

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS PROVIDENCIAS EMANADAS DEL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER Y EXAMINADAS POR EL
CONSEJO DE ESTADO, CON EL FIN DE CONTRIBUIR AL MEJORAMIENTO
DE LA RELATORÍA DEL MISMO Y DEFINIR SU LINEAMIENTO
JURISPRUDENCIAL**

**TEMA: DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTOS
PROVISIONALES EN CARGOS DE CARRERA**

ANA CATALINA RINCÓN GODOY

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA – FACULTAD DE
DERECHO. BUCARAMANGA, 2008**

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LAS PROVIDENCIAS EMANADAS DEL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER Y EXAMINADAS POR EL
CONSEJO DE ESTADO, CON EL FIN DE CONTRIBUIR AL MEJORAMIENTO
DE LA RELATORÍA DEL MISMO Y DEFINIR SU LINEAMIENTO
JURISPRUDENCIAL**

**TEMA: DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTOS
PROVISIONALES EN CARGOS DE CARRERA**

ANA CATALINA RINCÓN GODOY

TALLER DE INVESTIGACIÓN

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BUCARAMANGA – FACULTAD DE
DERECHO. BUCARAMANGA, 2008**

A mi hija por ser mi inspiración en todo momento.

A mi mamá por ser mi apoyo incondicional.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
JUSTIFICACIÓN	5
OBJETIVOS	6
General	6
Específicos	6
PROBLEMA JURÍDICO	6

CAPÍTULO 1

ACTO ADMINISTRATIVO	7
EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO	9
¿EN QUE CONSISTE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO?	9
CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO	10
CAUSALES DE ANULACIÓN O DE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO	10
DESVIACIÓN DE PODER	10
FALSA MOTIVACIÓN	11
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	11

CAPÍTULO 2

NOMBRAMIENTOS	12
a) LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	12
- Ordinario	12
b) CARRERA ADMINISTRATIVA	12
- En propiedad	13
- En periodo de prueba	14
- En ascenso	14
- En provisionalidad	14
ENCARGO	16
a) CARRERA ADMINISTRATIVA	16
b) LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN	16
COMISIÓN	17
INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO	17
SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD	18

CAPÍTULO 3

LINEA JURISPRUDENCIAL	19
1. Técnicas de investigación de la línea jurisprudencial	19
A. Punto arquimédico de apoyo	19
B. Ingeniería reversa	20
C. Nicho citacional (Puntos nodales de jurisprudencia)	22
2. Sentencias hito	24
A. Tribunal Administrativo	24
B. Consejo de Estado	24

3. Sentencias fundadoras de línea	25
A. Tribunal Administrativo	25
B. Consejo de Estado	25
4. Sentencias confirmadoras de principio	26
A Tribunal Administrativo	26
B. Consejo de Estado	26

CAPÍTULO 4

ANALISIS JURISPRUDENCIALES:	27
1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER	27
1.1. EXPEDIENTE: 2003-2088. FECHA: AGOSTO 1 DE 2008	27
1.2. EXPEDIENTE: 2003-1624. FECHA: OCTUBRE 5 DE 2007	31
1.3. EXPEDIENTE: 2001-2746. FECHA: OCTUBRE 11 DE 2007	34
1.4. EXPEDIENTE: 2004-2335. FECHA: OCTUBRE 11 DE 2007	37
1.5. EXPEDIENTE: 2001-1938. FECHA: NOVIEMBRE 22 DE 2007	40
1.6. EXPEDIENTE: 2004-2485. FECHA: OCTUBRE 18 DE 2007	43
1.7. EXPEDIENTE: 2003-554-01. FECHA: JULIO 31 DE 2008	47
1.8. EXPEDIENTE: 1998-0887. FECHA: AGOSTO 15 DE 2008	50

2. CONSEJO DE ESTADO	53
2.1. SENTENCIA DEL 13 DE MARZO DE 2003. CONSEJERO PONENTE: TARCISIO CÁCERES TORO	53
2.2. SENTENCIA DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 1996. CONSEJERO PONENTE: CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA	58
2.3. SENTENCIA DEL 19 DE OCTUBRE DE 2006. CONSEJERO PONENTE: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO	61
2.4. SENTENCIA DEL 8 DE MAYO DE 2003. CONSEJERO PONENTE: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO	64
2.5. SENTENCIA DEL 2 DE OCTUBRE DE 2003. CONSEJERO PONENTE: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO	67
2.6. SENTENCIA DEL 20 DE JUNIO DE 2002. CONSEJERO PONENTE: ANA MARGARITA OLAYA FORERO	71
2.7. SENTENCIA DEL 31 DE ENERO DE 2002. CONSEJERO PONENTE: ALBERTO ARANGO MANTILLA	74
2.8. SENTENCIA DEL 22 DE AGOSTO DE 2002. CONSEJERO PONENTE: ALBERTO ARANGO MANTILLA	77
2.9. SENTENCIA DEL 18 DE ABRIL DE 2002. CONSEJERO PONENTE: TARSICIO CÁCERES TORO	79
2.10. SENTENCIA DEL 25 DE ABRIL DE 2002. CONSEJERO PONENTE: TARSICIO CÁCERES TORO	79
2.11. SENTENCIA DEL 26 DE JUNIO DE 2008. CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN	83

GRAFICA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	88
-------------------------------	----

CAPÍTULO 5

MARCO LEGAL	96
• Constitución Política	96
• Decreto 2400 de 1968	101
• Decreto 1950 de 1973 (art 26, 27,28 derogados por art 165 del Decreto 1572 de 1998)	102
• Decreto 1572 de 1998 (modificado por el Decreto 2504 de 1998)	104
• Decreto 2504 de 1998 (deroga algunas disposiciones del Decreto 1572 de 1998)	107
• Decreto 1227 de 2005 (deroga en su totalidad los Decretos 1572 y 2504)	107
• Ley 443 de 1998 (derogado por art 58 ley 909, excepto en los art. 24,58, 81,82)	109
• Ley 909 de 2004	112
CONCLUSIONES	116
BIBLIOGRAFÍA	131

INTRODUCCIÓN

El proyecto que a continuación se presenta surge de la necesidad por parte de Tribunal Contencioso Administrativo de Santander de determinar las líneas jurisprudenciales sobre los temas que al interior de este se trabajan, con el fin de recopilar información que pueda servir de fuente de consulta y fundamento para decisiones futuras que tomen tanto los Jueces como los Magistrados Administrativos.

La Universidad Autónoma de Bucaramanga buscó colaborar con el Tribunal en el desarrollo de este proyecto y por esta razón se realiza el presente trabajo que surge del análisis de una serie de sentencias proferidas por esta entidad estatal, las cuales fueron suministradas por su relatoría.

En primer lugar se hizo una recopilación de sentencias del Tribunal, relacionadas con el tema sobre el cual se trabajó, que es la DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES EN CARGOS DE CARRERA.

Desde el año 1999 a raíz de la expedición de la Sentencia C-372, el concurso para acceder a cargos de carrera quedó paralizado, puesto que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de ciertos artículos de la ley 443 de 1998, que regulaba lo relacionado con la carrera administrativa y por su puesto con la Comisión Nacional del Servicio Civil. En este fallo se decide que debe ser el legislador quien regule el sistema de concurso ya que:

La Comisión del Servicio Civil es, entonces, una sola y, a juicio de la Corte, no tiene un carácter de cuerpo asesor o consultivo del Gobierno ni de junta o consejo directivo de composición paritaria o con mayoría prevalente de los

organismos estatales o de los trabajadores, ni de las entidades territoriales en cabeza de sus autoridades. Se trata en realidad de un ente autónomo, de carácter permanente y de nivel nacional, de la más alta jerarquía en lo referente al manejo y control del sistema de carrera de los servidores públicos, cuya integración, período, organización y funcionamiento deben ser determinados por la ley. No hace parte del Ejecutivo ni de otras ramas u órganos del poder público y debe ser dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, para que pueda cumplir con eficiencia los cometidos constitucionales que le corresponden.¹

Durante el periodo comprendido entre el 26 de mayo de 1999 y el 23 de septiembre de 2004 cuando se expidió la ley 909 que tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública, los cargos de carrera fueron proveídos por encargo y en provisionalidad generándose así una serie de discrepancias entre los empleados nombrados y la autoridad nominadora, que son llevadas a instancias judiciales a través de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho; puesto que aquellos consideran que no pueden ser retirados del servicio público mientras no se haya citado al respectivo concurso y exista lista de elegibles para proveer el cargo. De otra parte el nominador asegura que en el ejercicio de la facultad discrecional, puede declarar insubsistente el nombramiento del empleado provisional mediante acto que no requiere motivación, cuando el servicio así lo exija.

Frente a este tema las Altas Cortes han asumido sus posiciones. De una parte la Corte Constitucional afirma que declarar la insubsistencia del nombramiento de un empleado en provisionalidad en un cargo de carrera sin expresar los móviles que llevaron al nominador a tomar tal decisión vulnera Derechos Constitucionales como el derecho a la defensa, el debido proceso, la estabilidad laboral y el

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 1999. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

principio de publicidad que debe ser inherente al desarrollo de la función administrativa. Lo anterior lo asegura la Corte por cuanto considera que el empleado que es retirado del servicio tiene derecho a conocer el motivo por el cual lo retiraron, para poder así defenderse y controvertir tal determinación.

El Consejo de Estado por su parte, en la mayoría de ocasiones ha considerado que no se le puede otorgar estabilidad a un empleado que ha accedido al cargo por un nombramiento provisional y no por haber agotado y superado las etapas de un concurso, puesto que al hacerlo se le estaría igualando a uno de carrera, vulnerándose así el artículo 125 de la Carta. Esta corporación considera que el empleado provisional debe ser asemejado al de libre nombramiento y remoción al momento de declarar su insubsistencia, lo que no obliga al nominador a expresar los motivos por los cuales ha decidido retirarlo del servicio, puesto que así como tuvo la discrecionalidad de nombrarlo en el cargo, tiene también la discrecionalidad de retirarlo de este, cuando así lo considere por razones del buen servicio.

A su vez esta Corporación ha emitido fallos en los que contempla la posibilidad de dar una estabilidad restringida a los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, que implique la motivación del acto que realiza tal declaración; sin embargo asegura que la mencionada estabilidad no significa dejar al empleado indefinidamente en el cargo, cuando medien razones para que sea retirado de este.

Una vez recopiladas las sentencias relacionadas con el tema asignado por la relatoría, se realizó la lectura y el estudio de las mencionadas sentencias, utilizando un método de análisis que nos permite básicamente identificar la sentencia, saber el tema, el problema jurídico y la posición del Tribunal frente a dicho problema.

Después de realizar el análisis de cada una de las providencias se efectuó la lectura de las sentencias del Consejo de Estado mencionadas como fundamento jurídico de las decisiones tomadas por el Tribunal Administrativo de Santander, las cuales a su vez referenciaban otras sentencias de la misma entidad, procediendo de igual forma a realizar su lectura y análisis. Como consecuencia de esta dinámica se hizo la identificación de las sentencias hito, al igual que de las sentencias confirmadoras de principio proferidas por el Consejo de Estado, con la finalidad de mostrar que los Magistrados del Tribunal Administrativo de Santander siguen la misma línea jurisprudencial que manejan la mayoría de los Consejeros. Así mismo se intentó identificar estas dos clases de sentencias en las providencias emanadas del Tribunal.

Finalmente, después de haber recopilado la información necesaria para llevar a cabo este proyecto y haber realizado el respectivo análisis, se procedió a estructurarlo y plasmarlo para darlo a conocer.

Este trabajo contiene la explicación de ciertos términos que se hace necesario aclarar con el fin que el lector entienda mejor el tema trabajado; el análisis de las sentencias que sobre este tema ha proferido el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, las cuales son reseñadas en un gráfica que tiene como finalidad mostrar la posición que dicha entidad asume frente al problema jurídico; y una recopilación de las normas legales que fundamentan las decisiones tomadas por los Magistrados.

JUSTIFICACIÓN

Con el proyecto se quiere que la Universidad Autónoma de Bucaramanga a través de sus estudiantes sirva de ayuda y apoyo a la Relatoría del Tribunal Administrativo, para dejar una fuente de información en la que puedan sustentar las decisiones los Jueces y Magistrados del área Administrativa.

Este trabajo busca recopilar las sentencias proferidas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander, realizar un análisis de estas y determinar la línea jurisprudencial del respectivo tema.

Lo anterior se realiza con el fin de unificar diversos criterios que puedan existir frente al tema y de esta manera utilizar el material como base para crear nuevos fallos y como apoyo jurisprudencial de las decisiones que puedan llegar a tomar los Jueces Administrativos y los Magistrados frente a casos similares.

De igual manera se pretende mostrar que el Tribunal sigue la línea mayoritaria marcada por el Consejo de Estado, el cual en ocasiones ha tomado decisiones que contrarían su criterio mayoritario, como en la sentencia de la sección segunda, subsección A, con Magistrada Ponente Ana Margarita Olaya del 20 de junio de 2002.

OBJETIVO GENERAL:

Contribuir al mejoramiento del funcionamiento de la relatoría del Tribunal Administrativo de Santander, definiendo su lineamiento jurisprudencial.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Contribuir con la base de datos de la relatoría con los análisis realizados.
- Realizar análisis estructural de las providencias emanadas del Tribunal Contencioso Administrativo de Santander.
- Realizar un análisis jurídico de las providencias emanadas del Tribunal Administrativo de Santander y examinar las del Consejo de Estado con el fin de identificar los lineamientos de estas dos corporaciones y observar frente a que puntos asumen la misma posición.

PROBLEMA JURÍDICO

¿EL ACTO EN VIRTUD DEL CUAL SE DECLARA INSUBSISTENTE EL NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD DE UN EMPLEADO EN UN CARGO DE CARRERA REQUIERE MOTIVACIÓN?

CAPÍTULO 1

ACTO ADMINISTRATIVO

“Es toda declaración de voluntad de una autoridad administrativa, proferida en la forma determinada por la ley o el reglamento, que estatuya sobre relaciones de derecho público, en consideración a determinados motivos, con el fin de producir efectos jurídicos para la satisfacción de un interés administrativo y que contenga por objeto crear, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva”²

Es "toda manifestación unilateral de voluntad de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos"³

Los actos administrativos expedidos por la administración tienen tres etapas: su nacimiento, sus efectos y su desaparición⁴

1.2.1. Nacimiento del acto administrativo: Para que un acto administrativo pueda nacer a la vida jurídica tiene que reunir ciertos requisitos y procedimiento que son los que conllevan a la administración a la expedición de dicho acto.

² Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 3 de diciembre de 1975, anales, TXXXIX, Núms. 447, 448, p. 307.

³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 14 de julio de 1993. consejero Ponente Diego Younes Moreno, exp AC-853, citado por SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, tomo II. Bogotá-Colombia. Universidad Externado de Colombia. Departamento de publicaciones. 2003. p. 131

⁴ RODRÍGUEZ R, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá-Colombia: Temis, 1998. p. 237 a 240.

1.2.2. Efectos del acto administrativo: El acto administrativo produce ante todo un efecto común a todos los actos jurídicos, que consiste en que modifica el ordenamiento jurídico existente, es decir, crea, modifica o extingue una situación jurídica. Para el caso en examen por tratarse de un acto administrativo particular sus efectos se traducen en crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones de carácter particular, personal y concreto.

1.2.3. Desaparición del acto mediante un acto administrativo: Los actos administrativos desaparecen por causas emanadas de la voluntad de la administración o por causas extrañas a la voluntad de la administración, dentro de dichas causales está prevista la desaparición del sujeto ⁵

⁵ *Ibíd*em, p. 226 a 240 Por voluntad de la administración: 1. Por voluntad expresada en el mismo acto. 2. Por voluntad implícita en el acto en cuanto a su duración. 3. Por voluntad afectada por una condición resolutoria 4. Por consecuencia de la vía gubernativa. 5. Por revocatoria directa. Por causas extrañas a la voluntad de la administración: 1. Por desaparición del objeto del acto. 2. Por desaparición del sujeto. 3. Por anulación del acto por el juez.

EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

“El acto administrativo existe jurídicamente y es válido, si se presentan sus elementos esenciales”. Estos elementos son:

- Sujeto.
- Voluntad declarada legalmente.
- Objeto.
- Motivos.
- Fin.
- Forma.
- Mérito.
- Causa.

¿EN QUE CONSISTE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO?

“[...] Consiste en que la administración está sujeta en su actividad al ordenamiento jurídico, es decir, que todos los actos que dicte y las actuaciones que realice deben respetar las normas jurídicas superiores [...]

[...] La actividad administrativa debe ajustarse al imperio de la normatividad, que algunas veces incluso está rígidamente jerarquizada”.⁶

⁶ AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos del Derecho Administrativo General. Bogotá-Colombia: Doctrina y Ley, 1999. p. 52.

CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Se da cuando se busca confirmar que el acto administrativo fue expedido por la persona competente para hacerlo, bajo el cumplimiento de los requisitos legales para su elaboración, con la medida jurídica dispuesta por la ley para la circunstancia específica y para conseguir los fines que fueron previstos por la ley al dar competencia.

CAUSALES DE ANULACIÓN O DE ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

- Incompetencia.
- Vicios de la voluntad del sujeto.
- Vicios de forma o de procedimiento.
- Desviación de poder.
- Ilegalidad en relación con el objeto.
- Falsa motivación.

DESVIACIÓN DE PODER

“El desvío se presenta cuando hay indebida aplicación de la facultad discrecional o arbitrio administrativa, por parte del funcionario público. El desvío de poder corresponde a todos los eventos en los que toda autoridad usa su poder, para fines diferentes de aquellos para los cuales se los otorgó la ley”.⁷

⁷ AYALA CALDAS, Op. Cit., p. 335.

“Consiste, por tanto en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla”⁸

FALSA MOTIVACIÓN

Hace referencia a los motivos que llevaron al autor del acto a expedirlo.

“Esta causal de falsa motivación comprende dos posibilidades: en primer lugar puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión y el funcionario expida el acto sin que sus motivos se hayan presentado en la práctica, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos, y en segundo lugar, esta ilegalidad puede consistir en que los motivos invocados por el funcionario para tomar la decisión no han existido realmente sea desde el punto de vista material, sea desde el punto de vista jurídico. Se habla entonces de la inexistencia de los motivos invocados, de motivos erróneos o de error de hecho o de derecho de los motivos”.⁹

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Consiste en que una persona perjudicada por un acto administrativo solicita al juez que decrete la nulidad de ese acto por ser contrario a una norma jurídica superior, pero, además, se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”.¹⁰

⁸ RODRIGUEZ R, Op. Cit., p. 211

⁹ Ibídem, p. 209.

¹⁰ Ibídem, p. 217.

CAPÍTULO 2

NOMBRAMIENTOS

a. LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:

Ordinario: “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.”¹¹

b. CARRERA ADMINISTRATIVA:

Es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la Administración Pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascenso.

Varias normas de la Constitución de 1991 establecen las carreras de los servidores públicos, las cuales son diversas según la naturaleza del servicio

¹¹ Decreto 2400 de 1968. Artículo 5.

que presten al Estado. Así tenemos la carrera administrativa, militar y judicial como las principales previstas en nuestra Carta Fundamental.

Como norma general sobre la carrera existe el artículo 125 de la Constitución Política, el cual consagra que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.

El mencionado artículo contempla los motivos por los cuales un servidor público puede ser retirado del servicio:

- Por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo.
- Por violación del Régimen Disciplinario y
- Por las demás causales previstas en la Constitución y la Ley: entre estas se encuentran: la declaratoria de insubsistencia del nombramiento cuando el empleado haya obtenido una calificación de servicios no satisfactoria; por renuncia regularmente aceptada; por supresión del empleo; por retiro con derecho a jubilación; por invalidez absoluta; por edad de retiro forzoso; por destitución; por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; por vencimiento del periodo para el cual fue nombrado o elegido el empleado; por orden o decisión judicial.¹²

Para administrar y vigilar la carrera de los servidores públicos, de conformidad con el artículo 130 de nuestra Carta, el legislador debe crear una Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En propiedad: Se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente (desde el punto de vista de la carrera) y la persona haya superado las etapas del proceso de selección; también se aplica en caso de traslado.

¹² Ley 27 de 1992. Artículo 7

- En periodo de prueba: “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”.¹³

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

- En Provisionalidad: Se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente (desde el punto de vista de la carrera) hasta que se pueda hacer la designación por el sistema de concurso (lo que hace relación a la facultad nominadora y no al derecho de permanencia del nombrado en esta condición); dicho nombramiento no puede exceder de seis meses.* También opera en caso de vacancia temporal, cuando no se hace el nombramiento por encargo o esta clase de vacancia sea superior a un mes. ¹⁴

De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004 en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

¹³ Decreto 2400 de 1968. Artículo 5

*para el caso en que la Comisión Nacional de Servicio Civil autorice encargos y nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación, o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad lo justifique el jefe de la entidad. Decreto 1227 de 2005. Artículo 8.

¹⁴ Ley 270 /96. Artículo 132-2

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito”¹⁵

“[...] Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera [...]”¹⁶

¹⁵ Decreto 1227 de 2005. Artículo 9.

¹⁶ *Ibíd.* Artículo 4.

ENCARGO

Se realiza en un funcionario o empleado que desempeñe otro cargo en propiedad, cuando las necesidades del servicio lo exijan, hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual.

Al vencer este término, se procederá al nombramiento en propiedad o provisional, según sea el caso y conforme a las normas aplicables.¹⁷

Según la ley 909 de 2004, el encargo es una manera de proveer empleos de carrera administrativa, una vez convocado el respectivo concurso, mientras se surte el proceso de selección. Su término no podrá ser superior a seis meses.

Para ocupar en encargo un empleo de CARRERA ADMINISTRATIVA se requiere:

- No haberse realizado el respectivo concurso.
- Ser un empleado de carrera que:
 1. Ocupe el cargo inmediatamente inferior al encargado.
 2. Tenga aptitudes y habilidades para su desempeño.
 3. No haya sido sancionado disciplinariamente en el último año.
 4. Haya obtenido calificación sobresaliente.

Para ser encargado de un cargo de LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN se necesita:

- a. Ser empleado de carrera o libre nombramiento y remoción.
- b. Cumplir con los requisitos y perfil para su desempeño.

¹⁷ Ley 270 /96. Artículo 132-3

- c. VACANCIA DEFINITIVA: el encargo es por tres meses. Una vez vencidos deberá proveerse definitivamente.

COMISIÓN

Se puede dar en:

- Empleados de libre nombramiento y remoción o de periodo.
- Empleado de carrera con calificación sobresaliente o satisfactoria.

El término es de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual. Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el empleado deberá asumir el cargo respecto del cual ostenta derechos de carrera. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.¹⁸

INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO

Los nombramientos ordinarios o provisionales pueden ser declarados insubsistentes en cualquier momento, lo que implica retirar al empleado de la prestación del servicio por parte de la autoridad nominadora. En el caso de los pertenecientes a la carrera administrativa, solo pueden ser declarados insubsistentes por las causales taxativamente señaladas por la ley.

¹⁸ Ley 909 de 2004. Artículo 26

SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD

Por disposición legal o de decreto ejecutivo, para los efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones sociales, la desvinculación del servicio no es jurídicamente relevante si el empleado público se retira de él y se vuelve a vincular inmediatamente o dentro de un determinado plazo. En consecuencia, si la ley o el decreto ejecutivo nacional disponen, para el reconocimiento de una prestación social, que la desvinculación del servicio durante un tiempo determinado no constituye solución de continuidad, ello significa que, para su reconocimiento, se pueden sumar los tiempos servidos antes de la desvinculación y con posterioridad al nuevo ingreso.¹⁹

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de fecha 17 de marzo de 1995, radicado n° 675. Humberto Mora Osejo.

CAPÍTULO 3

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

1) TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

- A. El Punto Arquimédico de apoyo:** “Es una sentencia con la que el investigador tratará de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias. Su propósito fundamental será el de ayudar a la identificación de las “sentencias-hito” de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea”²⁰ debe ser lo más reciente posible y en sus hechos relevantes debe tener el mismo patrón fáctico con relación al caso sometido a investigación.
- Debido a que la Sentencia con radicado 2003-2088 del 1 de agosto del 2008 es un fallo con fecha reciente en consideración con los demás analizados en este proyecto y además define y muestra claramente la posición asumida por el Tribunal Administrativo de Santander frente al tema, será considerada como el *punto arquimédico*.
 - Teniendo en cuenta que la Sentencia proferida por la Sala Segunda del Consejo de Estado de fecha 13 de marzo de 2003, con Magistrado Ponente Tarsicio Cáceres, considerada como la sentencia hito, es un fallo con fecha de expedición no tan antigua y además unifica los criterios contrapuestos

²⁰ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Bogotá-Colombia: Legis. 2000. p. 70.

que viene manejando cada una de las subsecciones de la Sala Segunda frente al problema jurídico que he planteado será considerada para los fines de este trabajo como *el punto arquimédico*.

B. Ingeniería Reversa: “[...] Consiste en el estudio de la estructura de citas del punto arquimédico. Las sentencias mas recientes son utilizadas como puntos arquimédicos para estructurar la línea jurisprudencial [...]

[...] Antes de analizar la sentencia en profundidad, el investigador debe hacer una lista de las citas jurisprudenciales que la *sentencia arquimédica* contiene. Con estas nuevas referencias a la mano, el investigador puede ahora replicar el procedimiento hasta que forme un “nicho citacional” lo suficientemente amplio [...]”²¹

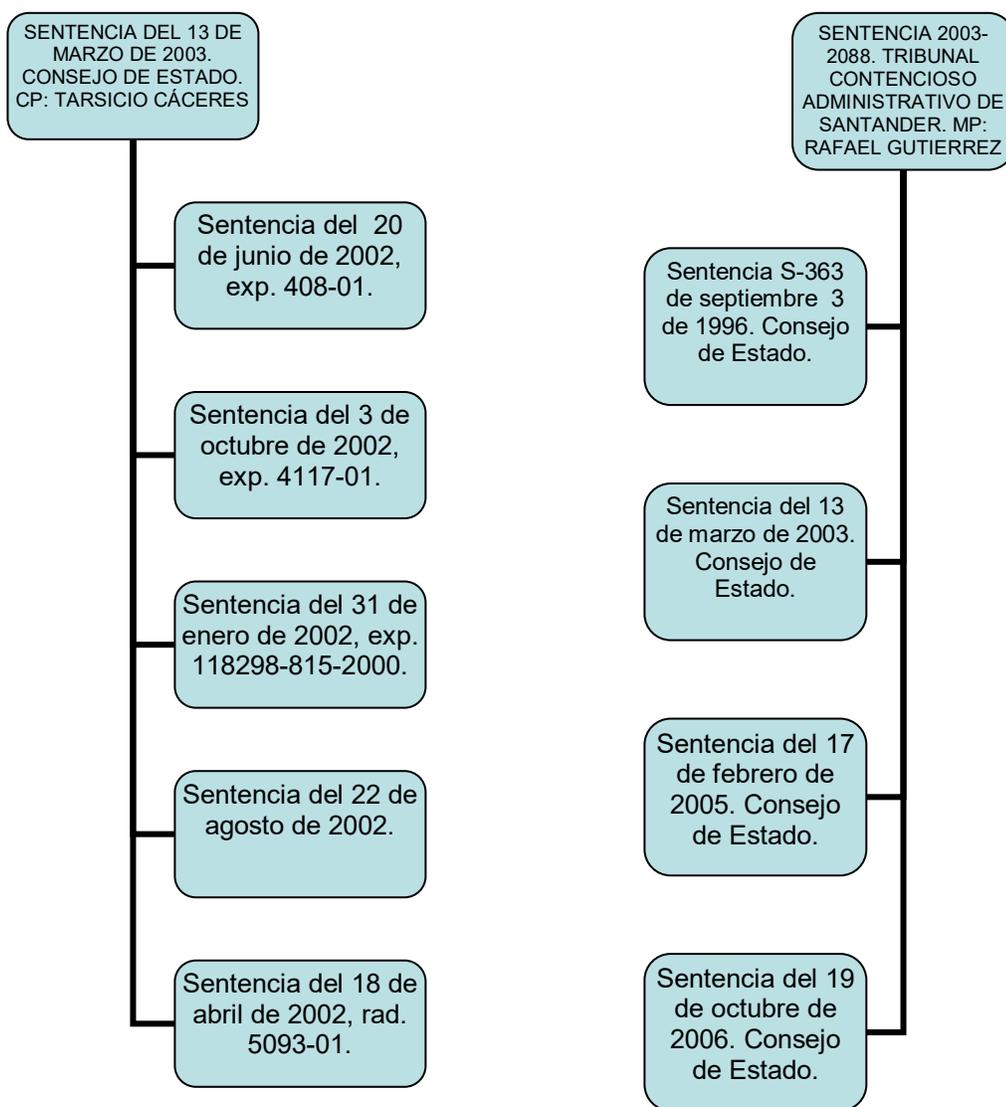
A continuación se presenta una gráfica en la que a partir de las sentencias que fueron seleccionadas como “*punto arquimédico*” en cada una de las entidades (Consejo de Estado y Tribunal Administrativo) teniendo en cuenta el problema jurídico de esta investigación, se enuncian las citas jurisprudenciales que aquellas han hecho.

La gráfica del Consejo de Estado muestra la relación de los fallos citados por la Sentencia del 13 de marzo de 2003 con Magistrado Ponente Tarcisio Cáceres, por ser esta la seleccionada como “*punto arquimédico*”.

Para el caso del Tribunal Administrativo de Santander se muestra la relación de las sentencias citadas por la sentencia 2003-2088 de agosto 1 de 2008 con Magistrado Ponente Rafael Gutiérrez, las cuales pertenecen al Consejo de Estado.

²¹ *Ibíd*em, p. 71

CONSEJO DE ESTADO: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER:

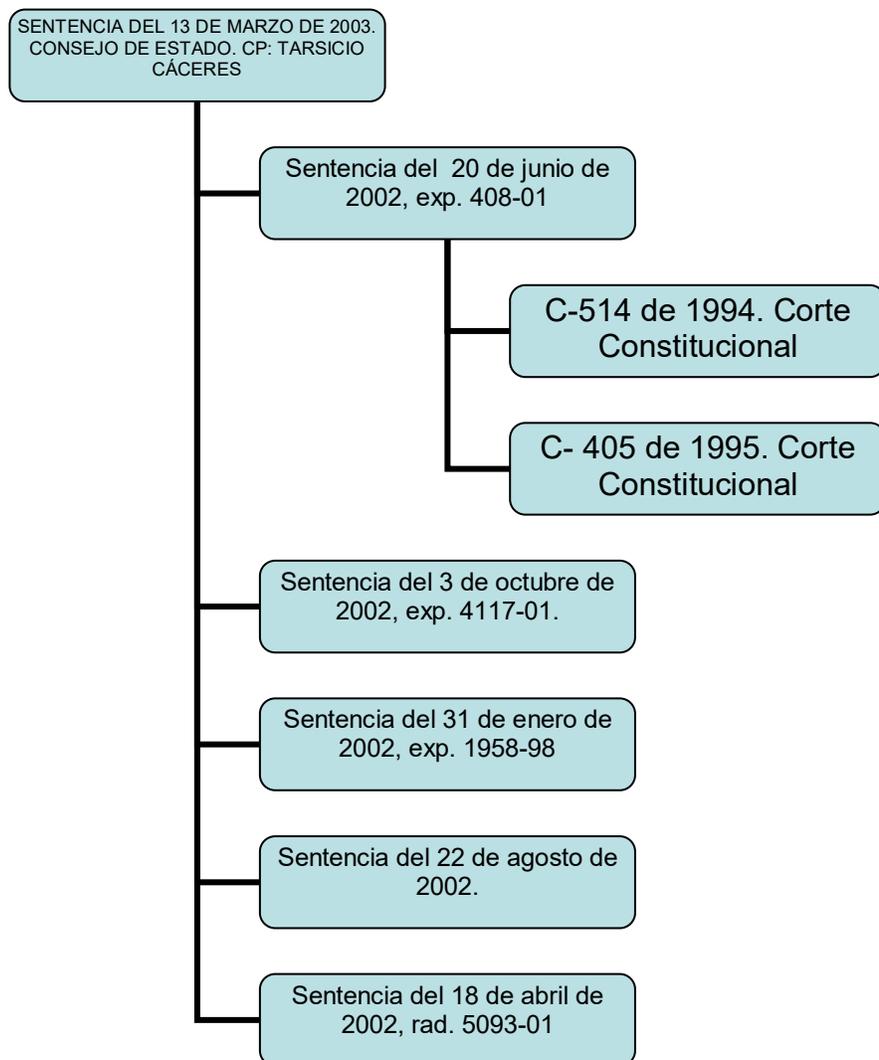


Antes de entrar a analizar en profundidad las sentencias arquimédicas, se debe hacer una lista de las citas jurisprudenciales que contienen dichas sentencias. "Con estas nuevas referencias a la mano, el investigador puede ahora replicar el procedimiento hasta que forme un *"nicho citacional"* lo suficientemente amplio".²²

²² *Ibíd*em, p. 72

C. *Nicho citacional*: "Es lo que se ha formado mediante el análisis de las sentencias."²³ Al graficarse el "*nicho citacional*" se puede observar que ciertos puntos están frecuentemente citados en un alto número de sentencias. Esta gráfica se parece a una "telaraña citacional".

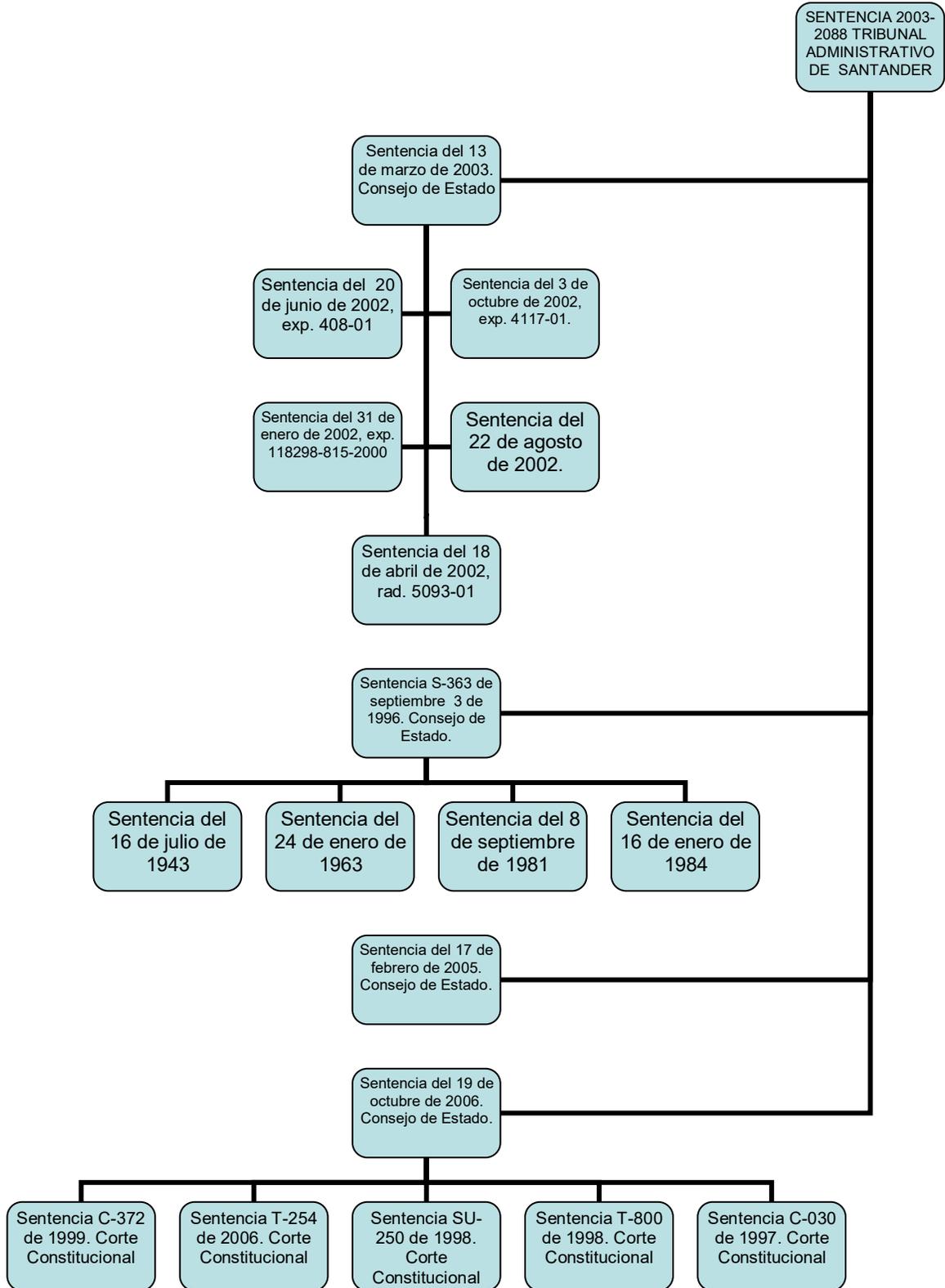
Nicho Citacional del Consejo de Estado:



A partir del ejercicio hecho con la "*ingeniería reversa*" respecto de la Sentencia del 13 de marzo de 2003 del Consejo de Estado (sentencia arquimédica), se replica este procedimiento en un nivel más, con el fin de construir el "*nicho citacional*."

²³ *Ibíd*em, p. 73

Nicho Citacional del Tribunal Administrativo de Santander:



El “*nicho citacional*” formado a partir de la sentencia 2003-2088 del 1 de agosto de 2008 del Tribunal Administrativo de Santander (sentencia arquimédica) se obtuvo como resultado de la aplicación de la “*ingeniería reversa*” ampliando esta relación de sentencias en un nivel más.

2) SENTENCIAS HITO

“Son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea.”²⁴

A. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER: Después de realizar la lectura de las Sentencias del Tribunal se eligió como sentencia hito la sentencia del 1 de agosto de 2008 con Magistrado Ponente Rafael Gutiérrez Solano, cuyo radicado es el 2003-2088.

B. CONSEJO DE ESTADO: De la lectura y estudio de algunas Sentencias del Consejo de Estado, entre estas las mencionadas por el Tribunal Contencioso Administrativo de Santander como fundamento de sus decisiones tomadas frente a este tema y otras sentencias de gran importancia proferidas por esta alta corporación, se decidió resaltar como sentencia hito el fallo proferido por la Sala Segunda del Consejo de Estado de fecha 13 de marzo de 2003, con Magistrado Ponente Tarsicio Cáceres.

²⁴ *Ibíd*em, p. 68.

3) SENTENCIAS FUNDADORAS DE LÍNEA

“Son fallos, usualmente proferidos en el periodo 91-92, en los que la Corte aprovecha sus primeras sentencias de revisión para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos constitucionales. Son sentencias usualmente muy pretenciosas en materia doctrinaria y en las que se hacen grandes recuentos de los principios y reglas relacionados con el tema bajo estudio”²⁵

A. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER: La sentencia hito será considerada también como sentencia fundadora de línea, ya que es la sentencia con fecha de expedición más antigua y además tiene el contenido conceptual más completo y enriquecedor.

B. CONSEJO DE ESTADO: Como sentencia fundadora de línea se tendrá la proferida el día 5 de septiembre de 1995, la cual confirmó la decisión tomada por el Tribunal Administrativo de Santander el 8 de abril de 1991. Esta sentencia con ponencia del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora fue considerada fundadora de línea por ser la más antigua y por dejar sentados ciertos principios frente a la discrecionalidad de la autoridad nominadora.

²⁵ *Ibíd*em, p. 67.

4) SENTENCIAS CONFIRMADORAS DE PRINCIPIO

“Son aquellas que se ven a si mismas como puras y simples aplicaciones, a un caso nuevo, del principio o *ratio* contenido en una sentencia anterior. Con este tipo de sentencias los jueces descargan su deber de obediencia la precedente”.²⁶

A. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER: Las demás sentencias analizadas que se relacionan en este proyecto son sentencias confirmadoras de principio, ya que son afines con la sentencia hito.

B. CONSEJO DE ESTADO: En este trabajo de investigación serán consideradas sentencias confirmadoras de principio, las demás analizadas del Consejo de Estado, las cuales se ajustan a lo proferido en la sentencia hito y la fundadora de línea.

²⁶ *Ibíd*em, p. 68.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS JURISPRUDENCIALES

1. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Sentencia Hito:

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EXPEDIENTE 20032088

1) IDENTIFICACIÓN:

EXPEDIENTE: 2003-2088-00

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: HÉCTOR CALDERÓN RUEDA.

DEMANDADO: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE "SENA"

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO

FECHA: AGOSTO 1 DE 2008

2) HECHOS RELEVANTES:

- El demandante prestó sus servicios en el Servicio Nacional de Aprendizaje "SENA" desde el 5 de noviembre de 1999 en el cargo de Jefe Grado 01 División en la Oficina Información del Empleo.
- En abril de 2003 se declara insubsistente al demandante en el cargo que venía desempeñando en provisionalidad sin motivación alguna.

- Por la no motivación el Señor HÉCTOR CALDERÓN interpone acción de tutela buscando proteger sus derechos fundamentales al debido proceso y al derecho a la defensa, ante lo cual prospera el amparo invocado.
- Como consecuencia de lo anterior, el SENA expide la Resolución 837 de 2003, mediante la que busca dar cumplimiento al fallo, frente a la cual el demandante interpone un recurso de reposición, que no es resuelto por la entidad demandada.

3) PROBLEMA JURIDICO: ¿La declaratoria de insubsistencia de un nombramiento provisional en un cargo de carrera mediante acto no motivado, viola las normas de carrera administrativa?

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:

El Tribunal Administrativo de Santander, acogiendo la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, asegura que ante la imposibilidad de adelantar concurso de méritos, los nombramientos provisionales deben ser equiparados a los de libre nombramiento y remoción; ya que los empleados que ingresan al cargo de carrera mediante la figura de la provisionalidad no adquieren fuero alguno de inamovilidad, pues esa estabilidad relativa es aplicable únicamente a quien haya superado un proceso de concurso, accediendo así al cargo en propiedad.

En consonancia con lo anterior, el acto en virtud del cual se declara la insubsistencia de los nombramientos provisionales en cargos de carrera, no requiere motivación, ya que este requisito se exige exclusivamente “cuando se

trata de desvincular a quien, previo concurso de méritos, ha logrado los derechos de carrera”²⁷

Se aparta el Consejo de Estado de la Corte Constitucional en cuanto a la exigencia de motivación del acto que hace esta última, por considerar que este es un requisito meramente formal, propio del deber ser que no se cumple en la realidad, debido a que se exige que la vinculación se haya presentado previo concurso de méritos, para que se constituyan las verdaderas condiciones técnicas del empleado. También argumenta que “cuando el Consejo de Estado examina la legalidad de un acto administrativo sin duda alguna hace la confrontación necesaria frente a las normas constitucionales; pero es que además, el solo 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 como ajustada a la Constitución, ya sea porque ha sido objeto de estudio de constitucionalidad por parte de la Corte en cualquiera de sus alternativas de control, o porque, también se presume que el legislativo ha actuado con sujeción a la Constitución en el proceso de producción de la misma”²⁸

Considera la Sala que no existió desviación de poder al expedir el acto que declaró insubsistente el nombramiento del actor, ya que en virtud de la facultad discrecional del nominador, este puede retirar al empleado que se encuentre en las condiciones mencionadas, invocando razones del servicio y no necesariamente cuando se haya convocado a concurso para llenar la plaza de manera definitiva con quien obtenga el primer lugar. El mencionado acto se presume que fue expedido por razones del buen servicio público, “correspondiendo a la parte actora demostrar los hechos para quebrantar dicha

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de octubre 19 de 2006. Magistrado Ponente: Ana Margarita Olaya, citada por el Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de agosto 1 de 2008, exp. 2003-2088-00. Magistrado Ponente: Rafael Gutiérrez Solano.

²⁸ *Ibíd*em anterior

presunción.” Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal asegura que “el interés particular de los funcionarios públicos debe ceder ante el interés general del mejoramiento del servicio, motivo por el que respecto a los empleados de carrera administrativa, no puede entenderse que el derecho a la estabilidad laboral comporte la obligación de la administración de mantener a un funcionario indefinida e incondicionalmente en el empleo”.

6) METODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EXPEDIENTE 20031624

1) IDENTIFICACIÓN:

EXPEDIENTE: 2003-1624

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: RODRIGO DULCEY RODRIGUEZ

DEMANDADO: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA

FECHA: OCTUBRE 5 DE 2007

2) HECHOS RELEVANTES:

- El 15 de abril de 1997 al actor fue nombrado como provisional en el cargo de Técnico Judicial I de la Dirección Seccional de Cuerpo Técnico de Investigación de Florencia-Caquetá.
- El 30 de diciembre de 1999 al actor fue nombrado como provisional en el cargo de Investigador Judicial I, de la misma entidad en la ciudad de Riohacha.
- El 30 de noviembre de 2000 fue trasladado de la Dirección Seccional de Cuerpo Técnico de Investigación de Riohacha a la Dirección Seccional de Cuerpo Técnico de Investigación de Bucaramanga, en el mismo cargo.
- El 10 de marzo de 2003, mediante resolución no motivada fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de investigador Judicial I de la Dirección Seccional de Cuerpo Técnico de Investigación de Bucaramanga.

- 3) PROBLEMA JURIDICO:** ¿Es ilegal el acto administrativo que declara insubsistente un nombramiento provisional en un cargo de carrera, sin expresar los motivos?

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:

Deniega las pretensiones de la demanda, argumentando que los cargos de carrera deben ser provistos por el sistema de concurso de méritos, previo agotamiento de un proceso de selección, que es regulado por la Ley 443 de 1998. Quien accede al cargo por este sistema puede gozar de los beneficios y derechos propios de la carrera administrativa, entre ellos el de la estabilidad, lo cual significa que este empleado solo puede ser removido por causas disciplinarias, o por haber obtenido una calificación no satisfactoria.

Ahora bien, los cargos de carrera pueden ser provistos mediante la provisionalidad, sin que esto signifique que dichos empleados puedan gozar de los beneficios que se obtienen al haber accedido al cargo previo concurso de méritos y superación satisfactoria de este; ya que dichas prerrogativas se predicen del empleado de carrera y no del cargo en si mismo.

Si el empleado no es de carrera, goza de una estabilidad precaria que se asemeja a la ostentada por el empleado de libre nombramiento, por lo que se ajusta a derecho la remoción del cargo de este por razones de mejoramiento del servicio sin motivación alguna o inspirado en móviles de buen servicio.

Mientras no exista concurso y la lista de elegibles aplicable, la autoridad nominadora puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público, lo que significa que el nominador no esta atado a plasmar en el Acto Administrativo de retiro las causas por la que se origina la decisión, ni a expresar los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron dicha decisión.

El artículo 35 del Código Contencioso Administrativo no es aplicable para estos casos, ya que este se refiere a actos reglados, y no es predicable de Actos Administrativos que corresponden al ejercicio de un poder o facultad discrecional, como es el caso, los cuales tienen un control jurisdiccional en cuanto a la finalidad y a la proporcionalidad de la medida, no en su motivación.

Esta discrecionalidad no implica la existencia de potestades absolutas, ya que debe estar sustentada en la razonabilidad, lo que significa que si la decisión está precedida de supuestos de hechos reales, objetivos y ciertos la presunción de legalidad que ostentan la generalidad de los actos discrecionales se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional.

Según el artículo 125 de la Constitución Política el sometimiento a las etapas del concurso y a la superación satisfactoria de todas ellas, es condición *sine quanon* para ser nombrado y para predicar los derechos que otorga la carrera administrativa. Admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, distorsiona el sentido del concurso de méritos.

6) METODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EXPEDIENTE 20012746

1) IDENTIFICACIÓN:

EXPEDIENTE: 2001-2746

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: LUIS FERNANDO GARCÍA ALARCÓN

DEMANDADO: BOMBEROS DE BUCARAMANGA

MAGISTRADO PONENTE: SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

FECHA: OCTUBRE 11 DE 2007

2) HECHOS RELEVANTES:

- El demandante fue nombrado en provisionalidad el 4 de noviembre de 1999 para desempeñar el empleo de auxiliar código 565, grado 1, nivel administrativo, en la entidad de los Bomberos de Bucaramanga.
- El 31 de marzo de 2000 fue incorporado en provisionalidad a la nueva planta globalizada de la entidad.
- Su nombramiento fue declarado insubsistente el 7 de junio de 2001.

3) PROBLEMA JURIDICO: ¿La declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional efectuado en un empleo de carrera administrativa debe ser motivada?.

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:

Solamente los empleados de carrera tienen el derecho de permanecer en el servicio y gozan de las garantías legales, mientras que los nombrados en

provisionalidad están supeditados a la decisión que pueda adoptar el ente nominador.

El Tribunal sigue la postura del Consejo de Estado en cuanto a que toda persona que ingrese a un cargo de carrera con nombramiento provisional no adquiere fuero alguno de inamovilidad, puesto que esa estabilidad solo se obtiene por haber superado un proceso de concurso y haber accedido al cargo por méritos y en propiedad. Como consecuencia de esto, el acto que declara la insubsistencia de un nombramiento hecho en provisionalidad en un cargo de carrera, no requiere motivación ni trámite administrativo previo.

El Consejo de Estado discrepa de la posición de la Corte Constitucional, en el sentido en que para aquel la exigencia de la motivación de los actos que declaran la insubsistencia de nombramientos provisionales se basa en una premisa puramente formal.

En cuanto a la FALSA MOTIVACIÓN, que el actor le endilga a la Resolución que terminó la provisionalidad del mismo, el Tribunal dice que “en la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad subyace la presunción de haberse efectuado por razones del buen servicio público, correspondiendo al demandante demostrar los hechos para quebrantar dicha presunción”.

Respecto a la DESVIACIÓN DE PODER asegura la Sala que esta “es una modalidad de ilegalidad que se predica del elemento teleológico del acto administrativo, elemento este último que en los actos discrecionales gira en torno a lograr la mejor prestación del servicio público y la buena marcha de la administración. Debido a que no existe ningún elemento probatorio que permita concluir que el móvil para la declaratoria de insubsistencia fue ajeno al mejoramiento del servicio”.

6) METODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EXPEDIENTE 20042335

1) IDENTIFICACIÓN:

EXPEDIENTE: 2004-2335

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

ACTOR: MARLON RICARDO CONTRERAS CASTRO

DEMANDADO: CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL RIO GRANDE DE LA MAGDALENA "CORMAGDALENA"

MAGISTRADO PONENTE: SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

FECHA: OCTUBRE 11 DE 2007

2) HECHOS RELEVANTES:

- El primero de septiembre del año 2000 el actor se posesionó como Técnico Administrativo Código 4065, grado 17, subdirección de Infraestructura, con carácter provisional, debido a que el titular del cargo se encontraba en encargo.
- En marzo del 2004 mediante acto administrativo se resuelve revocar la provisionalidad del nombramiento.
- Al momento de la declaratoria de insubsistencia del demandante, la Procuraduría General de la Nación había iniciado una investigación disciplinaria, en la que decidió suspender a varios funcionarios, entre estos al demandante.

- 3) PROBLEMA JURIDICO:** ¿El acto sin motivación que declara insubsistente el nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, cuyo titular ha sido encargado incurre en vicios de expedición irregular y de falsa motivación?

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:

La situación de provisionalidad trae como consecuencia jurídica que el empleado no goce de fuero alguno de inamovilidad, por lo que no se exige su consentimiento expreso y escrito previo para terminar la provisionalidad, tal y como lo afirma el actor.

El derecho a una estabilidad laboral solo surge cuando se supera un proceso de concurso accediendo así al cargo por méritos.

El cargo desempeñado por MARLON CONTRERAS, no se encontraba en vacancia absoluta, ya que era desempeñado en propiedad por otra persona que había superado el concurso de méritos para acceder a dicho cargo, pero que se encontraba desempeñando en encargo otro empleo de carrera.

Para el Tribunal, siguiendo la posición asumida por el Honorable Consejo de Estado, solamente los empleados de carrera tiene derecho de permanecer en el servicio y gozan de las prerrogativas legales para esta clase de empleos, mientras que el nombramiento provisional se utiliza para proveer transitoriamente empleos de carrera sin que se hubieran cumplido las normas de selección exigidas, por lo que se infiere que los provisionales ostentan la calidad de empleados de libre nombramiento y remoción.

A la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en provisionalidad y del ordinario no le resultan aplicables las normas contenidas en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, por mandato del artículo 1 ibídem, según el cual los procedimientos administrativos como notificación y recursos no se aplican para ejercer la facultad de remover libremente a sus empleados de libre nombramiento y remoción.

La falsa motivación, según Santofimio Gamboa en su obra Tratado de Derecho administrativo, se caracteriza por una “evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que induce a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración”.

La fundamentación jurídica del Tribunal para denegar las pretensiones de la demanda son el artículo 107 del Decreto 1950 de 1.973 que autoriza declarar insubsistente un nombramiento provisional sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados; y el Decreto 1572 de 1998, el cual en su artículo 7 dice 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. No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados”.

Es obligación de la parte actora quebrantar la presunción de legalidad que se alega del acto administrativo, probando que la facultad nominadora desbordó los fines de la norma o los hechos que le sirvieron de causa.

En cuanto a la investigación disciplinaria, la Sala asegura que el “ejercicio de la acción disciplinaria es autónoma e independiente del ejercicio de la facultad discrecional de nominación y remoción, por tanto la circunstancia de ser investigado disciplinariamente no otorgaba al actor en este proceso fuero alguno de estabilidad mientras las resultas de la acción disciplinaria.”

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EXPEDIENTE 20011938

1) IDENTIFICACIÓN:

EXPEDIENTE: 2001-1938

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

ACTOR: MIGUEL DURÁN SILVA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE BUCARAMANGA-CONCEJO MUNICIPAL

MAGISTRADO PONENTE: SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

FECHA: NOVIEMBRE 22 DE 2007

2) HECHOS:

- MIGUEL DURÁN SILVA fue vinculado al servicio del Municipio-Consejo el 24 de febrero de 1989 mediante nombramiento en propiedad en el cargo de pagador grado 15, posesionándose el 13 de marzo del mismo año.
- El 28 de diciembre mediante resolución, el cargo que ocupaba pasó a llamarse Jefe de Unidad, para el que se posesionó el 13 de enero de 1990.
- Fue inscrito en carrera administrativa mediante Resolución nº 109 del 18 de marzo de 1994.
- El 30 de marzo de 2001 se le comunicó su desvinculación laboral, aducida en cumplimiento del Acuerdo nº 017/01, advirtiéndosele el derecho a optar a ser incorporado a la planta o a recibir indemnización

3) PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es inaplicable el acto administrativo que suprima un cargo de carrera, porque no se hayan expresado en este, los móviles que llevaron a la autoridad a tomar tal decisión?

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL: La Sala considera que la existencia de Unidades de Apoyo es una decisión autónoma e independiente de la supresión del empleo del actor, en cuanto al cargo de fines y motivos no admitidos por la moral administrativa que originaron el controvertido Acuerdo, dice que en reiteradas ocasiones la Corporación ha dicho que “la moralidad administrativa se violenta cuando se afecta en forma negativa el patrimonio público y, para el Tribunal, el solo desembolso para unidades de apoyo permitidas por la Ley, no evidencia una disminución patrimonial que lo lesione con vicios de inmoralidad”.

Asegura también que no se probó la existencia de desviación de poder, al momento de decidir la supresión del cargo, por lo que se presume que el móvil para esto fue el mejoramiento del servicio y el cumplimiento de la ley de ajuste fiscal. De igual manera no se probó que la persona escogida para ocupar el único cargo que quedó de Jefe de Unidad, carecía de la idoneidad y de los requisitos exigidos para el perfil de este cargo.

El actor no impugnó el estudio técnico, en el cual cabe resaltar se aconsejó “mantener como planta transitoria la de los empleos desempeñados por personal con derecho a pensión de jubilación” por lo que de la reestructuración sobrevivió un solo cargo de Jefe de Unidad que entró a ser ocupado por quien estaba próximo a adquirir al status de pensionado.

En términos generales el Tribunal considera que el acto de supresión del cargo se encuentra suficientemente motivado especialmente en la

disminución de los “gastos de funcionamiento”, que la Ley 617 de 2000 impuso y en los estudios técnicos realizados que aconsejaron el recorte de personal de carrera administrativa. Por lo anterior los magistrados deciden denegar las pretensiones de la demanda.

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EXPEDIENTE 20042485

1) IDENTIFICACIÓN:

EXPEDIENTE: 2004-2485

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

ACTOR: OSCAR ENRIQUE FORERO NONTIEN

DEMANDADO: LA NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR

FECHA: OCTUBRE 18 DE 2007

2) HECHOS:

- En septiembre de 1988 el actor fue nombrado en cargo de Agente Investigador Alumno Grado 6 de la Unidad Docente de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal.
- El 23 de febrero de 1989 fue nombrado en propiedad como Agente Investigador Grado 09, Auxiliar Técnico del Cuerpo Técnico de Policía Judicial tomando posesión en marzo 1 de ese año y siendo trasladado en esa misma fecha a Barrancabermeja, por haber aprobado satisfactoriamente el segundo curso de formación y adiestramiento dictado por la Unidad Docente del Cuerpo Técnico de Policía Judicial de la Dirección Nacional de Instrucción Criminal.
- El 20 de abril de 1990 fue trasladado a la Unidad de Sistemas de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Bucaramanga.
- En mayo de ese mismo año fue nombrado Agente Especial de Policía Judicial Grado 11 del Cuerpo Técnico de la Policía Judicial de Bucaramanga, tomando posesión en el mes de junio.

- En noviembre de 1991 el actor fue trasladado a la Unidad de Indagación Preliminar de Barrancabermeja en el mismo cargo.
- En junio del año siguiente se le nombró por encargo como Investigador grado 8 en la ciudad de Barrancabermeja.
- En noviembre de 1992 Oscar Enrique fue trasladado a la Dirección Regional del Cuerpo Técnico de Investigación en Barranquilla, en el mismo cargo.
- Un año después fue trasladado a la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Bucaramanga en el mismo cargo.
- El 30 de noviembre de 1994 fue nombrado Investigador Judicial 1 de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de investigación de Bucaramanga.
- Mediante Resolución del 2 de mayo de 1995 el demandante fue nombrado Coordinador de Investigación 1 de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigación de Bucaramanga.
- En octubre de 1998 se le nombró en provisionalidad en el cargo de Investigador Judicial 11.
- Por Resolución nº 0-1937 del 12 de mayo de 2004 fue declarado insubsistente el nombramiento del actor.

3) PROBLEMA JURIDICO: ¿La no motivación expresa en el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado que no ha accedido al cargo por concurso, torna ilegal esta declaratoria?

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:

La Sala entra primero a determinar la naturaleza del cargo desempeñado por el actor y a partir de ello el status jurídico de este, concluyendo que debido a que no se demostró por parte del demandante haber participado en un concurso de méritos que lo hiciera merecedor del cargo de carrera, se le considera como un empleado de libre nombramiento y remoción.

Los actos proferidos en ejercicio de una competencia discrecional se presumen que lo fueron para el mejoramiento del servicio, correspondiendo al demandante cumplir con la carga probatoria de romper esa presunción legal, demostrando que hubo desbordamiento por parte de la administración de los límites establecidos en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, incurriendo de esta manera en una desviación de poder.

El Tribunal siguiendo la línea del Consejo de Estado afirma que aquel que ingresa a un cargo de carrera con nombramiento provisional no adquiere fuero alguno de inamovilidad.

En cuanto a la exigencia que hace la Corte Constitucional de la motivación de los actos que declaran la insubsistencia de nombramientos provisionales en cargos de carrera, el Consejo de Estado dice que “las verdaderas condiciones técnicas del candidato y del empleo solo cobran vigencia en la medida en que la vinculación se haga previo concurso de méritos.”

Para el Tribunal Administrativo de Santander la inscripción o no en la hoja de vida del actor sobre las causas de desvinculación se torna irrelevante en el análisis del cargo de expedición irregular por la no motivación de la resolución que declaró la insubsistencia, por cuanto el acto acusado es autónomo e independiente de aquel.

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EXPEDIENTE 2003055401

1) IDENTIFICACIÓN:

EXPEDIENTE: 2003-554-01

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: JOSE LEONARDO MORENO

DEMANDADO: CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER

MAGISTRADO PONENTE: MILCIADES RODRIGUEZ QUINTERO

FECHA: JULIO 31 DE 2008

2) HECHOS RELEVANTES:

- El accionante se vinculó a prestar sus servicios como Profesional Especializado código 335 grado 01 en la Contraloría Departamental de Santander el día 16 de abril de 2001, siendo nombrado mediante resolución nº 000336 de abril 5 del mismo año.
- El 27 de abril de 2002, JOSE LEONARDO fundó con sus compañeros el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER "SINTRACODES".
- El 31 de mayo de 2002, SINTRACODES por medio de su presidente presentó un pliego de peticiones ante la Inspección de Trabajo del Grupo de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Dirección Territorial de Santander del Ministerio de Trabajo y Seguridad social, dando inicio a un conflicto colectivo.
- El 22 de octubre de 2002 mediante resolución nº 000855 se declaró insubsistente el nombramiento del actor. En esa misma fecha se declararon insubsistentes otros nombramientos de sindicalistas.

- El día 13 de diciembre del mismo año, el Contralor Departamental presentó ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral la solicitud de disolución, liquidación y cancelación de la inscripción en el registro sindical de SINTRACODES, debido a que a que este ya no contaba con el número mínimo de afiliados.

3) PROBLEMA JURIDICO: ¿Constituye desviación de poder la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento provisional que se ejecute a través de un acto discrecional?

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:

Son dos situaciones que entra a analizar el Tribunal: la primera hace referencia a la competencia de la Jurisdicción Administrativa para pronunciarse sobre asuntos de fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, concluyendo que es la Jurisdicción Ordinaria Laboral la que debe analizar estas situaciones, por lo que declara “la inhibición para conocer del cargo fundamentado en la violación al fuero sindical que supuestamente ostentaba al accionante”.

El otro asunto estudiado en esta sentencia es el de la desviación de poder alegada por el actor, diciendo el Tribunal que en los eventos que se alegue este cargo, corresponde al demandante probarlo, por cuanto se presume la legalidad del acto que declara la insubsistencia de un empleado en cargo de carrera, por ser un acto discrecional. El respecto el Consejo de Estado dijo: “debe tenerse en cuenta, cuando se pretenda un debate judicial en torno a la violación del artículo 36 del C.C.A. por el ejercicio de la facultad discrecional, que el acto administrativo goza de presunción de legalidad y que ella, como

todas las presunciones, constituye una excepción al principio del derecho procesal que asigna a quien alega un hecho, la carga de su prueba”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se decide mantener la presunción de legalidad del acto que declaró la insubsistencia del demandante, por cuanto este no probó los cargos endilgados al acto impugnado, para que fuera considerado ilegal por tener como fin único el de reducir el número de integrantes de SINTRACODES.

6) METODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL EXPEDIENTE 19980887

1) IDENTIFICACIÓN:

EXPEDIENTE: 1998-0887-00

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: CENEN OSWALDO ROSAS CASTAÑEDA

DEMANDADO: FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL GUTIÉRREZ SOLANO

FECHA: AGOSTO 15 DE 2008

2) HECHOS RELEVANTES:

- El demandante fue nombrado mediante Resolución nº 01062 de junio 16 de 1994, para desempeñar el cargo de Técnico Judicial I de la Dirección Seccional del Cuerpo Técnico de Investigaciones de Bucaramanga.
- El Señor CENEN OSWALDO prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación desde el día 5 de julio de 1994.
- Mediante Resolución nº 2517 del 31 de diciembre de 1997, comunicada el 5 de enero de 1998, fue declarado insubsistente su nombramiento.

3) PROBLEMA JURIDICO: ¿La declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado en provisionalidad puede fundamentarse en la facultad discrecional del nominador?

4) TESIS: SI

5) FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:

El Tribunal Administrativo de Santander manifiesta que la administración podía retirar del servicio al actor, porque este no gozaba de fuero que le diera estabilidad, pudiendo el nominador acudir a su facultad discrecional.

Agrega que de las pruebas aportadas al proceso se desprende que el actor fue nombrado por la figura de la provisionalidad y su acceso al cargo no ocurrió a través de concurso de méritos, ni se encontraba inscrito en ninguna lista de elegibles respecto al empleo que desempeñaba.

Considera esta entidad que “el nombramiento en provisionalidad es uno de los mecanismos de vinculación a empleos que pertenecen a la carrera administrativa. Es decir, se provee transitoriamente con personal no seleccionado por concurso (Ley 443 de 1998, Art. 8 y su D.R. 1572 de 1998, Art. 4)”

El Tribunal sustenta su decisión en la Jurisprudencia del Consejo de Estado en cuanto a que el nombramiento en provisionalidad se utiliza para proveer transitoriamente empleos de carrera, sin que se hayan llevado a cabo las normas de selección exigidas para los cargos de carrera, razón por la cual el nombramiento de estos empleos lo decide el ente nominador, pudiendo producirse en cualquier momento la declaratoria de insubsistencia, sin que sea necesario la motivación de la misma.

En este sentido “el acto que declara la insubsistencia de un nombramiento hecho en provisionalidad en un cargo de carrera no requiere motivación ni trámite administrativo previo, pues estas condiciones son esenciales exclusivamente cuando se trata de desvincular a quien, previo concurso de méritos, ha logrado los derechos de carrera”

El empleado provisional no goza de inamovilidad, puesto que la estabilidad relativa es propia de los empleados de carrera, por haber superado satisfactoriamente las etapas del concurso de méritos.

En aras del buen servicio puede ser removido del cargo ejercido en provisionalidad, aquel empleado que no ofrezca suficientes garantías para prestar un buen servicio, en el momento que así lo estime conveniente el nominador en el ejercicio de su facultad discrecional; pudiendo incluso designarse nuevamente el cargo por provisionalidad, en el evento en que no sea posible proveerlo definitivamente en propiedad.

METODO: SISTEMÁTICO

2. CONSEJO DE ESTADO

Sentencia Hito:

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 13 DE MARZO DE 2003

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 76001-23-31-000-1998-1834-01

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: MARÍA NELSSY REYES SALCEDO

DEMANDADO: NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIR. EJECUTIVA DE
ADMIN. JUDICIAL.

CONSEJERO PONENTE: TARCISIO CÁCERES TORO

FECHA: MARZO 13 DE 2003

2) HECHOS:

- El 17 de marzo del año 1995, la actora fue nombrada provisionalmente por vacancia absoluta del empleo, como Asistente Jurídica Grado 19, en el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira.
- La demandante participó en el concurso de méritos para empleados de carrera judicial en el cargo de Asistente Jurídico de Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Grado 19, sin obtener el puntaje requerido para entrar al registro de elegibles.
- Mediante Resolución No. 007 de julio 31 de 1998 de la Juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira, se dispuso

declarar insubsistente el nombramiento de Asistente Jurídico Grado 19, que venía desempeñando en provisionalidad la demandante.

3) PROBLEMA JURÍDICO: ¿Por desempeñar en provisionalidad un cargo de carrera, a la actora le cobijaba algún fuero de estabilidad?

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO: Según el Consejo de Estado, para la permanencia de empleados escalafonados la Ley establece evaluaciones periódicas y la desvinculación en caso de calificación insatisfactoria, pero no consagra estabilidad para el personal no escalafonado que ocupe cargos de carrera.

Respecto al tema, las subsecciones de la Sección Segunda del Consejo de Estado tienen encontradas sus posiciones:

-Subsección A: En algunas ocasiones ha considerado que los servidores públicos que se encuentren en provisionalidad en un cargo de carrera gozan de una estabilidad restringida, ya que para su desvinculación debe mediar por lo menos un acto administrativo motivado que ampare el Debido Proceso.

-Subsección B: Esta subsección considera que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de inamovilidad propio de aquellos que acceden al cargo por concurso de méritos, por lo que están sujetos a la discrecionalidad de la autoridad administrativa. Si la persona que está desempeñando el cargo no ofrece garantías de buen servicio puede ser retirado de este según la discrecionalidad del nominador, y si el cargo puede ser proveído por concurso, se hará, pero “si aun no puede proveer el cargo

definitivamente o en propiedad, lo puede hacer, igualmente, en provisionalidad”²⁹.

En esta sentencia la Sala Segunda del Honorable Consejo de Estado procede a hacer una unificación de criterios diciendo 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 hecho de que la autoridad administrativa goce de la facultad nominadora hasta tanto se pueda hacer el respectivo concurso, no significa que una vez hecho el nombramiento, el empleado obtiene un estabilidad que solo puede ser quebrantada cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el nominador pierda la facultad citada en ese evento.

El empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera lo es de manera discrecional, por cuanto no necesita ningún procedimiento, ni motivación dicho acto de nombramiento, por lo que de igual manera puede ser desvinculado discrecionalmente sin motivación alguna.

Para el Consejo de Estado la provisionalidad es una figura que se usa mientras se pueda proveer el cargo mediante concurso, lo cual no significa que quien ocupe el cargo quede bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, porque así no lo dispuso la ley.

²⁹ Consejo de Estado. Sentencia de 18 de abril de 2002, Rad. 5093-01 (Ref. 1348-99), C.P: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

Afirmar lo contrario sería permitir que el empleado obtenga un acceso automático a los derechos de carrera judicial, si haber agotado previamente las etapas de un concurso.

Respecto a la situación particular planteada en este caso el Consejo de Estado dice que: “la permanencia del servidor público en el cargo por encima del término previsto en la ley³⁰, No le genera a éste ningún derecho de inamovilidad, ni al nominador la obligación de motivar el acto de insubsistencia, pues tal circunstancia carece de la virtualidad para modificar la condición que legalmente tenía la demandante, cual es la de estar nombrada en provisionalidad, sin ninguna clase de Estabilidad relativa... la autoridad nominadora, mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público”.

El Juez en el ejercicio de control de legalidad de un acto, al hacer el análisis de la situación, buscando una interpretación de las normas, no puede extender al personal no escalafonado los derechos, requisitos, y procedimientos que la ley ha consagrado para los servidores públicos de carrera, ya que si lo hace estaría violando la competencia del legislador.

En conclusión frente a este tema, el Honorable Consejo de Estado dice que: “dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables.

³⁰ Seis meses, en voces del Art. 132, num. 2 de la L.E. 270/96.

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO

Sentencia Fundadora de Línea:

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 1996

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 5822

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: ADALBERTO MARTÍNEZ LEYVA

DEMANDADO: EMPRESA DE LICORES DE SANTANDER

CONSEJERO PONENTE: CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

FECHA: SEPTIEMBRE 5 DE 1996

2) HECHOS:

- Adalberto Martínez Leyva presentó demanda contra la resolución 01115 del 31 de julio de 1987 por medio de la cual la Gerencia de la Empresa de Licores de Santander, le declaró insubsistente el nombramiento como ingeniero civil en ella.
- El 3 de agosto de ese mismo año, la empresa le entregó el documento 1288 (fl. 5) donde expresó “que por razones que tenían que ver con una reorganización administrativa y funcional en algunos cargos de la Empresa, habían decidido prescindir de sus servicios a partir del día 31 de julio de 1987, en ejercicio de la facultad discrecional vinculatoria laboral”.

3) PROBLEMA JURIDICO: ¿En ejercicio de la facultad discrecional, puede la Autoridad Administrativa declarar insubsistente un nombramiento provisional sin expresar los motivos que la llevaron a tomar tal decisión?

4) TESIS: NO

5) FUDAMENTO DEL CONSEJO DE ESTADO:

El Consejo de Estado confirmó la sentencia condenatoria apelada, proferida en este asunto por el Tribunal Administrativo de Santander el 8 de abril de 1991, con la adición de que las sumas que debía pagar la empresa serían reajustadas y actualizadas en los términos del artículo 178 del C.C.A.

Esta corporación en sentencia del 8 de septiembre de 1981 dijo que los motivos son “las circunstancias de hecho que provocan una decisión administrativa, es decir, la sucesión de acontecimientos que impulsan a la administración a obrar.” Por lo que si en un acto no se justifican los hechos que lo provocaron, las medidas que mediante este se tomen, pueden resultar inexplicables.

En pronunciamiento del 16 de enero de 1984 el Consejo de Estado aseguró que los actos podían ser acusados si su real motivación se desviaba de los fines, constituyéndose así en cabeza de la autoridad nominadora el cargo de abuso o desviación de poder, caso en el cual la carga probatoria le correspondía al actor, quien estaba en la obligación de demostrar fehacientemente que para la creación del acto habían existido motivos ocultos ajenos a la efectividad del buen servicio o que debieron estar sometidos al agotamiento previo del procedimiento legal.

Los Consejeros en este fallo hacen un análisis de lo que significa la facultad discrecional diciendo que esta “no se la concibe como infundada o inmotivada, pues actúa por motivos implícitos y explícitos y ambos deben ajustarse a la legalidad del buen servicio público que le sirve de marco de referencia; ni es arbitraria ni absoluta sino regulada y relativa; por ello una vez demostrados y desentrañados los motivos del proceder de la administración deben ser juzgados respecto de la finalidad legal de la facultad que sustenta el acto, y puede suceder que los motivos que continúen siendo lícitos de la

discrecionalidad de ese evento, o que en su examen se concluya que son ilegales porque resultan contrarios a la dicha finalidad.”

Si en ejercicio de la facultad discrecional la autoridad declara la insubsistencia y posteriormente expresa los motivos, bien sea en la hoja de vida o ante el Juez, deberán confrontarse, para determinar su validez y eficacia jurídicas, con lo sucedido con el servidor público. “Se juzga, entonces, el ejercicio recto de los poderes públicos como freno de la arbitrariedad que no es el sustento de la discrecionalidad.”

“El acto no se fundamenta en lo que cree el servidor sino en lo que presunta o expresamente permite hacer la facultad legal en cuyo desarrollo se expidió”, es decir la procura del buen servicio público o lo señalado expresamente por las normas, pero limitado a la finalidad de la facultad y a la proporcionalidad de los hechos, que es la esencia de la discrecionalidad.

MÉTODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 19 DE OCTUBRE DE 2006

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 52001-23-31-000-2001-01244-01(3614-05)

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: EDGAR GERMAN GOMEZ LUNA

DEMANDADO: GOBERNACIÓN DEPARTAMENTO DE NARIÑO

CONSEJERO PONENTE: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

FECHA: OCTUBRE 19 DE 2006

2) HECHOS:

- El actor, previo proceso de selección, en el cual ocupó el primer puesto, fue nombrado por el Gobernador del Departamento de Nariño, mediante Decreto No. 152 del 18 de febrero de 2000, en período de prueba, para ocupar el cargo de Profesional Agropecuario, dependiente de la Secretaría de Mujer y Género del Departamento de Nariño.
- En el Decreto 0152 del 18 de febrero de 2000, se estableció que el período de prueba tendría una duración de cuatro meses contados a partir de la fecha de posesión.
- El actor, tomó posesión del cargo mediante Acta No. 14 del 28 de febrero de 2000. Evaluado su desempeño durante el período de prueba, por el superior inmediato, el actor obtuvo una calificación satisfactoria, adquiriendo en consecuencia derechos de carrera.
- Para la fecha en que debió hacerse efectiva la inscripción del actor, la Comisión Nacional de Servicio Civil había desaparecido y en consecuencia el actor no fue inscrito.

- El 1º de junio de 2001, el Gobernador del Departamento expidió el Decreto 0446, mediante el cual se suprimieron los cargos de la planta de personal de la Gobernación de Nariño ocupados por personal vinculado en provisionalidad. Entre los suprimidos se encontraba el del actor y en consecuencia, se dio por terminado su nombramiento provisional, acto que se le comunicó el 4 de junio de 2000.

3) PROBLEMA JURIDICO:

¿Se adquieren derechos de carrera una vez el aspirante ha sido nombrado en período de prueba y calificado satisfactoriamente en este,?

4) TESIS: SI

5) FUNDAMENTOS CONSEJO DE ESTADO:

La Sala asegura que “el actor ostentaba derechos de carrera, por cuanto la norma señala que éstos se adquieren por evaluación satisfactoria en el desempeño de las funciones. La inscripción es un acto posterior a cargo de la Entidad demandada”.

Según la Ley 443 de 1998, la persona que ha sido seleccionada por concurso abierto, debe ser nombrada en periodo de prueba por un término de cuatro meses, al cabo del cual se le será evaluado su desempeño laboral. Una vez aprobado satisfactoriamente el periodo de prueba, el empleado adquiere los derechos de carrera, por lo que deberá ser inscrito en el Registro de Carrera Administrativa. En el caso concreto del actor, a pesar de haber sido incluido en la lista de elegibles, nombrado en periodo de prueba y posteriormente calificado satisfactoriamente, permaneció hasta el primero de junio de 2001 en el cargo que ocupaba en provisionalidad, cuando mediante oficio de la fecha, se le comunicó que quedaba retirado por supresión del cargo.

Lo anterior nos lleva a concluir que el acto administrativo en virtud del cual se declaró insubsistente el nombramiento de EDGAR GÓMEZ, fue expedido con violación de las normas que regulan la carrera administrativa, además de estar fundamentado en una falsa motivación

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 8 DE MAYO DE 2003

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 25000-23-25-000-1998-7979-01(3274-02)

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: JOSE HUMBERTO MEDINA DONATO

DEMANDADO: POLICIA NACIONAL

CONSEJERO PONENTE: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

FECHA: MAYO 8 DE 2003

2) HECHOS:

- Desde el día 4 de mayo de 1987, el demandante entró a hacer parte de la Policía Nacional.
- Mediante la Resolución No. 02533 del 28 de agosto de 1997 se dispuso el retiro del señor JOSE HUMBERTO MEDINA DONATO del servicio activo de la POLICIA NACIONAL.
- El actor fue informado por el Comandante del Distrito de Policía SOLCA del Departamento de Policía de Cundinamarca que su retiro se produjo porque había sido filmado por el grupo de inteligencia cuando se desplazaba en una motocicleta conducida por el Agente SERRATO BENITO JORGE ENRIQUE quien resultó ser el autor del hurto de una base de coca que se expendía en el MUNICIPIO DE SOACHA.

3) PROBLEMA JURÍDICO: ¿Por razones del servicio y en forma discrecional, se puede remover al empleado público independientemente del tiempo de vinculación?

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS CONSEJO DE ESTADO:

La facultad discrecional le permite a” la autoridad administrativa **en presencia de circunstancias de hecho determinadas**, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. En estos eventos, el servidor público es libre para apreciar, valorar, juzgar y escoger la oportunidad y el contenido de su decisión dentro de las varias posibilidades”.

No obstante, el ejercicio de la potestad discrecional no es ilimitado, sino menguado por el principio de la relatividad, lo que significa que la distribución del poder se construye sobre la contención del mismo; este es el llamado sistema de pesos y contrapesos expuesto por Montesquieu, que impide la existencia de potestades absolutas que corrompen absolutamente. “La facultad discrecional no implica el fuero de intangibilidad sobre los actos administrativos, pues ello conllevaría admitir el poder majestuoso y soberbio del Estado en una clara alusión a la administración para satisfacer caprichos individuales”.

Como interpretación del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, que nos dice que la potestad discrecional debe desarrollarse en forma adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, debemos entender que discrecionalidad es igual a razonabilidad, lo que significa que los atributos de decisión se deben ejercer dentro de límites justos. Por ello la Autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad.

Para el Consejo de Estado, no se debe exigir únicamente la motivación del acto, que es un aspecto meramente formal, que implica la expresión en el texto

del acto de las razones de su expedición, ya que una justificación de los motivos se constituye en elemento de su entraña, de su esencia y formación, y por ende, es la parte sustancial del acto.

Debido a que todo acto discrecional de retiro del servicio supone el mejoramiento del mismo, le corresponde al Juez valorar los hechos que le sirvieron al nominador de motor para la expedición del acto administrativo, es decir los elementos de juicio que le permitan desvirtuar tal presunción.

En el ejercicio de la facultad discrecional del acto se presume la legalidad del acto, es decir que fue expedido en aras del buen servicio, pero respecto a los motivos debe entrar el Juez a valorar el rendimiento del servidor en el periodo inmediatamente anterior al retiro, la última calificación obtenida y las anotaciones de este en la hoja de vida. En caso de haber elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor es la entidad demandada la que debe aportarlos al proceso. La defensa que usan los demandados en estos casos consistentes en afirmar que al acto administrativo fue expedido en aras del buen servicio, en muchas ocasiones termina legitimando decisiones injustificadas.

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 2 DE OCTUBRE DE 2003

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 25000-23-25-000-1999-4716-01(5183-01)

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: OLGA ALDANA CASTAÑEDA

DEMANDADO: CONCEJO DE SANTAFÉ DE BOGOTÁ D.C.

CONSEJERO PONENTE: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

FECHA: OCTUBRE 2 DE 2003

2) HECHOS:

- OLGA ALDANA ingresó a laborar en la Secretaría de Salud Del Distrito desde el 23 de enero de 1987 y hasta el 11 de octubre de 1993.
- Mediante la Resolución No. 000289 del 4 de febrero de 1999, proferida por la mesa directiva del Concejo De Santafé De Bogotá D.C. fue declarado insubsistente su nombramiento.
- A partir del 26 de abril de 1989 obtuvo la inscripción en la carrera administrativa, como se desprende de la Resolución No. 00222 de la misma fecha.
- El 11 de octubre de 1993 la actora presentó escrito de renuncia del cargo "Auxiliar Técnico II-A (Camillero) Código 505055 que ocupaba en la **SECRETARÍA DE SALUD DEL DISTRITO**, en el Departamento de Enfermería Servicio de Apoyo, Diagnóstico y Tratamiento, Subdirección Científica, Hospital de Meissen, Segundo Nivel de Atención 114.

- Inició su vinculación como empleada pública del Concejo de **SANTAFÉ DE BOGOTÁ** el 15 de octubre de 1993, en el cargo Auxiliar de Servicios Generales VII-B, inscrita en carrera administrativa ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil Distrital.

3) PROBLEMA JURÍDICO: ¿La declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado en provisionalidad, a través de acto administrativo expedido por el nominador, requiere motivación?

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO:

La exigencia que hace el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, de dejar constancia en la hoja de vida del empleado sobre los hechos y circunstancias que ocasionaron la declaratoria de insubsistencia en el cargo que este ocupaba en provisionalidad, así el acto hubiera sido expedido sin motivación, puede ser cumplida posteriormente a la expedición de este. Lo anterior significa que nos encontramos frente a un requisito formal, cuya inobservancia, según criterio del Consejo de Estado “a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omita, pero dado que no ostenta carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula.”

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 125 de la C.P., la carrera administrativa es un sistema que busca escoger, en beneficio del servicio público, el aporte humano más capacitado y calificado para desempeñar la función pública.

Siguiendo con la idea anteriormente expuesta el proceso selectivo se convierte en la herramienta de escogencia y el mérito, en el pilar fundamental en la

superación de las etapas que lo conforman, de manera que únicamente el sometimiento y aprobación satisfactoria de las etapas del concurso le permiten al concursante ser nombrado en un cargo de carrera y por lo tanto gozar de los derechos que esta otorga, entre ellos el de la estabilidad laboral.

Los derechos de carrera en los términos del artículo 23 inciso 2º de la Ley 443 de 1998, se adquieren cuando se obtenga calificación satisfactoria del período de prueba.

Conforme a lo anterior, dice el Consejo de Estado “no es dable predicar que el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar transitoriamente un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, pueda ostentar 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.” Por eso, debido a que la manera de acceder y el nombramiento que se hace en un empleo de manera provisional no son equiparables al del escalafonado, el retiro no puede ser de la misma forma.

En criterio del Consejo de Estado “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 función y el retiro, a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general.”

De conformidad con esto, el retiro del servicio de los empleados provisionales se puede hacer mediante acto administrativo de insubsistencia que no requiera motivación alguna, es decir que no exprese las causas del retiro.

La facultad discrecional permite a la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta o forma de proceder no esté previamente determinada por la ley. Cabe aclarar que esa discrecionalidad está limitada por el principio de la relatividad. Dicho en palabras del Consejo: "Siendo así, el poder discrecional no es un atributo omnímodo que le permita a las autoridades actuar soberanamente, puesto que no obstante que emana del privilegio que ostenta la administración de hacer efectivos los principios de ejecutoriedad y ejecutividad de sus decisiones, la autoridad debe tener presente que los poderes estatales no son un fin en sí mismo sino un medio al servicio de la sociedad y que sus decisiones surgen de la ordenación de unos hechos para lograr llegar a una finalidad. "

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 20 DE JUNIO DE 2002

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 4084-01

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: JAVIER HERIBERTO GUDIÑO OJEDA

DEMANDADO: CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

CONSEJERO PONENTE: ANA MARGARITA OLAYA FORERO

FECHA: JUNIO 20 DE 2002

2) HECHOS:

- JAVIER HERIBERTO GUDIÑO fue nombrado en provisionalidad por cuatro meses en el cargo señalado, nombramiento que fue prorrogado por término igual y que continuó laborando por virtud de la prórroga de hecho que tuvo lugar hasta el 4 de diciembre de 1998.
- Mediante Resolución 06000 de 4 de diciembre de 1998, fue declarado insubsistente del cargo que ocupaba, es decir el de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 11 de la División de Inventarios – Dirección Seccional de Bogotá – Cundinamarca.

3) PROBLEMA JURIDICO: ¿Es ilegal el acto administrativo sin motivación, que declara insubsistente el nombramiento provisional de un empleado en un cargo de carrera?

4) TESIS: SI

5) FUDAMENTO DEL CONSEJO DE ESTADO:

En este caso el Consejo de Estado decide revocar la sentencia apelada y, en su lugar, ordenar 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, pues considera que el acto jurídico que se cuestiona se halla viciado de nulidad.

La anterior afirmación la argumenta diciendo que la provisionalidad no genera inamovilidad, por que pese a que no puede igualarse la situación de una persona nombrada en provisionalidad con una nombrada en propiedad, si se debe tener claro que su titularidad únicamente puede cederse cuando el cargo ha de proveerse con quien ha superado el respectivo concurso de méritos.

Se habla entonces de una estabilidad restringida sobre aquellos empleados nombrados provisionalmente en un empleo de carrera, puesto que para su desvinculación del servicio se requiere por lo menos un acto administrativo motivado como garantía plena del debido proceso (Art. 29 Constitución Política de Colombiana), con la excepción de que el cargo vaya a ser ocupado por aquel que participó y superó el respectivo concurso de selección.

El fundamento constitucional de esto es el artículo 53 que consagra como principio mínimo fundamental el de la estabilidad laboral, el cual sólo puede “ser afectado cuando se trate de atender intereses de carácter general, situaciones en las cuales podrían verse sacrificados, según el caso, derechos particulares o individuales.”

De otro lado, asegura el Honorable Consejo que la omisión de la entidad oficial de no realizar los concursos de carrera es una responsabilidad que no puede asumir el funcionario afectado con la medida discrecional, por lo que se hace necesario que la decisión de desvinculación se adopte esencialmente por

necesidades del servicio, y que el acto de retiro sea motivado para que pueda ser ejercida la defensa de sus derechos, por el afectado.

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 31 DE ENERO DE 2002

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 1958-98

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: EBER AUGUSTO HUERTAS GOMEZ

DEMANDADO: DAS

CONSEJERO PONENTE: ALBERTO ARANGO MANTILLA

FECHA: ENERO 31 DE 2002

2) HECHOS:

- El accionante fue inscrito en carrera durante más de dos años de servicio.
- EBER AUGUSTO hirió, con el arma de dotación, a un compañero de trabajo el día 15 de marzo de 1997 cuando se encontraban en un establecimiento público, por lo que el Director Seccional solicitó su destitución al Subdirector General y le inició un proceso disciplinario.
- Después del suceso, fue proferida la Resolución 546 de 17 de marzo de 1997, por medio de la cual el Director General del DAS declaraba insubsistente su cargo, es decir el de Detective Agente Grado 208-06 de la planta global, área operativa de la Seccional Arauca.

3) PROBLEMA JURIDICO: ¿Puede el nominador en ejercicio de la facultad discrecional declarar insubsistente el cargo de un empleado público, motivado por los hechos que dieron lugar a una investigación disciplinaria en su contra?

4) TESIS:NO

5) FUNDAMENTOS DEL CONSEJO DE ESTADO:

El Honorable Consejo de Estado decide declarar la nulidad de la Resolución No. 546 de marzo 17 de 1997 proferida por el Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Detective Agente 208-06 de la planta operativa asignada a la Seccional Arauca.

La anterior decisión se fundamenta en que la facultad de remoción es independiente de la disciplinaria, por lo que los objetivos y finalidades de cada una son distintos, convirtiéndolas en independientes. De esta manera el trámite de cada una esta ligado a circunstancias específicas en cada caso y no se pueden confundir entre si.

A juicio de la Sala, las circunstancias que rodearon la situación del actor constituyen un indicio serio de que lo que se buscó no fue el mejoramiento en la prestación del servicio, sino sancionar al demandante por los hechos ocurridos con su compañero que dieron lugar a la investigación disciplinaria en su contra.

“Si bien ha sido criterio de la Corporación que la idoneidad profesional para el ejercicio de un cargo y el buen desempeño de las funciones, no otorgan por si solos a su titular prerrogativa de permanencia en el mismo, este es un elemento que sí puede indicar, aunado a otros, que la razón de retiro no ha sido la de mejorar el servicio, lo cual conduce a que se desvirtúe la presunción de legalidad de los actos de insubsistencia.”

En varias ocasiones la Sala ha dicho que el ejercicio de la facultad discrecional sobre empleados del DAS inscritos en carrera especial, es legal y constitucional. Esto quiere decir que a pesar de que los funcionarios estén inscritos en carrera, “no puede perderse de vista que la actividad que

desempeñan **es de un alto grado de confianza**” por lo que no se puede exigir al nominador que exprese los motivos por los cuales considera la inconveniencia en el servicio, puesto que la facultad discrecional se convertiría en una facultad reglada.

Concluye la Sala diciendo que en este caso los consejeros consideran que ha logrado desvirtuarse la presunción de legalidad del acto acusado.

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 22 DE AGOSTO DE 2002

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 1903-01

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: CARMENZA SALAZAR JARAMILLO

DEMANDADO: COLEGIO NACIONAL DE ORIENTE DE CALDAS

CONSEJERO PONENTE: ALBERTO ARANGO MANTILLA

FECHA: AGOSTO 22 DE 2002

2) HECHOS:

- La actora se vinculó al Instituto de Educación Superior Colegio Integrado Nacional Oriente de Caldas el 9 de febrero de 1995 como docente de tiempo completo.
- Durante sus dos años de vinculación fue evaluada satisfactoriamente.
- A pesar de llenar todos los requisitos legales no fue inscrita en el escalafón docente, como se hizo en relación con otros docentes.
- Fue desvinculada del empleo mediante la comunicación RC-500 de 30 de enero de 1997, proferida por el Rector del Colegio Nacional de Oriente de Caldas, por medio de la cual se le informó que la entidad requería sus servicios hasta el 31 de enero de 1997.

3) PROBLEMA JURIDICO: ¿El retiro de los empleados provisionales exige una motivación en el acto, indicando las necesidades del servicio que justifican el retiro del servidor?

4) TESIS: SI

5) FUNDAMENTOS JURIDICOS:

La Sala decide revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 30 de octubre de 2000, y en su lugar dice que la actora no se vinculó como docente ocasional, puesto que los servicios requeridos por la entidad no eran ocasionales, ya que la vinculación y la prórroga aseguraron su estabilidad en el empleo hasta tanto no se realizara el respectivo concurso, para proveer el cargo.

En concordancia con lo anterior asegura el Consejo de Estado que si bien a los empleados que han sido nombrados en provisionalidad no se les puede igualar a un empleado de carrera, por no haber accedido al empleo por concurso, tampoco se les puede asemejar a un empleado de libre nombramiento y remoción por cuanto gozan de una estabilidad restringida, consistente en ser retirados del servicio mediante acto motivado que indique las necesidades del servicio que justifican el retiro del servidor, o sencillamente que esta se produce porque se ha provisto el empleo por concurso.

La duración del nombramiento provisional de la docente era hasta el momento en que se proveyera el cargo por concurso, es decir que debió haber sido hasta julio de 1997, y sin embargo se alargó hasta 1998. En todo caso la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de esta, debió haberse dado mediante acto debidamente motivado como ya lo advertí anteriormente.

6) MÉTODO: SISTEMATICO

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 18 DE ABRIL DE 2002

La Sentencia referenciada en el fallo del 13 de marzo de 2003 con Magistrado Ponente Tarsicio Cáceres, es la sentencia del 18 de abril de 2002 con Magistrado Ponente Tarsicio Cáceres, la cual decide sobre la legalidad de normativas consagradorias de un régimen salarial para el personal directivo, técnico y de confianza de ECOPETROL. Debido a que el tema sobre el cual centramos la investigación no es el mencionado, sino que es la declaratoria de insubsistencia de provisionales en cargo de carrera, he hecho el análisis de la sentencia del 25 de abril con Magistrado Ponente Tarsicio Cáceres, por ser la que tiene fecha mas cercana a la mencionada y tratar el tema materia de la presente investigación.

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 2698-00

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: AMANDA MEJÍA ARANGO

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE RISARALDA

CONSEJERO PONENTE: TARSICIO CÁCERES TORO

FECHA: ABRIL 25 DE 2002

2) HECHOS:

- Amanda Mejía se vinculó el 22 de abril de 1996 al servicio de la Administración Departamental para desempeñarse como Profesional Universitario Código 3.15 Grado 19 de la Planta Semiglobal de la Secretaría de Promoción y Bienestar Social.
- La actora fue inscrita en carrera administrativa en ese cargo el 13 de mayo de 1997.

- El 10 de febrero de 1999, demandó la nulidad del Decreto 758 del 30 de septiembre de 1998, proferido por el Gobernador del Departamento de Risaralda que suprimió el cargo de “PROFESIONAL COORDINADOR” Código 3.10 grado 23 adscrito a la Secretaría de Promoción y Bienestar Social de la Gobernación de Risaralda.
- Mediante Comunicación del 30 de septiembre de 1998 suscrita por la Directora de Recursos Humanos de la Secretaría Administrativa y de la Función Pública, se le informó a la P. Actora que su cargo de Profesional Coordinador Código 3.10 grado 23 fue suprimido a partir de la fecha mediante el Decreto 758 del 30 de septiembre de 1998.
- En el mismo oficio se le otorgó a la P. Actora un término de 5 días para escoger entre la indemnización o la revinculación, al tenor de lo dispuesto por el Decreto 1572 de 1998, sin que exista prueba en el proceso sobre la opción escogida.

3) PROBLEMA JURÍDICO: ¿Se violó el debido proceso al expedir el acto administrativo que declaró la insubsistencia de la actora, por que no se observaron las etapas que técnicamente debían aplicarse para su creación?.

4) TESIS: NO

5) FUNDAMENTOS JURIDICOS:

Al suprimir los cargos, el nominador debe ajustarse a lo dispuesto por la Constitución Política, por la Ley 443 de 1998 y por sus decretos reglamentarios. “No hay duda que, a partir de la sentencia C-372 de 26 de mayo de 1999, mediante la cual la Corte Constitucional declaró inexequibles apartes de las Leyes 27 de 1992 y 443 de 1998 relacionados con las

Comisiones Seccionales del Servicio Civil, no pueden adelantarse esos procesos ante dichas Comisiones”.

Debido a que en el mencionado fallo no se determinaron los efectos de este, se entiende que tendrá efecto hacia el futuro, por lo que las modificaciones de las plantas presentadas antes de la declaratoria de inexecuibilidad que hizo la sentencia C-372 debieron ceñirse a la Ley.

Sin embargo es importante aclarar, tal y como lo dispone el Consejo de Estado que “la remisión de los estudios a las Comisiones Seccionales de Servicio Civil sólo tenían por objeto poner en conocimiento el estudio correspondiente sin que dicha entidad tuviere que pronunciarse sobre él, es decir que teniendo en cuenta la finalidad de la remisión, la administración podía remitir el estudio técnico antes o después de que se tomara la decisión de suprimir los cargos, sin que por ello se afecte el proceso de supresión.”

Obran en el expediente el estudio técnico elaborado por el comité interdisciplinario prenombrado, el estudio de cargas de trabajo, el estudio de los perfiles de los empleos conformado y contrario a lo manifestado por la P. Actora comprende un estudio que contiene el diagnóstico, los principales lineamientos y los resultados de la reforma administrativa del Departamento extendiéndose a cada una de sus dependencias, estudios de cargas de trabajo, y perfiles de empleos debidamente soportados, dándose así cumplimiento a lo dispuesto por el Art. 41 de la Ley 443 de 1998 y al Art. 154 del decreto 1572 de 1998.

Según la normativa, las modificaciones a las plantas de personal de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva de los órdenes nacional y territorial deben motivarse expresamente y fundamentarse en las necesidades del servicio o en razones que propendan por la modernización de la Institución,

las cuales han de estar soportadas por estudios técnicos que así lo demuestren. En el caso que nos alude se observa que se hizo un análisis de la crisis fiscal del Departamento por el desequilibrio entre ingresos y gastos y se constituyó un equipo interdisciplinario conformado por dos personas de planta de la Gobernación y un Ingeniero Industrial con experiencia en reformas administrativas quien presentó el estudio técnico de rigor, sobre el cual se estatuyó la procedencia de la supresión de cargos que se realiza por razones del servicio con el fin de optimizarlo.

Finalmente el Gobernador remitió el Estudio Técnico a la Comisión Seccional del Servicio Civil con el fin de informarles acerca del proceso.

De lo anterior se colige que efectivamente la administración cumplió con lo dispuesto por la Carta Política y por la Ley para la realización del estudio de reestructuración y supresión de cargos, por lo que no se violó el Debido Proceso.

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO.

ANALISIS JURISPRUDENCIAL SENTENCIA DEL 26 DE JUNIO DE 2008

1) IDENTIFICACIÓN:

RADICACIÓN: 0606-07

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ACTOR: FABIO ALEXANDER ORDOÑEZ AMAYA

DEMANDADO: MUNICIPIO DE BUCARAMANGA

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

FECHA: ABRIL 25 DE 2002

2) HECHOS:

- Amanda Mejía se vinculó el 22 de abril de 1996 al servicio de la Administración Departamental para desempeñarse como Profesional Universitario Código 3.15 Grado 19 de la Planta Semiglobal de la Secretaría de Promoción y Bienestar Social. Mediante Resolución No. 0226 del 6 de abril del 2000, el Alcalde (E) de Bucaramanga nombró en provisionalidad al demandante en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 1, de la Planta de Personal de la Administración Central del Municipio de Bucaramanga, cargo que desempeñó a partir del 10 de abril del mismo año.
- Posteriormente el señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya fue separado del servicio a través de la Resolución -No. 0352 del 14 de marzo de 2001-, proferida por el Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento con fundamento en la superación del término legal de cuatro (4) meses previsto para dichos nombramientos en el artículo 5° del Decreto 1572 de 1998, sin que mediara la prórroga del mismo

3) PROBLEMA JURÍDICO: ¿Es ilegal la declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad mediante acto motivado por el vencimiento del término para la provisionalidad, sin haber sido provisto el cargo por concurso?

4) TESIS: SI

5) FUNDAMENTOS JURIDICOS:

Son dos cargos los que se analizan en esta sentencia.

El primero hace referencia a la competencia del Secretario Administrativo del Municipio de Bucaramanga para declarar la insubsistencia del empleado, ante lo cual el Consejo asegura que en vista de que la facultad delegada se encontraba legalmente conferida a este por parte del Nominador “correspondía al demandante frente a su caso particular, aterrizar la limitación que al respecto establece la norma, probando que en efecto no dependía funcionalmente del delegatario, situación que configuraría el vicio de nulidad alegado por extralimitación en el ejercicio de la función transferida, carga que no se cumplió en este caso, pues no se aportó al plenario prueba eficaz que revele la ilegalidad del ejercicio de la función nominadora que por delegación ostentó el Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga para expedir el acto administrativo que declaró insubsistente al actor.”

El otro análisis está encaminado a determinar si el acto que declaró la insubsistencia del demandante fue expedido bajo la observancia de la normatividad. El Consejo de Estado dice que en el caso en concreto la Administración realizó tal declaratoria por acto reglado, lo que significa que al exponer los móviles que la llevaron a tomar la decisión, no se puede hablar de discrecionalidad, por cuanto “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,”. Según lo anterior “no pueden presumirse las razones objetivas de mejoramiento del servicio como equivocadamente lo alega la parte demandada y posteriormente lo ratifica el a quo”, por lo que el acto se sujeta a los presupuestos que al respecto estén señalados en el ordenamiento legal y la revisión de los cargos de nulidad debe ceñirse al contenido de este, pues lo contrario implicaría un cambio ilegal de motivos.

Estudiados los motivos expuesto en el acto se concluye que en este caso se constituye una falsa motivación en la expedición del acto que declaró la insubsistencia del empleado; la cual en palabras del Consejo de Estado es la motivación ilegal de los actos administrativos, “es decir cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para su emisión, traducidas en la parte motiva del acto, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición”. La motivación consiste en la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que impulsaron al nominador a expedir el acto, además constituye un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto.

La causal de ilegalidad en la que incurre el acto administrativo se da por cuanto como consecuencia de la sentencia C-372 de 1999, a partir de julio de ese año “las Entidades y Organismos Públicos regidos por la Ley 443 de 1998 perdieron competencia para convocar los procesos de selección tendientes a proveer los cargos de carrera administrativa, quedando como una competencia exclusiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que a su vez desapareció como quiera que las disposiciones que la organizaban y reglamentaban -

artículos 44, 46 y 47 de la Ley 443 de 1998-, fueron retirados del ordenamiento con ocasión de su revisión de constitucionalidad. De igual manera desaparecieron las Comisiones Departamentales y del Distrito Capital, con la declaratoria de inexecuibilidad de los artículos 48, 49, 50 y 51 del mismo ordenamiento.” Esta situación provocó que los empleos de carrera fueran provistos mediante las figuras del encargo y de la provisionalidad, mientras se regulaba la materia y así se podía citar a concurso, para finalmente proveer los cargos. El vencimiento de la provisionalidad sobre el que se sustenta la decisión que tomó la Secretaría Administrativa de Bucaramanga, no tiene validez y constituye una falsa motivación, por cuanto el artículo 7 del Decreto 1572 de 1998 que determina el término de cuatro meses para la provisionalidad, “obedecía a circunstancias de hecho diferentes, en donde mediaba la previa convocatoria a concurso para proveer los cargos en vacancia definitiva, la existencia de Comisión Nacional del Servicio Civil y el adelantamiento y posibilidad de culminación de los procesos de selección respectivos; de allí precisamente que el término de duración de la provisionalidad no haya sido incluido en el acto de nombramiento cuando la Ley expresamente así lo ordena y al contrario se haya sujetado a la condición de la provisión del cargo mediante concurso.”.

Según lo anteriormente expuesto, el límite temporal que establecía el Decreto 1572 de 1998 para los nombramientos en encargo y en provisionalidad perdió su razón de ser, es decir, propiciar que el proceso se lleve a cabo, para garantizar una adecuada y eficiente administración, por lo que tenerlo como fundamento para tomar una decisión hace que se incurra en una falsa motivación.

En este sentido el Honorable Consejo de Estado declara la nulidad parcial 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 se declaró insubsistente el nombramiento del señor Fabio Alexander Ordóñez Amaya en el cargo de Profesional Universitario, Código 340, Grado 1, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia; revocando la decisión del a quo quien había concluido que “el demandante ostentaba la calidad de empleado provisional y que por ende no le eran aplicables los derechos inherentes a la carrera administrativa a la cual se accede una vez superadas las etapas del concurso que permiten la inscripción del servidor en el Registro Público de Elegibles y el periodo de prueba respectivo, de conformidad con lo establecido en los artículos 7 y 17 de la Ley 443 de 1998.”

6) MÉTODO: SISTEMÁTICO.

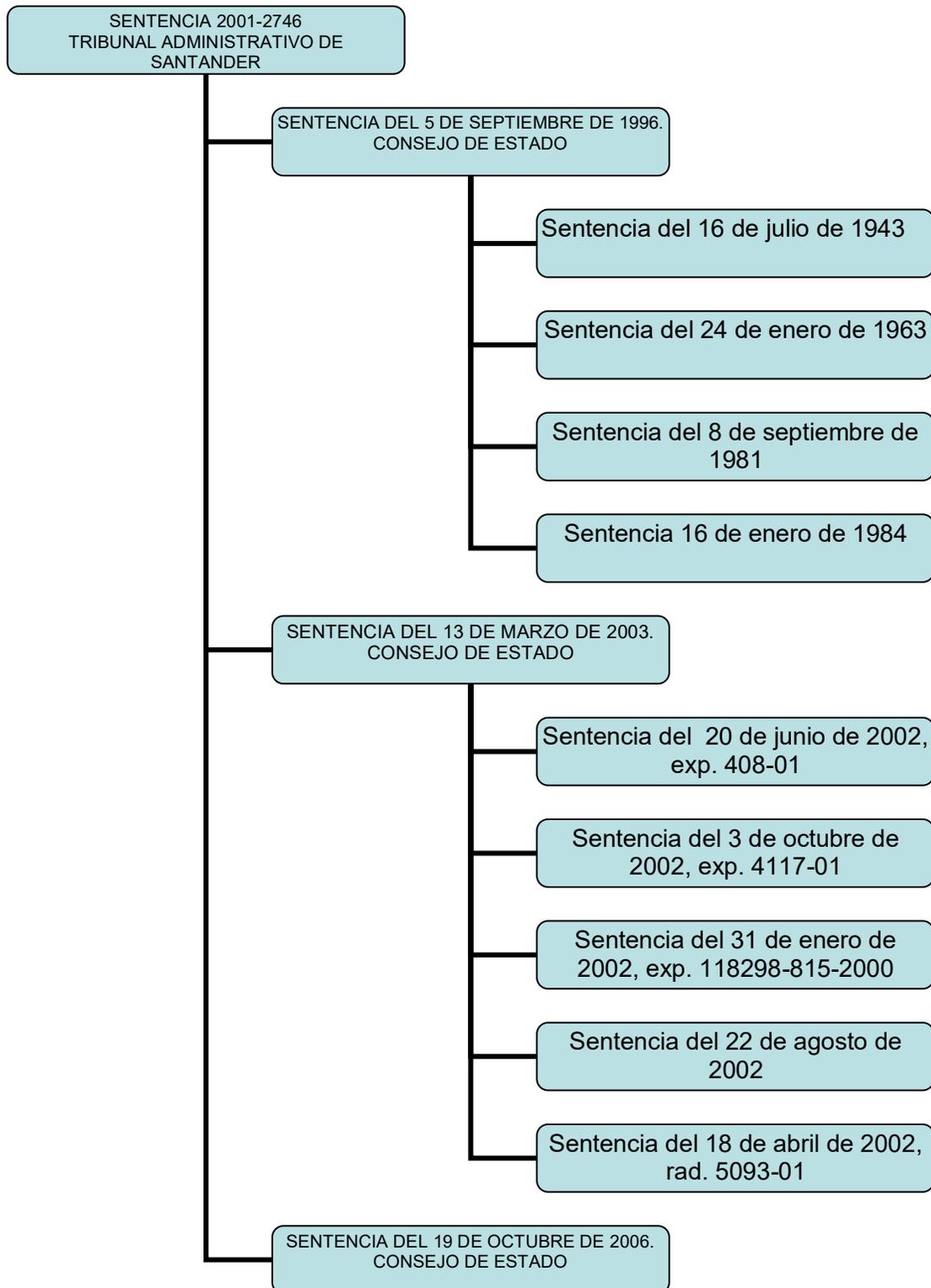
GRAFICA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Una vez utilizadas las técnicas de investigación mencionadas al principio de esta investigación, que hacen referencia a extraer el *“punto arquimédico de apoyo”*, y a su posterior estudio, es decir a la *“ingeniería reversa”*, se han intentado construir las gráficas de la línea jurisprudencial, en las que se refleja el *“nicho citacional”*, que sigue el Tribunal administrativo de Santander, por ser este el objetivo principal del trabajo desarrollado.

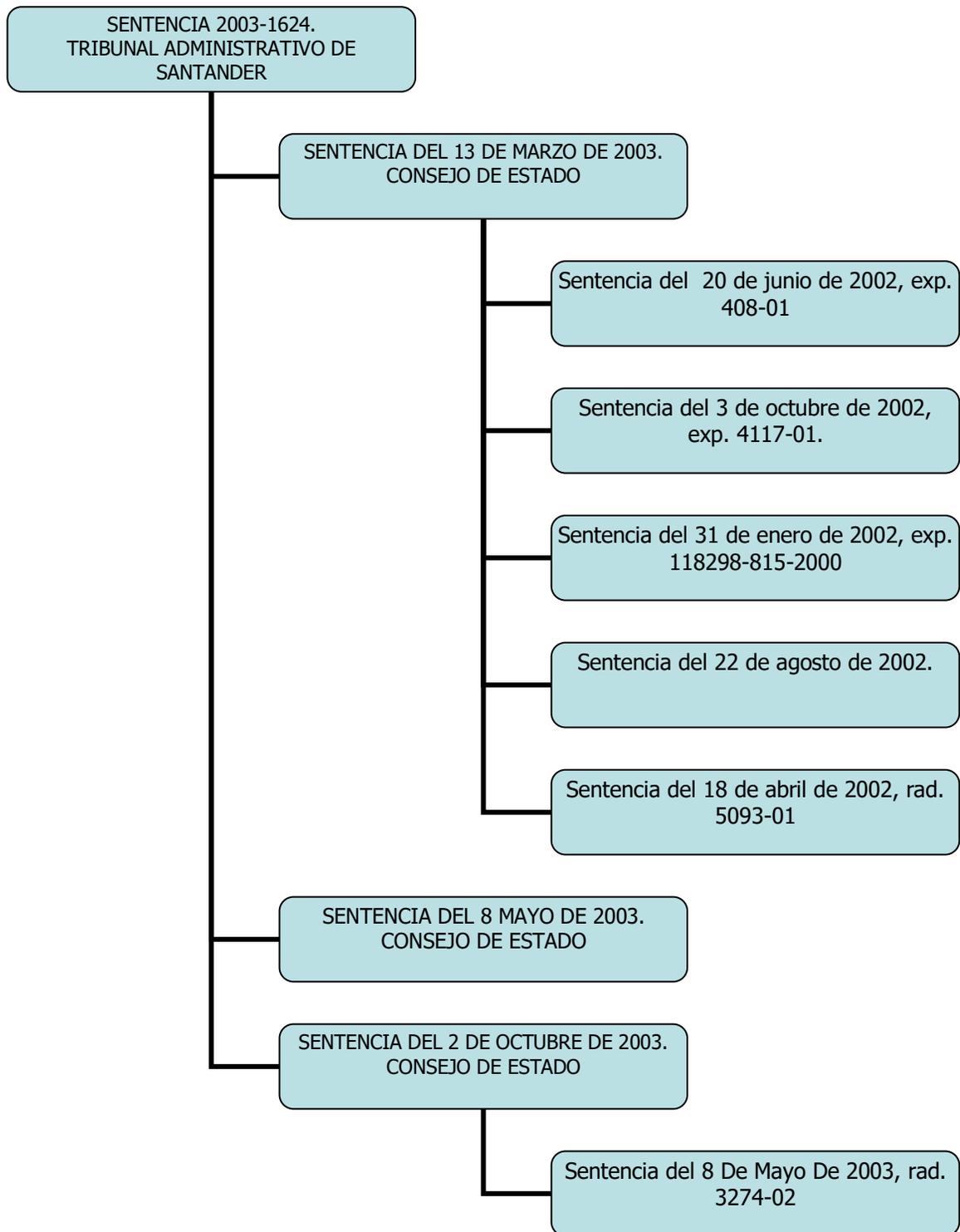
Estas gráficas pretenden mostrar la relación de las sentencias citadas por los Magistrados como fundamento para emitir cada uno de los fallos del Tribunal que fueron analizados en este trabajo, las cuales son referenciadas en torno al problema jurídico de cada uno de estos. Estas sentencias referenciadas son del Consejo de Estado en su gran mayoría y algunas de la Corte Constitucional, las cuales a su vez citan otras sentencias que también son mostradas en la gráfica. Cabe aclarar que cada uno de los problemas jurídicos extraídos de los fallos son directamente relacionados con el problema jurídico general de esta investigación.

A continuación presento las mencionadas gráficas:

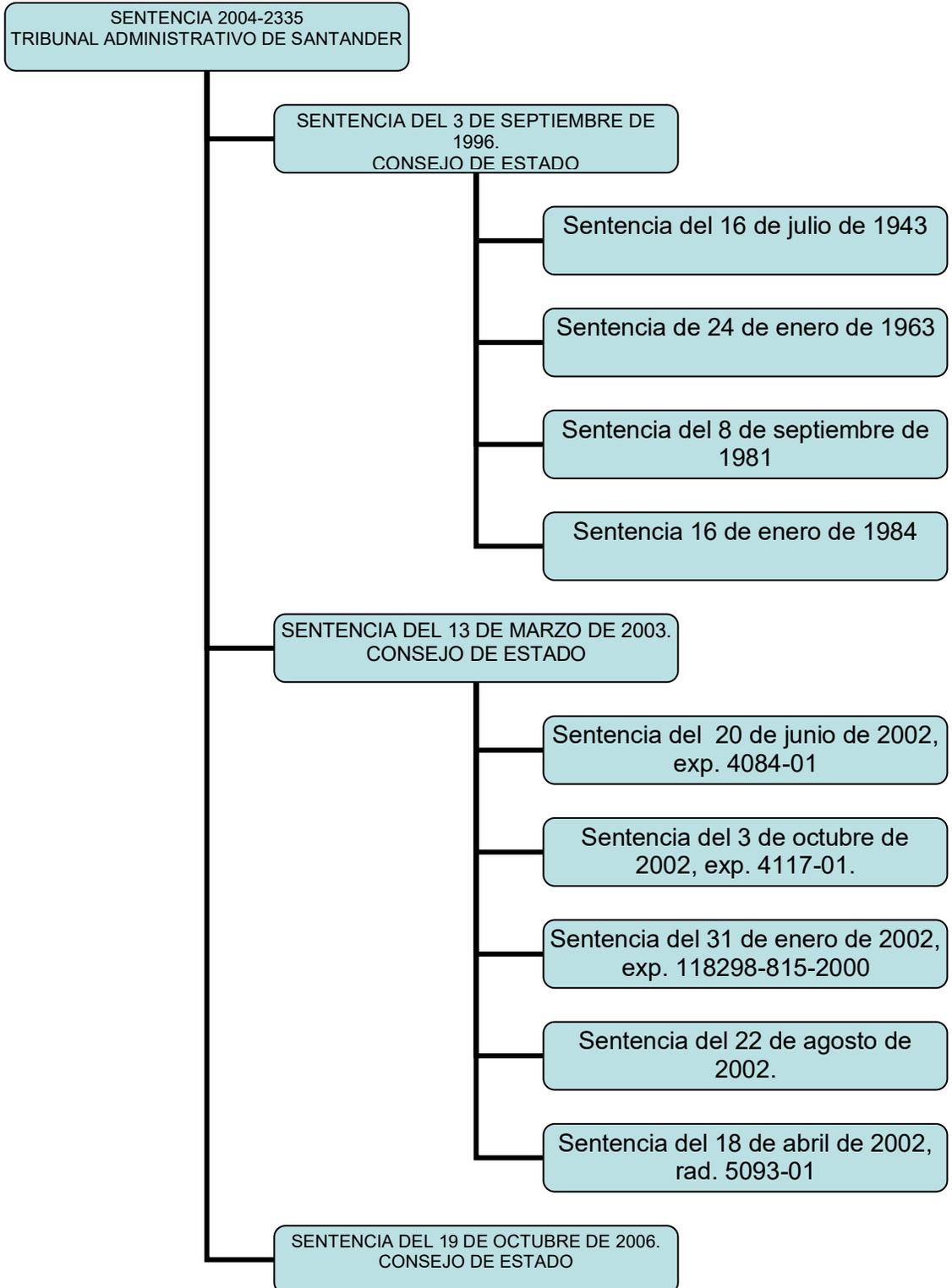
Grafica 1.



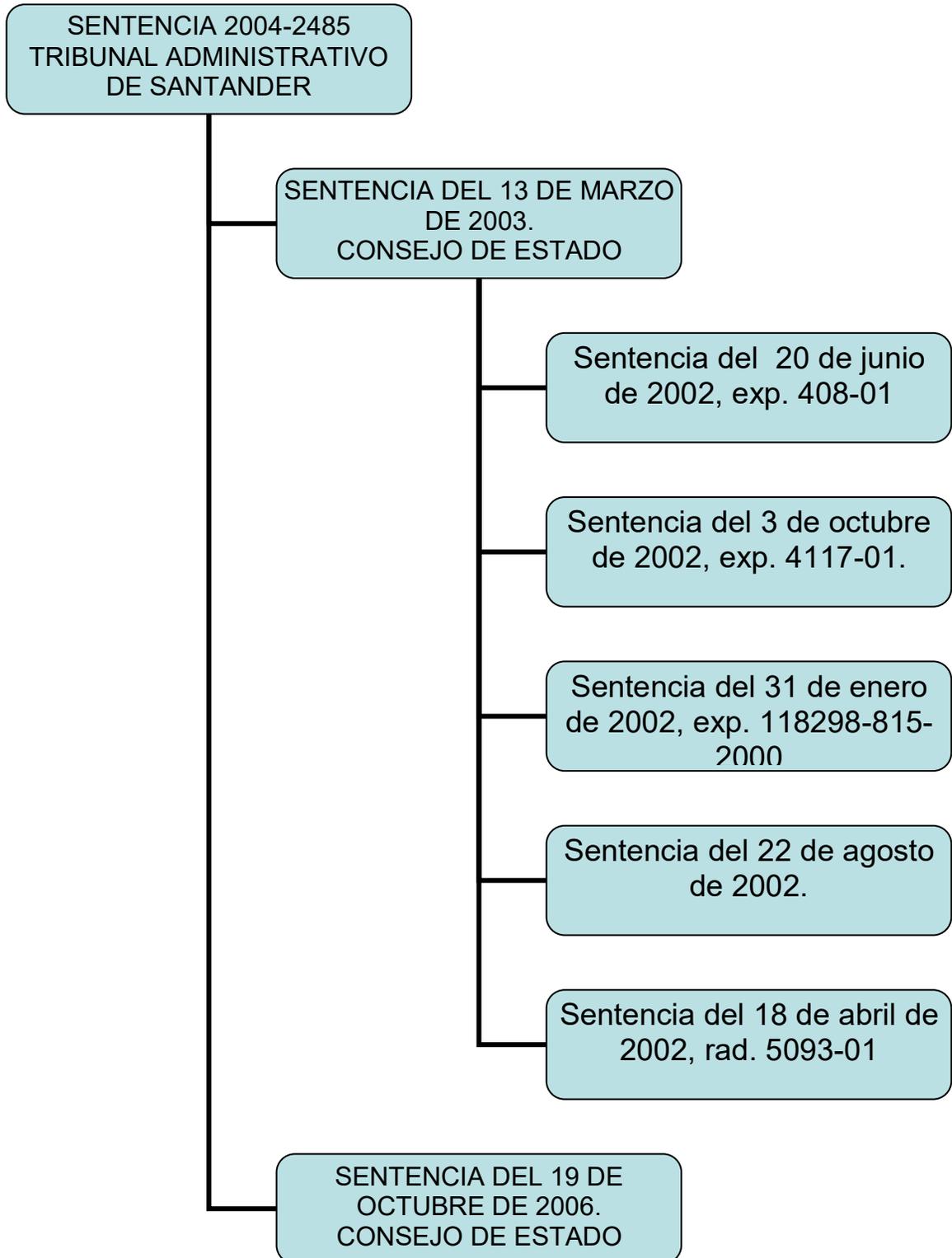
Grafica 2



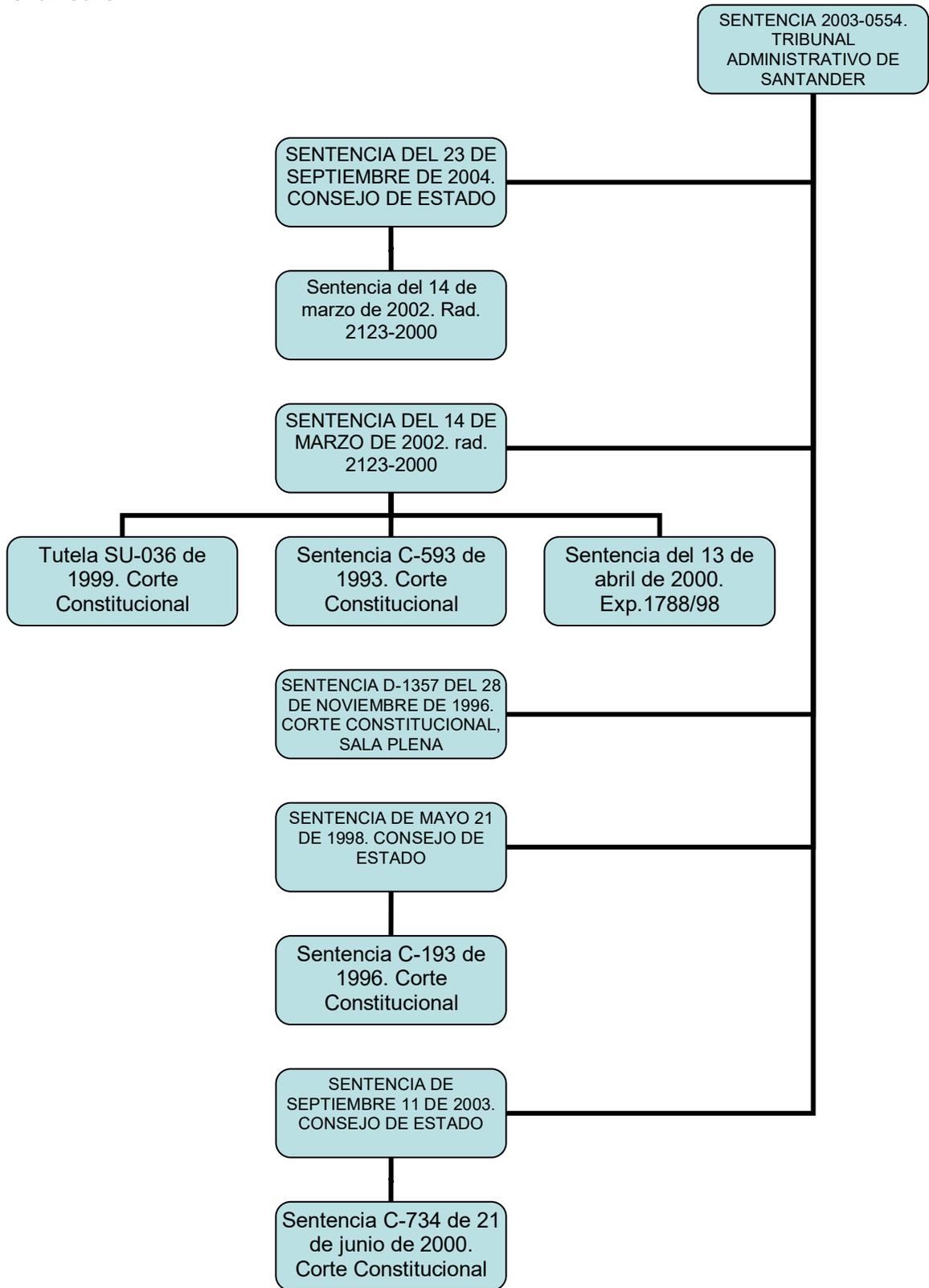
Grafica 3



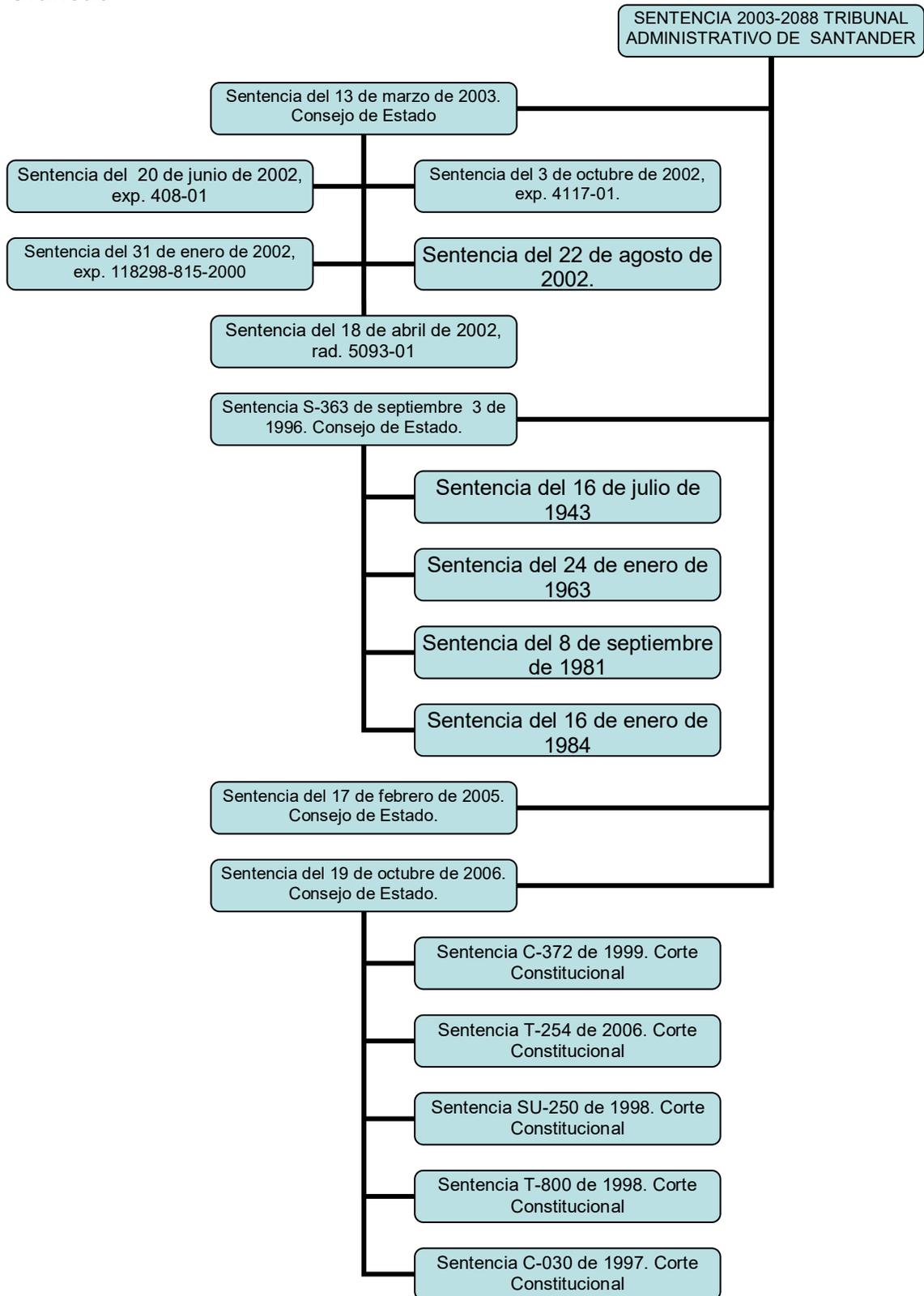
Gráfica 4



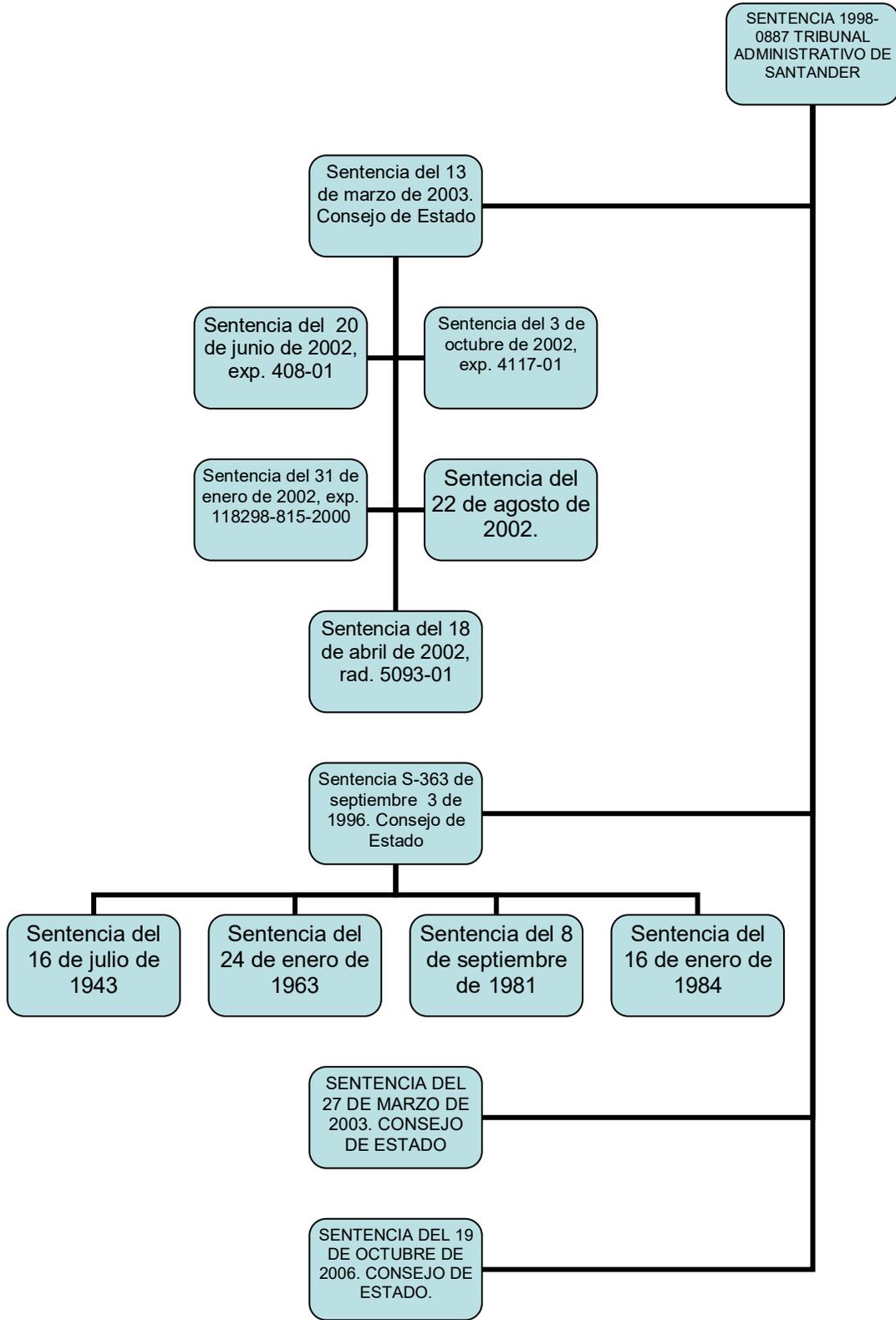
Grafica 5



Gráfica6



Grafica7



CAPÍTULO 5

MARCO LEGAL - NORMATIVA APLICABLE

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

ARTICULO 29. “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. “

El Debido Proceso es un principio y una garantía constitucional, puesto que se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Además de que es un derecho de la persona, se constituye en una garantía constitucional al derecho de defensa.

En palabras de Jorge Pérez Villas en su obra Derecho Constitucional General y Colombiano “Es la garantía constitucional de los ciudadanos, a controvertir y definir sus derechos y libertades con justicia y equidad. Si no existe el agotamiento del debido proceso, en una litis, no pueden existir derechos y libertades. Su institucionalización hace parte de lo que podría llamarse el derecho procesal constitucional”

Para RAUL PACHECO “el debido proceso es derecho esencial dentro de la concepción del estado de derecho y dentro de un régimen democrático. Un gobierno que no garantice el debido proceso, está actuando por fuera de la órbita de los países civilizados y de contenido democrático. Un juez no puede fallar un caso si antes no ha escuchado al sindicado, o ha abierto a pruebas el negocio”.³¹

Artículo 53. “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad

³¹ PACHECO BLANCO, Op. Cit.,

social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

Para Raúl Pacheco “Los trabajadores se consideran como la parte más vulnerable en la relación y de ahí que el estado debe orientar su acción, para que se concreten condiciones favorables para los trabajadores.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”³²

El derecho al trabajo es además una obligación social que debe estar protegida por el Estado. “Consecuencia de esa protección del Estado es la ley laboral que precisa un régimen prestacional, tanto para trabajadores privados, como públicos y trabajadores sociales”³³

En relación con este Derecho la Corte Constitucional ha dicho que “la especial protección estatal que la norma exige para el trabajo alude a conductas positivas de las autoridades, así como al diseño y desarrollo de políticas macroeconómicas que tengan por objeto fomentar y promoverlo, de modo que quienes los desarrollan (los trabajadores) puedan contar con suficientes oportunidades para acceder a él y con elementos indispensables para derivar de su estable ejercicio el sustento propio y familiar. Pero también implica, al lado del manejo económico, la

³² *Ibíd.*

³³ VILLA, Pérez Jorge. Derecho Constitucional General y Colombiano. Leyer. Santafé de Bog345otá-Colombia. 1995

creación de condiciones normativas adecuadas a los mismos fines, esto es, la previsión de un ordenamiento jurídico apto para la efectiva garantía de estabilidad y justicia en las relaciones entre patrones (oficiales o privados) y trabajadores”.

Artículo 90. “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra éste.”

Este derecho se deriva del perjuicio causado por los actos u omisiones de las autoridades públicas, por eso el derecho constitucional a responder está implícito en la garantía constitucional. ”La responsabilidad consiguiente, es un límite a que los gobernantes estén ajustados a la Constitución y a la Ley”

Artículo 125. 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 de 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 filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Artículo 130. Habrá una Comisión Nacional de Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

DECRETO 2400 DE 1968

ARTICULO 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.

<Inciso final modificado por el artículo 1 de la Ley 36 de 1982. El nuevo texto es el siguiente:> Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trata de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El periodo provisional no podrá exceder de doce (12) meses.

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.

DECRETO 1950 DE 1973

(ART 26, 27,28 DEROGADOS POR ART 165 D.1572 DE 1998)

Artículo 24. El ingreso al servicio se hace por nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción y por nombramiento en período de prueba o provisional para los que sean de carrera.

El movimiento del personal en servicio se puede hacer por:

1. Traslado,
2. Encargo, y
3. Ascenso. **Ver: Artículo 18** Decreto Nacional 2400 de 1968

Artículo 26. Derogado por el Art. 165, Decreto Nacional 1572 de 1998. Los empleos de libre nombramiento serán provistos por nombramiento ordinario. Ver: artículo 4 Ley 61 de 1987. Artículo 5 Decreto Nacional 2400 de 1968

Artículo 27. Derogado por el Art. 165, Decreto Nacional 1572 de 1998. Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según el procedimiento que se señala en el título noveno del presente Decreto Nacional.

Artículo 28. Derogado por el Art. 165, Decreto Nacional 1572 de 1998. Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional.

La duración de un nombramiento provisional no podrá exceder de cuatro (4) meses, circunstancia esta que deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, término dentro del cual se dará cumplimiento a lo prescrito en el Título Noveno del presente Decreto Nacional.

Al vencimiento del período a que se refiere el presente artículo, si el titular no ha sido seleccionado, se produce vacante definitiva y el empleado quedará retirado del servicio.

Nota: La Ley 36 de 1982 estableció que la provisionalidad no podría excederse de 12 meses. Posteriormente el artículo 7 de la Ley 61 de 1987 estableció que los nombramientos provisionales no podrán tener una duración mayor de 4 meses, prorrogable por cuatro meses más.

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.

"En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".

Nota: Inciso 2 suspendido provisionalmente Auto de abril 10 de 1987 Consejo de Estado.

ARTÍCULO 211. Solo cuando sea imposible proveer los cargos por ascenso o con personal tomado de listas de elegibles, podrán hacerse nombramientos provisionales.

DECRETO 1572 DE 1998
(MODIFICADO POR DECRETO 2504 DE 1998)

ARTICULO 3. Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, y se requiera su provisión temporal, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales cargos si acreditan los requisitos de estudio y experiencia y el perfil para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrán hacerse nombramientos provisionales.

Tanto el encargo como el nombramiento provisional sólo procederán después de que se haya convocado el respectivo proceso de selección, salvo autorización previa de la correspondiente Comisión del Servicio Civil cuando medie justificación del jefe de la entidad en los casos en que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de la entidad.

ARTICULO 4. <Artículo modificado por el artículo 2o. del Decreto 2504 de 1998. El nuevo texto es el siguiente: > Entiéndese por nombramiento provisional 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.

También tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley o de una decisión judicial se convierta en cargo de carrera. Tal carácter se adquiere a partir de la fecha en que se opere el cambio de naturaleza del cargo y éste deberá ser

provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el artículo 2o. de este decreto; en caso de que deba realizarse concurso, éste será abierto.

ARTICULO 5. 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 período de prueba de un empleado de carrera, en cuyo caso tendrá la duración de dicho período y su superación, más el tiempo requerido para la realización del proceso de selección si fuere 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 cuatro (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 de 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 éste 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 tres (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 tres (3) meses después de la fecha de la entrega del menor de 7 años. En estos eventos, el concurso convocado continuará su curso y el nombramiento de quien ocupe el primer puesto será efectuado una vez venza el término de la provisionalidad.

PARAGRAFO. Las prórrogas de los encargos y de los nombramientos provisionales se efectuarán mediante resolución motivada por el nominador y de ello se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil.

ARTICULO 6. Vencido el término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, no podrá proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos, y procederá su provisión definitiva mediante la utilización de la respectiva lista de elegibles.

ARTICULO 7. El término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, deberá consignarse en el acto administrativo correspondiente, al vencimiento del cual el empleado de carrera que haya sido encargado cesará automáticamente en el ejercicio de las funciones de éste y regresará al empleo del cual es titular. El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de inexistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador. No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.

ARTICULO 8. El empleo del cual sea titular el empleado encargado podrá ser provisto por encargo o por nombramiento provisional mientras dure el encargo de aquel y en todo caso estas situaciones se someterán a las reglas que regulan la materia.

DECRETO 2504 DE 1998

(DEROGA ALGUNAS DISPOSICIONES DEL DECRETO 1572 DE 1998)

ARTICULO 2. Modifícase el artículo 4o. del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así:

"Artículo 4o. Entiéndese por nombramiento provisional 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.

También tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley o de una decisión judicial se convierta en cargo de carrera. Tal carácter se adquiere a partir de la fecha en que se opere el cambio de naturaleza del cargo y éste deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el artículo 2o. de este decreto; en caso de que deba realizarse concurso, éste será abierto".

DECRETO 1227 DE 2005

(DEROGA EN SU TOTALIDAD D. 1572 Y 2504)

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

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

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

Artículo 9. De acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento provisional cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron.

Tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera. El carácter se adquiere a partir de la fecha en que opere el cambio de naturaleza del cargo, el cual deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el presente decreto, mediante acto administrativo expedido por el nominador.

Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

LEY 443 DE 1998 (DEROGADO POR ART 58 LEY 909, EXCEPTO EN LOS ART. 24, 58, 81,82)

ARTICULO 7. PROVISION DE LOS EMPLEOS DE CARRERA. <Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004> La provisión de los empleos de carrera se hará, previo concurso, por nombramiento en período de prueba, o por ascenso.

ARTICULO 8. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. <Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004> En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo. Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.

PARAGRAFO. 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.

(Ver Sentencia C 942/03 de 15 de octubre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra).

ARTICULO 9. PROVISION DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL.

<Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004> 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.

ARTICULO 10. DURACION DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. <Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004>

<Apartes tachados y en cursiva INEXEQUIBLES> El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses; cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil.

El aparte subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-368/99 de 26 de mayo de 1999, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Cuando por circunstancia debidamente justificada ~~ante la respectiva Comisión del Servicio Civil~~, una vez convocados los concursos, éstos no puedan culminarse, el término de duración de los encargos o de los nombramientos provisionales podrá

prorrogarse previa autorización de la respectiva Comisión del Servicio Civil, hasta cuando se supere la circunstancia que dio lugar a la prórroga.

La Comisión del Servicio Civil respectiva podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales o su prórroga sin la apertura de concursos por el tiempo que sea necesario, previa la justificación correspondiente en los casos que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de una entidad.

ARTICULO 12. RESPONSABILIDAD DE LOS NOMINADORES. <Artículo derogado por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004> Sin perjuicio de la imposición de las multas a que hubiere lugar, la autoridad nominadora que omita la aplicación de las normas de carrera, que efectúe nombramientos sin sujeción a las mismas, o que permita la permanencia en cargos de carrera de personal que exceda los términos del encargo o de la provisionalidad, y los integrantes de las Comisiones del Servicio Civil que, por acción u omisión lo permitan, cuando de ello hubieren sido enterados, incurrirán en causal de mala conducta y responderán patrimonialmente en los términos previstos en el artículo 90 de la Constitución Política.

Las Comisiones del Servicio Civil, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano, adoptarán las medidas pertinentes para verificar los hechos y solicitar que se inicie la correspondiente investigación disciplinaria y se impongan las sanciones a que haya lugar.

LEY 909 DE 2004

ARTÍCULO 5. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

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

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

- a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices...
- b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos.
- c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;
- d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.
- e) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las

Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) <Literal adicionado por el artículo 1 de la Ley 1093 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

ARTÍCULO 23. CLASES DE NOMBRAMIENTOS. Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley.

ARTÍCULO 24. ENCARGO. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

ARTÍCULO 25. 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 serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. <Artículo

CONDICIONALMENTE exequible> Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.

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

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

CONCLUSIONES

¿EL ACTO EN VIRTUD DEL CUAL SE DECLARA INSUBSISTENTE EL NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD DE UN EMPLEADO EN UN CARGO DE CARRERA REQUIERE MOTIVACIÓN?

Del estudio, investigación y análisis del tema de la provisionalidad en cargos de carrera administrativa he sacado mi propio criterio, basándome también en la lectura que realice de diferentes Sentencias proferidas por la Corte Constitucional y por supuesto por el Honorable Consejo de Estado. Es por eso que en este escrito nombraré fallos de las dos corporaciones, así en el desarrollo del proyecto no haya analizado las Sentencias de la Corte por no ser ese el propósito de la Tesis. Lo anterior lo voy a hacer por cuanto consideré importante leer la normativa y los diversos criterios que ha originado este tema en las Altas Corporaciones en Colombia.

La Constitución Política de Colombia consagra el Debido Proceso y el Derecho de Defensa como derechos fundamentales en el artículo 29 diciendo que *“EL DEBIDO PROCESO SE APLICARÁ A TODA CLASE DE ACTUACIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS”*, lo que significa que cada acto que expidan tanto las autoridades administrativas como las judiciales debe ir encaminado a garantizar el Debido Proceso a todas la personas y que *“QUIEN SEA SINDICADO TIENE DERECHO A LA DEFENSA”*, es decir que todas las personas a quienes se les impute cierto comportamiento o actuación tienen el derecho constitucional en primera instancia de conocer los fundamentos de su acusación, para que de esta manera pueda defenderse.

La administración tiene la facultad discrecional de tomar ciertas de decisiones, que de conformidad con el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo “debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”. Para el caso de la declaratoria de insubsistencia de empleados públicos la Ley le ha otorgado esta facultad frente a los de libre nombramiento y remoción, debido a que estos no gozan de ningún fuero de estabilidad en razón a la clase de servicio que prestan al Estado, es decir que esta clase de empleos: *“Obedecen a una relación subjetiva porque la escogencia del colaborador se hace por motivos personales de confianza o por razones ligadas a plasmar y ejecutar una política (p. Ej. Ministros del despacho, directores de entidades descentralizadas, etc.) estableciéndose una relación “in tuitu personae” entre el nominado y el nominador”*.³⁴ Lo anterior significa que en el momento en que el nominador considere que el empleado no cumple con los requisitos o no llena las expectativas del cargo, lo puede declarar insubsistente a través de una acto administrativo que no requiere motivación, puesto que este necesita de la más absoluta confianza en sus empleados para el logro de sus fines.

La Corte Constitucional en sentencia C-195/94 aseguró que

*de acuerdo con la clasificación del Decreto 1042 de 1978, que establece los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, hay que señalar que los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si un empleo es de libre nombramiento y remoción son los niveles directivos y **excepcionalmente** los otros, **siempre y cuando** impliquen un grado considerable de **confianza**. Los demás, es decir, la regla general, son de **carrera** [...]*

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Diferente es el caso de aquel empleado que accede al cargo a través de concurso, puesto que al haber concursado y aprobado satisfactoriamente entra a ser considerado un empleado de carrera administrativa y por ende se hace acreedor de ciertos derechos entre ellos el de la estabilidad laboral, la cual vale la pena anotar solo podrá ser afectada por motivos de interés general, de conformidad con el artículo 53 de la C.P. Respecto a este tema la Corte ha dicho que la carrera

*es el sistema técnico que permite el ingreso, permanencia y ascenso (sic) en cargo de la Administración con base en la meritocracia, esto es, en las capacidades, conocimientos e idoneidad de la persona*³⁵ y que su objetivo es, "además de la preservación de la estabilidad y del derecho de promoción de los trabajadores, garantizar la excelencia en la calidad del servicio y la eficiencia de la administración pública [...]"³⁶

El principio de la estabilidad, que no debe confundirse con la inamovilidad absoluta e injustificada tiene dos fines derivados del principio de la seguridad:

- Garantizar un medio para el sustento vital de los trabajadores y de sus familias.
- Garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración.

Esta discrecionalidad de la que goza la administración, no puede ser confundida con la arbitrariedad, tal y como lo dice Tomás Ramón Fernández en su libro Estudios sobre la constitución Española:

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-752 de 2003. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 2000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Discrecionalidad no es arbitrariedad, como insisten en afirmar de un modo sistemático ya las Ss. de los Tribunales cualquiera que sea el rumbo ulterior de su argumentación” "nunca es permitido confundir, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida sit pro ratione voluntas o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad.

Precisamente es la motivación de los actos administrativos, legal y jurisprudencialmente, la que ha sido adoptada como una medida para evitar la arbitrariedad y los abusos por parte de la Administración.

De lo expuesto anteriormente y especialmente basados en los criterios constitucionales de la estabilidad laboral, del debido proceso, del derecho a la defensa y de la regla general que predica que los empleos son de carrera administrativa y excepcionalmente los de niveles directivos que impliquen un grado considerable de confianza serán de libre nombramiento y remoción, se deduce que la discrecionalidad únicamente es válida en cuanto a la insubsistencia de cargos, para aplicarla en los empleados de libre nombramiento y remoción; de manera que no sería justo que el empleado público a quien le declaran insubsistente el cargo (excepto los de libre nombramiento y remoción) a través de un acto administrativo, no sepa las razones que motivaron al nominador a expedir dicho acto, puesto que la motivación se hace necesaria para que el afectado se defienda y se pueda ejercer el control del acto, facilitando así la función revisora de lo contencioso-administrativo y garantizando el efectivo acceso a la justicia (artículo 229 C.P.).

El Consejo de Estado afirma que los empleados vinculados en provisionalidad no gozan de estabilidad alguna, debido a que discrecionalmente son vinculados por el nominador, por lo que de igual manera discrecionalmente pueden ser retirados del servicio por este. Si bien es cierto que el nombramiento en provisionalidad se hace discrecionalmente, no se puede desconocer lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución, que le atribuye el estatus de carrera administrativa a todos “*los empleos en los órganos y entidades del Estado*”, exceptuando “*los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley*”, siendo la regla general que los empleos públicos son de carrera.

Esta entidad asemeja al empleado nombrado en provisionalidad con el de libre nombramiento, ya que

[...] 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 concurso [...]”. “[...] el fuero de estabilidad se predica exclusivamente de los empleados públicos escalafonados en carrera y mal podría aplicarse a los provisionales que no se encuentran inscritos en el escalafón. ³⁷

No se puede igualar la situación de un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera con uno de libre nombramiento, puesto que debido a la naturaleza del cargo, el empleado goza de cierta estabilidad laboral que tampoco puede asemejarse a la que tiene un empleado de carrera, que ha accedido al

³⁷ Consejo de Estado. Sentencia 1834-01 de marzo 13 de 2003. Magistrado Ponente: Tarsicio Cáceres Toro.

servicio después de haber concursado y aprobado satisfactoriamente. La estabilidad de la que se goza, esta referida al hecho de que para declararse su insubsistencia se necesita por lo menos hacerlo a través de acto motivado, sin ser esto un impedimento para que por razones de interés general, de calificación insatisfactoria o de haberse proveído el cargo a través de concurso se pueda realizar dicha declaratoria. Sin embargo para el Consejo de Estado: *“Los derechos de permanencia y de estabilidad son inherentes a los funcionarios de periodo fijo o de carrera administrativa, mas no para aquellos que acceden a la Administración mediante nombramiento provisional”*³⁸.

Al respecto el Consejo de Estado asegura 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*³⁹

En cambio, para esta corporación, el retiro de los empleados provisionales debe hacerse mediante acto de insubsistencia que no requiere motivación, puesto 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”*⁴⁰.

³⁸ Consejo de Estado. Sentencia 2002 – 3412 de septiembre 24 de 2004. Magistrado Ponente: Luis Rafael Vergara.

³⁹ Consejo de Estado. Sentencia 3211-04 de junio 30 de 2005. Magistrado Ponente: Ana Margarita Olaya

⁴⁰ ibídem

Al interior de la Sección Segunda del Consejo de Estado se ha presentado una discusión sobre este tema: mientras para la subsección A SI requiere de motivación el acto que declara la insubsistencia, para evitar vulneración de garantías legales y constitucionales, la subsección B asegura 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”⁴¹. Frente a estas opiniones contrapuestas el Honorable Consejo de Estado en Sentencia del 13 de marzo del año 2003 con ponencia de Tarcisio Cáceres unificó el criterio de la Corporación diciendo 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 sentencia C-514 de 1994, en relación con los cargos de libre nombramiento y remoción la Corte dijo que:

Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

Lo anterior significa que los cargos de libre nombramiento deben estar taxativamente señalados por la Ley y no se puede igualar la situación de un empleado que ha sido nombrado provisionalmente en un cargo de carrera, con uno de libre nombramiento, puesto que la naturaleza del cargo es la de ser de carrera y la estabilidad laboral de un empleado de libre nombramiento y remoción

⁴¹ Consejo de Estado. Sentencia 1834-01 de marzo 13 de 2003. Magistrado Ponente: Tarcisio Cáceres Toro.

es precaria frente a la del vinculado mediante carrera. Si bien no ha accedido a este por concurso, no se le puede declarar insubsistente su nombramiento sin dar a conocer la justificación de esta declaratoria, en razón a que se le estaría vulnerando el derecho fundamental de defenderse.

La Corte Constitucional en sentencia T-800 de 1998 dijo que:

La Administración Pública está legítimamente facultada para crear, modificar, reorganizar y suprimir los cargos de su planta de personal, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas se lo impongan, o cuando el desempeño de los funcionarios así lo exija. No sería posible cumplir con los fines de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad impuestos por el artículo 209 de la Carta Política, si la Administración no pudiera distribuir y manejar libremente sus recursos según se lo exigieran las necesidades del servicio. La Administración está habilitada para separar a sus funcionarios de acuerdo con exigencias circunstanciales y previa motivación justificada.

En el mismo sentido esta entidad ha dicho que el retiro o la desvinculación del cargo no constituye, por sí solo, una vulneración a los derechos fundamentales, puesto que el nominador tiene la facultad para que en aquellos casos en los que se realice el concurso para proveer el cargo, o por razones de interés general o de evaluación insatisfactoria del empleado se declare insubsistente el cargo: *“los nombramientos provisionales son generalmente para suplir un cargo de carrera y ellos pueden prolongarse hasta que se convoque el respectivo concurso, sin perjuicio de que la persona vinculada al cargo de esta forma pueda ser desvinculada por razones disciplinarias o calificación no satisfactoria”*.⁴²

⁴² Corte Constitucional. Sentencia T-752 de 2003. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Lo anterior no significa que al empleado nombrado en provisionalidad se le pueda desvincular del servicio en cualquier momento y sin existir justificación alguna, puesto que para hacerlo deben mediar los motivos expuestos por la Sentencia T-752 de 2003 de la Corte Constitucional, pero tampoco significa que gocen de inamovilidad laboral que impida al nominador si existe justificación desvincularlo del cargo.

Por su parte el decreto 1572 de 1998 en su artículo 6 dispone que: *“vencido el término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, no podrá proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos, y procederá su provisión definitiva mediante la utilización de la respectiva lista de elegibles”*, por lo que no podrá ser desvinculado del servicio aquel empleado nombrado en provisionalidad, simplemente para ser reemplazado por otro que no se ha ganado el mérito de entrar al cargo a través del concurso, si no se ha configurado en el afectado alguna falta en el ejercicio del cargo y por ende en la prestación del servicio. Por lo tanto la estabilidad laboral de un empleado que ocupa un cargo de carrera no se puede ver reducida porque lo ocupe en provisionalidad, lo que implica que la declaratoria de insubsistencia deberá ser motivada.

El mencionado decreto modificó algunos artículos del decreto 1950 de 1973, y a su vez fue modificado por el decreto 2504 de 1998 siendo estos dos modificados por el decreto 1227 de 2005, que en su artículo 10 dice que: “Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.” Es por esta razón que en la declaratoria de insubsistencia de un cargo de carrera que este siendo ocupado en provisionalidad debe mediar por lo menos un acto administrativo motivado.

Es obligación de la Administración convocar al respectivo concurso para que se provean todos los cargos de carrera administrativa, puesto que *“la provisionalidad se admite mientras se efectúe la selección para ocupar un empleo de carrera administrativa”*. Lo anterior con el fin de que se cumplan los dos principales propósitos de la Ley: *“evitar la prolongada vinculación de funcionarios en cargos respecto de los cuales no han acreditado los requisitos de idoneidad y que el Estado considera, deben ser provistos mediante concurso de méritos; e impedir que la administración se paralice por el hecho de que no haya servidores públicos desempeñando las funciones propias del cargo vacante”*.⁴³ Esto significa que la Administración no puede justificarse en su propia tardanza de no realizar los respectivos concursos, para estar turnando en los cargos de carrera aun no proveídos por este medio, a diversos empleados, ya que se estaría jugando con la estabilidad laboral de estos.

De esta manera se hace necesario para garantizar el debido proceso, el derecho a la defensa y desarrollar el principio de publicidad consagrado por la Constitución Política en su artículo 209 como parte de la función administrativa, motivar el acto en virtud del cual se declara insubsistente un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera, ya que la motivación *“no contradice disposición constitucional alguna y, por el contrario, desarrolla el principio de publicidad, al consagrar la obligación de expresar los motivos que llevan a una determinada decisión, como elemento esencial para procurar la interdicción de la arbitrariedad de la administración”*.⁴⁴ . Incluso llega a ser de tanta importancia que la Corte Constitucional frente a un caso de tutela dijo que *“[...] la falta de motivación del acto hace pensar que la administración no produjo el acto por razones del buen servicio administrativo [...]”*. *“[...] Es, pues, de la esencia de las garantías de*

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 1998. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-054/96. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

*protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa [...].*⁴⁵

En mi opinión comparto lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU-250 de 1998, en la cual se pronunció acerca de la importancia de motivar el acto administrativo diciendo que es necesaria puesto 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. La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. Pone de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la C. P. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar y por consiguiente para esa sociedad son importantes los motivos que originan una remoción; esta es una proyección del

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero

principio de publicidad y es corolario del Estado democrático. La publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Esa necesidad de motivar los actos (salvo excepciones expresamente consagradas), se integra a la publicidad, entendida como lo contrario al secreto o reserva. Por eso el retiro debe motivarse, porque si ello no ocurre materialmente no hay publicidad y se viola por tanto el debido proceso [...]

En el mismo sentido la mencionada corporación ha dicho que:

Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada ⁴⁶.

A pesar de que el decreto ley 2400 de 1968, en el artículo 6° 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 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."*, no se puede asegurar que la potestad de la discrecionalidad es absoluta, puesto que al menos se debe dejar constancia de los hechos y las causas que ocasionaron la desvinculación en la respectiva hoja de vida del afectado.

Para la Corte Constitucional la jurisprudencia que:

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 1999. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

el Concejo de Estado tiene sentada sobre la materia, resulta a todas luces válida cuando quiera que frente a una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y luego de un amplio debate probatorio, se habrá de determinar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo que desvinculó a una persona que ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad [...] ⁴⁷.

Para esta Corporación los criterios del máximo organismo de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre la materia que se debate, no se oponen a los que se tienen en cuenta al momento de analizar si existe o no violación o amenaza de un derecho fundamental consagrado en la Constitución Política, hecha por la expedición de un acto administrativo que declare;

[...] el examen del caso no puede reducirse a considerar que como el empleado estaba ocupando un cargo en provisionalidad, la administración podía removerlo sin motivación alguna sobre la base de que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente porque se supone que la medida fue inspirada en el buen servicio, sino que al juez constitucional 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 [...] ⁴⁸

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-884 de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-884 de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Para concluir debo decir que lo mas acorde con los Principios Constitucionales dentro del Estado Social de Derecho en Colombia es que el empleado público que se encuentra ejerciendo un cargo de carrera administrativa de manera provisional goce de una estabilidad restringida, que consista en que el Acto Administrativo en virtud del cual se le declare la insubsistencia del cargo que esté ocupando, sea motivado; y de esta manera el trabajador pueda ejercer sus derechos Fundamentales al Debido Proceso y a la Defensa, ya que no conocer los móviles que impulsaron al nominador a tomar esta decisión le restringe el ejercicio de dichos derechos.

A este trabajador no se le puede igualar a un empleado de libre nombramiento y remoción, por cuanto la naturaleza del cargo que ocupan es la de ser de carrera administrativa, y la regla general según nuestra Carta Política es que los empleos son de carrera administrativa y excepcionalmente no lo son los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley; lo que nos lleva a asegurar que estos últimos empleos deben estar señalados taxativamente por las normas, sin ser posible que los otros cargos no contemplados en este listado se les de un tratamiento como si lo fueran.

Tampoco se les puede considerar empleados de carrera administrativa, por cuanto no han superado satisfactoriamente las etapas de un concurso que les permita entrar al cargo por mérito, por lo que no se puede decir que gocen de una estabilidad total que les impida ser retirados del servicio; la estabilidad restringida de la que hablo, esta delimitada únicamente a que al momento de declarar la insubsistencia (bien sea por razones de mejoramiento en la prestación del servicio, por sanciones disciplinarias o por que el cargo haya sido proveído mediante concurso) de estos cargos debe mediar un acto administrativo por lo menos motivado. Sin embargo como ya lo mencioné no se les puede dejar totalmente desamparados y pretender que estos empleados provisionales sean

retirados del servicio en cualquier momento, sin ningún motivo, argumentando la Administración a su favor, la facultad discrecional, ya que en este caso deben primar máximas constitucionales por encima de cualquier ley o acto proferido, tales como el debido proceso y la estabilidad laboral.

En cuanto se refiere al Tribunal Administrativo de Santander, de lo analizado se concluye que este, siguiendo las directrices del Honorable Consejo de Estado, considera que el acto administrativo en virtud del cual se declara insubsistente un nombramiento de un empleado que se encuentre en provisionalidad en un cargo de carrera no debe estar motivado. Lo anterior por cuanto los empleados provisionales se asemejan a los de libre nombramiento y remoción, ya que no gozan de estabilidad en el cargo, puesto que no han accedido a este por concurso. En este sentido, los únicos empleados públicos que gozan de estabilidad laboral son aquellos que han agotado todas las etapas de un concurso de mérito y las han aprobado satisfactoriamente, por lo que así como el nominador tiene la discrecionalidad de nombrar a un empleado en provisionalidad, debe tener la discrecionalidad de declararlo insubsistente por razones del servicio, en cualquier momento y sin expresar los motivos que lo llevaron a tomar dicha decisión.

Por lo anteriormente expuesto, no se le pueden otorgar los derechos y beneficios propios de la carrera administrativa a aquella persona que ha sido nombrada en provisionalidad en el cargo, ya que no ha agotado las etapas del proceso de concurso, por cuanto implicaría darle un acceso automático a los derechos de carrera y mal sería otorgarle un fuero de estabilidad que es propio de los empleados que pertenezcan a la carrera.

BIBLIOGRAFIA

- AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos del Derecho Administrativo General. Bogotá. Doctrina y Ley Ltda. 1999.
- Grandes Temas del Derecho Constitucional Colombiano. Colegio de Abogados de Medellín. 1994.
- LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Legis. Bogotá-Colombia. 2000.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Preguntas, Respuestas y Casos de Derecho Administrativo General y Colombiano. Segunda Edición. Bogotá-Colombia. Doctrina y Ley LTDA. 2005.
- PACHECO BLANCO, Raúl. La Constitución Colombiana de 1991. Universidad Santo Tomás-Bucaramanga. Colombia. 2001.
- PÉREZ ESCOBAR, Jacobo. Derecho Constitucional Colombiano. Temis. Santafé de Bogotá-Colombia. 1997.
- RODRIGUEZ R, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Bogotá. Temis. 1998.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, tomo II. Bogotá-Colombia. Universidad Externado de Colombia. Departamento de publicaciones. 2003
- VILLA, Pérez Jorge. Derecho Constitucional General y Colombiano. Santafé de Bogotá-Colombia. Leyer. 1995.

- VILLAMIL ARDILA, Carol. Jefe Oficina Asesora Jurídica. Departamento Administrativo de Bienestar Social. Concepto 015 de 2006. Mayo 19 de 2006.
- Consejo de Estado. Sentencia del 3 de diciembre de 1975, sección primera, anales, TXXXIX, Núms. 447, 448, Pág. 307.
- Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de octubre 5 de 2007. Expediente 2003-1624. Magistrado Ponente: Francy del Pilar pinilla Pedraza.:
- Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de octubre 11 de 2007. Expediente 2001-2746. Magistrado Ponente: Solange Blanco Villamizar.
- Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de octubre 11 de 2007. Expediente 2004-2335. Magistrado Ponente: Solange Blanco Villamizar.
- Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de noviembre 22 de 2007. Expediente 2001-1938. Magistrado Ponente: Solange Blanco Villamizar.:
- Tribunal Administrativo de Santander. Sentencia de octubre 18 de 2007. Expediente 2004-2485. Magistrado Ponente: Solange Blanco Villamizar.
- Consejo de estado. Sentencia del 13 de marzo de 2003. Consejero ponente: Tarcisio Cáceres Toro.
- Consejo de estado. Sentencia del 5 de septiembre de 1996. Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora.
- Consejo de Estado. Sentencia del 19 de octubre de 2006. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Consejo de Estado. Sentencia del 8 de mayo de 2003. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

- Consejo de Estado. Sentencia del 2 de octubre de 2003. Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.
- Consejo de Estado. Sentencia del 20 de junio de 2002. Consejero Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.
- Consejo de Estado. Sentencia del 31 de enero de 2002. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.
- Consejo de Estado. Sentencia del 22 de agosto de 2002. Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla.
- Consejo de Estado. Sentencia del 18 de abril de 2002. Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro (Fecha: Abril 25 De 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-752 de 2003. Magistrado Ponente : Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 2000. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo.
- Consejo de Estado. Sentencia de septiembre 24 de 2004 Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara.
- Consejo de Estado. Sentencia de junio 30 de 2005. Magistrado Ponente: Ana Margarita Olaya.
- Corte Constitucional. Sentencia T-752 de 2003. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

- Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 1998. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. Sentencia C-054/96. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 1999. Magistrado Ponente: Jose Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. Sentencia T-884 de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia T-884 de 2002. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 1999. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Constitución Política de Colombia.
- Decreto 2400 de 1968.
- Decreto 1950 de 1973. (art 26, 27, 28 derogados por art 165 d.1572 de 1998).
- Ley 270 de 1996.
- Decreto 1572 de 1998. (modificado por decreto 2504 de 1998).

- Decreto 2504 de 1998. (deroga algunas disposiciones del decreto 1572 de 1998).
- Ley 443 de 1998 (derogado por art 58 de la ley 909 de 2004, excepto en los art. 24,58,81,82)
- Ley 909 de 2004.
- Decreto 1227 de 2005. (deroga en su totalidad decreto 1572 y 2504).
- WWW.GOOGLE.COM
- WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO
- WWW.CONSEJODEESTADO.GOV.CO