional se prolonga hasta cuando se supere la circunstancia que dio lugar a la prórroga; cuando la autoridad competente ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de una entidad, la Comisión del Servicio Civil, podrá autorizar encargos y nombramientos provisionales o su prórroga, por el tiempo que sea necesario sin apertura de concursos; y en caso de que el cargo de carrera se encuentre provisto por empleada en estado de embarazo mediante nombramiento provisional o en periodo de prueba, el término de duración se prorroga automáticamente por 3 meses más después de la fecha del parto, como lo informa su artículo 62” (el resaltado es del texto original).

Dicho pronunciamiento acogió la tesis que de tiempo atrás había expuesto la Sección[4] en el sentido de que el “acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura” (se destaca).

Con el propósito de reglamentar la Ley 443 de 1998, se expidió el Decreto 1572 de 1998[5], que en su Capítulo II hace referencia al encargo y al nombramiento provisional. En cuanto al encargo mantuvo el derecho preferencial que le asiste a los empleados de carrera para que mientras se surta el proceso de selección, con el propósito de proveer empleos de carrera y sea necesaria su provisión temporal, se les encargue de tales empleos, siempre y cuando acrediten los requisitos para su desempeño y de no ser posible el encargo, se puede efectuar el nombramiento en provisionalidad. Tales figuras sólo proceden una vez convocado el proceso de selección, salvo que se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de la entidad con previa autorización de la Comisión del Servicio Civil.

El artículo 4 define el nombramiento en provisionalidad como *“aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata”*. Según el artículo 5, este nombramiento no puede ser superior a cuatro meses, salvo las excepciones que expresamente enlista[6]. El artículo 7 dispone que tanto el término de duración del encargo como el de la provisionalidad o el de su prórroga se debe consignar en el acto administrativo correspondiente y al vencimiento del mismo el empleado de carrera encargado deberá regresar al empleo del que es titular y el empleado provisional deberá *“... ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto expedido por el nominador”*, y no obstante lo anterior *“en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, la provisionalidad o su prórroga el nominador por resolución podrá darlos por terminados”*.

En lo que al retiro del servicio y la consecuente pérdida de los derechos de carrera hace referencia, el artículo 133 determinó, que se produce por las causas del artículo 37, además, cuando el empleado tome posesión de un cargo de carrera que deba ser provisto por concurso o cuando se produce como resultado de incorporación a un empleo no equivalente al anteriormente desempeñado sin que éste se haya suprimido, el empleado adquirirá el carácter de provisional. De igual manera, se produce el retiro cuando el empleado tome posesión de un empleo de libre nombramiento y remoción o de período fijo sin que previamente haya sido comisionado por el nominador.

En el caso de quienes ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales, la Corte Constitucional destaca que, conforme con lo constitucionalmente regulado, no es procedente establecer a su favor condiciones especiales que no se reconocen a quienes concursan sin hallarse vinculados a la administración, dado que una excepción en el cumplimiento de los requisitos, derivada del solo hecho de haber desempeñado un cargo de carrera, constituye “evidente violación del principio de igualdad entre los concursantes, que infringe el artículo 13”[7].

La Corte ha considerado, además, que la carrera administrativa constituye “un presupuesto esencial” para la realización de propósitos constitucionales que ha clasificado en tres categorías, a saber: (i) la garantía del cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa, (ii) la preservación y vigencia de algunos derechos fundamentales de las personas y (iii) “la vigencia del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública”[8]. Por ello, como los provisionales no cumplen tales propósitos al estar en el servicio por razones diferentes al mérito y la selección objetiva, su ingreso a la carrera no se puede efectuar vulnerando lo previsto en el artículo 125 Superior, razones que, entre otras, tuvo dicho Tribunal para declarar inexecutable el Acto Legislativo No. 01 de 2008 a través de la sentencia C-588 de 2009.

No obstante lo expuesto, el anterior pronunciamiento reitera en su parte final “la obligación de expresar en el correspondiente acto administrativo los motivos por los cuales la autoridad decide retirar del cargo de carrera a quien lo desempeña provisionalmente”, en relación con lo cual esta Sección ha manifestado con anterioridad su desacuerdo exponiendo principalmente que los provisionales no gozan del “fuero de estabilidad” propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso y porque la discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el artículo 125-2 de la Constitución, según el cual el retiro de los “empleados de carrera” 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.

3. El caso en estudio

3. 1 Hechos probados

- La Resolución No. 01797 de 26 de agosto de 1997, expedida por el Gobernador de Cundinamarca, indica que el actor fue nombrado con carácter provisional como Técnico, Código 4420, Grado 01, de la División de Proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico (fl. 2).

- El 27 de mayo de 2004 por Resolución 00584, acto que se acusa, la Secretaria Privada del Departamento de Cundinamarca en ejercicio de las funciones delegadas mediante el Decreto Departamental 0083 del 24 de marzo de 2004, declaró insubsistente el nombramiento del actor (fl. 3).

- Por Oficio del 6 de octubre de 2005 suscrito por el Director de Gestión Humana del Departamento de Cundinamarca se informa que revisada la historia laboral del señor GERMAN JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ WILCHES "se encontró a folio No. 70, original de certificación de inscripción de la cual adjunto fotocopia en un folio, como ASISTENTE, código 3-05 Grado 28 en el Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca mediante Resolución No. 25 del 22 de septiembre de 1993 (...) De igual manera informo que mediante Decreto No 01957 del 29 de julio de 1996, fue suprimido el cargo de Asistente, de la Planta de Persona dependiente del Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, y comunicado al citado señor mediante oficio de fecha 1 de agosto de 1996.

Finalmente manifiesto que mediante Resolución No 01797 de fecha 26 de agosto de 1997 fue nombrado con carácter de provisional y con acta de posesión No 0630 de fecha 11 de septiembre de 1997 con efectos fiscales a partir del 12 de septiembre de 1997, el señor Martínez Wilches, tomó posesión del cargo de Técnico, código 4420 Grado 01 de la División de Proyectos de Agua Potable y Saneamiento Básico dependiente de la Secretaría del Agua y de las Construcciones".

3. 2 Análisis del caso

Considera el actor en el recurso de alzada que el nominador carecía de competencia material para hacer uso de la facultad discrecional debido a que ésta se predica de los empleos de libre nombramiento y remoción y no de los cargos de carrera provistos en provisionalidad, por cuanto la administración no puede disponer discrecionalmente de tales empleos pues debe hacerlo de conformidad con las normas que regulan la materia y que consagran expresamente la prohibición de proveerlos con nombramientos en provisionalidad una vez vencido su término o el de su prórroga, evento en el cual la plaza deberá suplirse mediante concurso de méritos.

La Sala hace respecto del tema las siguientes precisiones:

El cargo de Técnico Código 4420, Grado 01, de la División de Proyectos de Agua Potable y Saneamiento de la Secretaría del Agua y de las Construcciones del 12 de septiembre de 1997, el señor Martínez Wilches de 1996

dependiente del Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, pertenece a la carrera administrativa[9]. Sin embargo, ello no implica que puedan reclamarse derechos de carrera respecto del mismo, toda vez que, conforme al artículo 125 de la Constitución Política, inciso 1, "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".

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 la designó, también en ejercicio de ellas es posible removerla, respondiendo con ello al principio según el cual las cosas en derecho se deshacen tal como se hacen.

En suma, la estabilidad sólo existe para el personal de carrera y por tanto el funcionario que ocupe un cargo en provisionalidad, no sólo puede ser desvinculado discrecionalmente sin que sea necesario motivar la decisión, sino que, además, también puede ser removido en cualquier momento, conforme a la ley[10].

Respecto al cargo formulado por el recurrente en el sentido de que el nominador pierde competencia para efectuar el retiro cuando han transcurrido los cuatro meses previstos en el acto administrativo de nombramiento del funcionario en provisionalidad conforme con las previsiones del artículo 7 del Decreto 1572 de 1998, la Sala advierte que el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, esto es, sin procedimientos ni motivación, por lo que su desvinculación puede hacerse de la misma manera en cualquier momento sin que por ello el nominador pierda su competencia ni deba efectuar en tal caso el retiro en forma motivada y por alguna de las causales previstas legalmente, pues si el servidor no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los servidores públicos 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.

Como el nombramiento del actor fue de carácter provisional, ingresando al servicio del Departamento de Cundinamarca a través de una de las formas previstas en el artículo 16 del Decreto Departamental 1728 de 2001^[11], ostentaba una posición diferente a la del vinculado y escalafonado en carrera administrativa, debido a que no accedió al cargo cumpliendo las diferentes etapas de un concurso de méritos. La condición de haber sido nombrado hasta que se pudiera hacer la designación mediante el respectivo concurso no le otorgó ningún tipo de estabilidad ni mucho menos los derechos propios de un cargo de carrera, así se haya superado el término de los cuatro meses, porque quien ocupa un cargo en provisionalidad no queda bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera y admitir lo contrario equivaldría a conferirle garantías que la ley no le reconoce.

Se reitera en esta oportunidad lo dicho por la Sala Plena de esta Sección en sentencia de agosto 4 de 2010 ya mencionada, en el sentido de que el empleado público nombrado en provisionalidad no goza de fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna y, además, 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 la provisionalidad.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que la entidad demandada realizó una adecuada aplicación del artículo 7 del Decreto 1572 de 1998 y si bien el acto acusado no es expreso en cuanto a ello, porque tal disposición regula la terminación del nombramiento provisional, situación que correspondió al retiro del demandante, éste no puede pretender ampararse bajo las causales de retiro previstas en el inciso segundo del artículo 125 de la Constitución Política, toda vez que las mismas se reservan a los nombrados con base en derechos de carrera administrativa. Además, como lo ha sostenido la Corte Constitucional, respecto de los empleados provisionales *“no puede predicarse la existencia de condiciones jurídicas especiales, ya que todos los aspirantes a llegar a un cargo de carrera, sea que lo hayan ejercido o no, tienen sólo una expectativa y no un derecho a ser nombrados, fuera de lo cual aún cuando se tenga la condición de provisional por varios años no puede existir tratamiento ‘con ventajas’”*^[12].

Por las razones expresadas se confirmará la decisión del Tribunal que negó las pretensiones de la demanda.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de marzo 8 de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por GERMÁN J. IGNACIO MARTÍNEZ WILCHES contra el Departamento de Cundinamarca contra el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento en provisionalidad.

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

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

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

[1] Artículo 5. “Para la provisión de los empleos se establecen tres clases de nombramientos: ordinario, en período de prueba y provisional.

Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios. La autoridad nominadora, en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo.

Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en períodos de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito, de acuerdo con los reglamentos de cada carrera. Una vez que la persona designada haya superado satisfactoriamente el período de prueba y que su nombre sea inscrito en el respectivo escalafón, será ratificado en su cargo como empleado de 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. El período provisional no podrá exceder cuatro meses”.

[2] Ley 443 de 11 de junio de 1998 “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”. Esta Ley fue derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004, salvo sus artículos 24, 58, 81 y 82, relacionados con los concursos que puede adelantar la ESAP, su naturaleza jurídica, la creación del Sistema Único de Información de Personal y la hoja de vida de los servidores públicos, respectivamente. La Ley 909 de 2004 fue publicada en el Diario Oficial No. 45.680 de 23 de septiembre de 2004.

[3] La Corte Constitucional precisó en la sentencia C-372 de 1999 que el Congreso en desarrollo de los artículos 113 y 130 de la Constitución Política, señalará la estructura de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como órgano autónomo e independiente, responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial. La Corte consideró, por una parte, que si la Comisión Nacional del Servicio Civil establecida por la Constitución es un organismo único encargado de administrar y vigilar por regla general el sistema de carrera, ningún sentido tiene la existencia de comisiones independientes a nivel territorial, no previstas por aquélla, cuya función descoordinada e inconexa desvertebraría por completo la estructura que la Constitución ha querido configurar en los términos descritos, frustrando los propósitos esenciales de sus artículos 125 y 130. Además, si lo que se predica del régimen de carrera en las contralorías es su carácter especial, a tal punto que frente a ellas ninguna atribución puede cumplir la Comisión Nacional del Servicio Civil, menos todavía puede admitirse la existencia de cuerpos similares a ella en las contralorías de los departamentos y municipios.

[4] Sentencia de 13 de marzo de 2003, proferida en el Radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro

[5] “Por el cual se reglamente la Ley 443 de 1998 y el Decreto Ley 1567 de 1998”.

[6] Artículo 5º. La provisión de los empleos de carrera a través del encargo o del nombramiento provisional no podrá ser superior a cuatro (4) meses, salvo en los siguientes casos: 1. Cuando la vacancia se produzca como resultado del ascenso en periodo de prueba de un empleado de carrera, en cuyo caso tendrá la duración de dicho periodo y su superación, más el tiempo requerido para la realización del proceso de selección si es necesario; 2. Cuando la prórroga sea autorizada previamente por las Comisiones del Servicio Civil en el evento de que el concurso no pueda culminarse en el término de 4 meses. En este caso, se extenderá hasta cuando se supere la circunstancia que la originó; 3. Cuando se haya autorizado por las Comisiones del Servicio Civil encargo o nombramiento provisionales sin la apertura del concurso; 4. Cuando se trate de proveer empleos de carrera que impliquen separación temporal de sus titulares, caso en el cual su duración será igual al tiempo que duren las situaciones administrativas que la originaron; 5. En caso de vacancia definitiva del empleo, cuando este se encuentre provisto mediante nombramiento provisional con una empleada en estado de embarazo; en este evento, el término de duración de la provisionalidad se prorrogará automáticamente y culminará 3 meses después de la fecha del parto o una vez vencida la licencia remunerada, cuando en el curso del embarazo se presente aborto o parto prematuro no viable. Cuando se trate de adopción, el término del nombramiento provisional culminará 3 meses después de la fecha de la entrega del menor de 7 años...”.

[7] Corte Constitucional, sentencia C-942 de 2003. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

[8] Corte Constitucional, sentencia C-1177 de 2001. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

[9] Según consta en la certificación de octubre 6 de 2005 expedida por el Director de Gestión Humana de la Secretaría de Función Pública del Departamento de Cundinamarca.

[10] Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, sent. del 10 de septiembre de 2009. Consejero ponente: Victor Hernando Alvarado Ardila. Esta posición se reiteró igualmente por la Subsección A de esta Corporación en sentencia de abril 16 de 2009, rad. No. 5146-2005. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

[11] Decreto 1728 de 2001 *“Por el cual se modifica el Estatuto de Administración de Personal para los servidores públicos del departamento de Cundinamarca”*.

[12] Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:01:05