

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO  
DEL VALLE DEL CAUCA**

**Sentencia**

**PROCESO No.** 76001-33-33-014-2013-00402-01  
**ACCIONANTE:** PAOLA STELLA BAZAN GARCIA  
**ACCIONADO:** DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**Magistrado Ponente: JHON ERICK CHAVES BRAVO**

Santiago de Cali (V.), nueve (09) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Se decide en esta Sentencia sobre el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la Sentencia No. 160 del 14 de julio de 2015 proferida en primera instancia por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.) que denegó las pretensiones de la demanda.

**ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

La señora Paola Stella Bazan García instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Departamento del Valle del Cauca, solicitando las siguientes:

**Pretensiones**

- 1.- Que se declare nulo el Decreto 0251 de 09 de abril de 2013, proferido por el señor Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, mediante el cual se declaró terminado el nombramiento en provisionalidad de la demandante, en el cargo de profesional universitario código 219, grado 01, y todos los demás actos administrativos derivados de este.
- 2.- A título de restablecimiento del derecho se ordene al Gobernador del Departamento del Valle del Cauca a reintegrar a la demandante al cargo de profesional universitario código 219, grado 01 en provisionalidad u otro empleo de igual o superior categoría, con retroactividad a la fecha de desvinculación 09 de abril de 2013.

3.- Que se ordene al Departamento del Valle del Cauca a reconocer y pagar a favor de la demandante, o a quien represente sus derechos, todas las sumas de dinero correspondientes a sueldos, cesantías, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir con retroactividad desde la fecha de su desvinculación y hasta que se haga efectivo el reintegro.

4.- Que se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio de la demandante, desde la fecha en la cual fue desvinculada hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrada.

5.- Que se ordene el cumplimiento del fallo dentro de los términos legales y que las condenas proferidas sean debidamente indexadas con el pago de los intereses moratorios a que haya lugar después de la ejecutoria del fallo.

Lo anterior, con fundamento en los siguientes:

### **Hechos**

1.- Que mediante Decreto No. 855 del 26 de julio de 2010, el Gobernador del Departamento del Valle del Cauca nombró provisionalmente a la demandante en el cargo de profesional Universitario Código 219 – Grado 01, cargo de carrera administrativa. Que desde la fecha de su posesión la demandante desempeñó el cargo conforme al Manual de funciones encomendado por sus inmediatos superiores y sin haber incurrido en investigaciones o sanciones disciplinarias.

2.- Que una vez operó el cambio de gobernador, el 11 de abril de 2013, la demandante recibió comunicación en la que se le ponía en conocimiento el Decreto 0251 de 09 de abril de 2013, por medio del cual se había dado por terminado su nombramiento provisional en el empleo de profesional universitario, Código 219, Grado 01, y tuvo que hacer entrega inmediata del mismo, advirtiéndole que contra el citado Decreto no procedían recursos, por lo que no pudo agotar la vía gubernativa. Aduce que no se le notificó personalmente el acto administrativo, como lo manda el código contencioso administrativo.

3.- Que el 24 de abril de 2013, presentó derecho de petición ante la entidad demandada, en el que explicaba que la desvinculación de su cargo era ilegal por cuanto la organización sindical –SUGOV- había presentado pliego de peticiones a la administración departamental del Valle del Cauca, desde febrero de 2013, y que conforme a lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 1092 de 2012, ella gozaba de fuero sindical al momento de la desvinculación por lo cual es ilegal, razón por la que debe ser reintegrada.

4.- Que la Administración Departamental por intermedio de la Subsecretaría de Recursos Humanos, dio

respuesta a la petición citando, a consideración del demandante, argumentos normativos que nada tenían que ver con los derechos de los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, y con la prohibición legal existente para despedir personal durante la vigencia de las negociaciones derivadas de los pliegos de peticiones.

5.- Los trabajadores de la Gobernación crearon y tienen vigente el sindicato unitario de trabajadores del Valle –Sugov-, sindicato debidamente inscrito ante el Ministerio de Protección Social, y presentó pliego de peticiones el 19 de febrero de 2013, en el que solicitó estabilidad laboral para los empleados que se encontraban en calidad de provisionalidad. Que el señor Gobernador mediante conciliación celebrada con la junta directiva del sindicato, desde el 31 de octubre de 2012, se comprometió a no realizar despidos masivos de personal, lo que es de obligatorio cumplimiento conforme a la Ley.

6.- El sindicato, mediante oficio de 04 de junio de 2013, remitió queja al Ministerio del Trabajo en la que acusó al Gobernador del Departamento del Valle del Cauca, de haber violado la prohibición de despedir empleados cuando aún estaba vigente la negociación colectiva por pliego de peticiones conforme a lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 1092 de 2012. Que el Gobernador no solicitó autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para desvincular a los provisionales de sus cargos, ni para nombrar una planta de nuevo personal en estos cargos violando flagrantemente la Constitución y la Ley.

7.- Que el Acto administrativo contenido en el Decreto 0855 de 26 de julio de 2010, por medio del cual se nombró a la demandante en el cargo de profesional universitario código 219, grado 01, no ha sido revocado en forma directa por supuesta ilegalidad, ni anulado por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, razón por la que, considera aun goza de plena vigencia.

### **Contestación de la demanda**

La entidad demandada, Departamento del Valle del Cauca, no contestó la demanda según se evidencia en constancia secretarial visible a folio 119 del expediente.

### **La Sentencia apelada**

El Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.) profirió la sentencia No. 160 del 14 de julio de 2015, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que, la demandante no gozaba de fuero de estabilidad ni derechos de carrera que debieran ser protegidos, por lo que la entidad podía dar por terminado el nombramiento en cualquier momento mediante acto motivado, condición que a su juicio cumplió la demandada, además señaló que la señora Bazan no acreditó los “*finis mezquinos*” de la administración al expedir el acto mediante el cual la desvinculó.

Indicó que aunque no se acreditó la notificación personal del acto, la demandante admitió haber recibido una comunicación del mismo y de igual manera se dio como notificada por conducta concluyente al elevar petición de reintegro el 24 de abril de 2013. Respecto al fuero circunstancial, que alegó la demandante ostentar al momento de la desvinculación, concluyó que conforme a lo previsto en la normatividad que regula lo atinente al fuero sindical la señora Bazan no gozaba del mismo ya que no demostró la calidad de directiva o representante sindical.

Finalmente, precisó que la demandante no logró demostrar que la motivación brindada por la entidad en el acto acusado no correspondiera a la realidad, es decir que no demostró que fuera falso que antes de proceder su nombramiento en provisionalidad debía agotarse preferentemente la figura del encargo conforme al artículo 24 de la Ley 909 de 2004 y sus normas reglamentarias, motivo por el cual resolvió que no se desvirtuó la legalidad que ampara el acto acusado.

### **La apelación**

La parte demandante impugnó la sentencia argumentando que los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, únicamente pueden ser desvinculados bajo las siguientes causales: 1. falta disciplinaria grave; 2. baja calificación conforme al régimen de evaluación de funcionarios de carrera; 3. por designación del titular consecuencia de concurso para proveer el cargo; 4. en situaciones especiales por revocatoria directa del nombramiento y 5. por fallo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, razón por la que considera que la desvinculación es una grave violación a sus derechos fundamentales, aunado al hecho de que no le fue notificado personalmente el acto acusado, ni le fueron otorgados los recursos de Ley para agotar la vía gubernativa y ejercer el derecho de defensa y contradicción, por lo que supone que no tiene fuerza ejecutoria y que el acto de nombramiento aún se encuentra vigente dado que no se ha desvirtuado su presunción de legalidad.

Manifestó que para la fecha de ocurrencia de los hechos, gozaba de fuero sindical circunstancial, en razón a que la organización sindical de los empleados de la Gobernación había radicado pliego de peticiones desde el 18 de febrero de 2013, en el cual se incluían los derechos de los trabajadores sindicalizados, no sindicalizados y empleados nombrados en provisionalidad en general, fundamentado en el artículo 4° del Decreto 1092 de 2012 por la vigencia del término de la negociación colectiva presentada por el sindicato.

Finalmente, señaló que el acto acusado incurre en falsa motivación al considerar que el acto mediante el cual se llevó a cabo el nombramiento en provisionalidad incurrió en graves irregularidades, omisiones y violaciones a la Constitución y la Ley al haber nombrado en cargos de carrera a provisionales, sin la autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuando existían personas en cargos de carrera de inferior categoría que debían haber sido encargados, razón por la que considera que el acto de desvinculación buscó corregir los errores del acto de nombramiento y ello, a su juicio, no constituye

argumento suficiente para retirar del servicio a un empleado, por el contrario considera que la entidad demandada debió revocar directamente el acto de nombramiento o demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para respetar así la presunción de legalidad que reviste al acto de nombramiento en provisionalidad.

### **Alegatos de segunda instancia**

**Parte Demandante:** Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el escrito de impugnación.

**Parte Demandada:** guardó silencio, según constancia secretarial visible a folio 268 del expediente.

**Misterio Público:** No emitió concepto al respecto, según constancia secretarial visible a folio 268 del expediente.

## **CONSIDERACIONES**

### **PROBLEMA JURÍDICO**

De conformidad con las inconformidades manifestadas en el escrito de sustentación del recurso, el problema jurídico del presente proceso consiste en lo siguiente:

Se contrae en determinar si el acto administrativo demandado, contenido en el Decreto No. 0251 de 09 de abril de 2013 *“por medio del cual se da por terminado un nombramiento provisional en la Planta de Cargos de la Administración Central –Secretaría de Educación Departamental- financiada con recursos del Sistema General de Participaciones para Educación”*, a través del cual se declara la insubsistencia de la señora Paola Stella Bazan García, se encuentra viciado de nulidad por ostentar fuero circunstancial al momento de la desvinculación y por falsa motivación, y como consecuencia le asiste derecho a la demandante a ser reintegrada al mismo cargo o a uno de mayor categoría con el reconocimiento y pago de los salarios y demás prestaciones dejadas de percibir, o si por el contrario el mismo fue válidamente proferido.

Para resolver adecuadamente el problema jurídico se analizarán los siguientes aspectos:

### **APLICACIÓN DEL FUERO CIRCUNSTANCIAL EN EMPLEADOS PÚBLICOS.**

Frente al tema de la aplicación del fuero circunstancial la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que éste no puede predicarse respecto de los empleados públicos, porque estaría infringiendo normas del Código Sustantivo del Trabajo cuya constitucionalidad ya ha sido estudiada y declarada por la Corte Constitucional, razón por la cual la alta corporación en reciente jurisprudencia

sostuvo<sup>1</sup>:

*“En anteriores oportunidades ha sostenido la Sala **que el fuero circunstancial que afirma el actor lo amparaba**, (por cuanto el sindicato de empleados públicos del Departamento se encontraba en la etapa de arreglo directo tras haber presentado pliego de peticiones), **no puede predicarse de los empleados públicos**.*

*Dispone el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965:*

*ARTICULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS. Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.*

*Sobre la limitación de las funciones de los sindicatos de empleados públicos, el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:*

*ARTICULO 416. LIMITACION DE LAS FUNCIONES. (Texto subrayado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE) **Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas**, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no puedan declarar o hacer huelga.*

*Lo anterior encuentra su fundamento en la vinculación laboral de los empleados públicos de tipo legal y reglamentaria, que restringe la posibilidad de afectar la facultad de las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones del empleo.*

*(...)*

*El artículo 55 de la Constitución Política indica:*

*Art. 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley.*

*Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos e trabajo.*

*Es preciso señalar que la Corte Constitucional mediante sentencia C-377 de 1998, examinó la exequibilidad de la Ley 411 de 1998, y consideró ajustado a la Constitución Política el hecho de que existiera una diferencia entre trabajadores oficiales y empleados públicos, en lo relacionado con el ejercicio del derecho de negociación colectiva, concediendo a los primeros el goce del derecho plenamente, **y restringiéndolo para los segundos, en razón a que no se puede afectar la facultad de las autoridades (Congreso, Presidente en el plano nacional, asambleas, concejos, gobernadores y a los alcaldes en los distintos órdenes territoriales), de fijar autónomamente las condiciones del empleo.***

*En el mismo sentido se refirió a los Convenios 151 y 154 de la OIT, en sentencia C-201 de 2002, mediante la cual declaró la exequibilidad del artículo 416 del C.S.T., así como la sentencia C-1234 de 2005 que declaró la exequibilidad de la expresión contenida en el mismo artículo “Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones ni celebrar convenciones colectivas”, **bajo el entendido que para hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva***

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta – Descongestión, C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Ocho (8) De Febrero Dos Mil Dieciocho (2018), Radicación Número: 15001-23-31-000-2002-03011-01

**consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, y de conformidad con los Convenios 151 y 154 de la OIT, las organizaciones sindicales de empleados públicos podrán acudir a otros medios que garanticen la concertación en las condiciones de trabajo, a partir de la solicitud que al respecto formulen estos sindicatos, mientras el Congreso de la República regule el procedimiento para el efecto.**

**Se concluye pues, que partiendo de la base de que los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliego de peticiones, tampoco pueden beneficiarse del fuero circunstancial.**

*Por lo anterior, los cargos formulados por el demandante no están llamados a prosperar.”<sup>2</sup>  
(Negrillas fuera del texto original)*

**De acuerdo con lo anterior, coincide esta Sala con la posición de la Sección Segunda de esta Corporación, al explicar que los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones, por prohibición expresa del artículo 416 del CST, sino pliegos de solicitudes respetuosas.**

**Entonces, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de Decreto 2351 de 1965, como los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones, tampoco están cobijados por el fuero circunstancial, y por tanto con la expedición de los decretos demandados no se advierte vulneración alguna de las normas invocadas por la parte actora.” (Negrillas de la Sala).**

## **DESARROLLO NORMATIVO DEL SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y EL NOMBRAMIENTO PROVISIONAL.**

La Sala considera importante resaltar que el Consejo de Estado en una providencia reciente, analizó brevemente el desarrollo normativo sobre el tema de la carrera administrativa y el nombramiento provisional, a saber<sup>3</sup>:

**“El artículo 125 de la Constitución Política** señala la forma de provisión de los empleos en los órganos y entidades del Estado, previendo que por regla general son de carrera a excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el legislador, así:

*«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.*

---

<sup>2</sup> Sentencia del 10 de febrero de 2011. Expediente No. 150012331000200201304 02. M.P. Alfonso Vargas Rincón.

*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.*

( . . . ).»

A partir de la expedición del **Decreto 1732 de 1960**, se reguló por primera vez la provisionalidad, mediante el cual se estableció la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados con nombramiento provisional por un lapso no mayor a 15 días; posteriormente con el **Decreto 2400 de 1968**, se previó la provisión de los empleos clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera – en tres (3) clases de nombramientos: i) ordinario: para los empleos de libre nombramiento y remoción. ii) En período de prueba: para los empleos de carrera, y iii) Provisional: con el objeto de “proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera<sup>3</sup>”, por el lapso de cuatro meses<sup>4</sup>, y en el artículo 26 *ibídem* estableció que dado que era un nombramiento que no pertenecía a la carrera, podía ser declarado insubsistente, sin motivar la decisión, pero la autoridad nominadora debía dejar constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida, preceptiva ésta declarada exequible por la **Corte Constitucional mediante C – 734 de 2000**, bajo el entendido que era necesario motivar la decisión aun cuando fuera posterior a la expedición del acto, todo ello, con el fin de evitar decisiones arbitrarias de la administración. Dijo así la Corte:

*«No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda.»*

Luego, se expidió el **Decreto Reglamentario 1950 de 1973**, el cual en el artículo 107, estableció que el nombramiento provisional era susceptible de ser declarado insubsistente en cualquier momento, sin motivar la providencia, conforme a la facultad discrecional otorgada al Gobierno Nacional para nombrar y remover libremente a sus empleados.

La **Ley 61 de 1987**, en el artículo 4º, estableció entre las clases de nombramiento, el provisional con el fin de “proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio”.<sup>5</sup>

Mediante la promulgación de la **Ley 27 de 1992**, se reguló el nombramiento ordinario para los cargos de libre nombramiento y remoción, y respecto a los de carrera se dispuso el período de prueba o ascenso; y en el inciso segundo del artículo 10 estableció:

“mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales. El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales<sup>6</sup>”.

Luego se profirió la **Ley 443 de 1998**, que en su artículo 8º reguló que los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se refiera a proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito y en el artículo 5º del **Decreto 1572 de 1998**, se consagró las excepciones para que los nombramientos provisionales tuvieran una duración por un término superior a cuatro (4) meses, sometidos estos a la formalización del concurso o de la situación administrativa de que se tratara, según fuere el caso.

En el año 2004, se expidió la **Ley 909**, en la cual se restringió lo atinente a los nombramientos provisionales y cambió la forma de la desvinculación, en su artículo primero, señaló:



*“La presente ley 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.*

*Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.*

*De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:*

- a) Empleos públicos de carrera;*
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;*
- c) Empleos de período fijo;*
- d) Empleos temporales.”*

Esta normatividad estableció que la discrecionalidad del nominador, sólo se predica, respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado, a contrario sensu, respecto de los empleos de carrera administrativa, cambiando de esta forma las condiciones para el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. En efecto, el artículo 41 ibídem, dispuso:

*“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;*

*( . . . )*

*PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.*

*La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”*

Conforme a la transcripción realizada, tratándose de empleos de carrera administrativa, independientemente de la forma de vinculación, el legislador quiso que el sistema de retiro se hiciera mediante acto motivado, de manera que el nominador deberá expresar las razones que lo llevaron a tomar la decisión de declarar la insubsistencia.

Por su parte, el artículo 10 del **Decreto 1227 de 2005**, reglamentario de la Ley 909 de 2004, respecto a la desvinculación de los provisionales, estableció:

*“Antes de cumplirse el término de duración (...) del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlo por terminado”. Normatividad que fue modificada mediante **Decreto 3820 de 2005**, en la cual se dispuso que la prórroga de la provisionalidad y el encargo se hará hasta la superación de las circunstancias que las originaron previa autorización de la Comisión del Servicio Civil, reformado a su vez por los **Decretos 1937 de 2007 y 4968 de 2007**, mediante los cuales se amplió la prórroga y le asignó a la Comisión*

Nacional del Servicio Civil resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, fijándole un procedimiento para ello.”

## MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL ACTUAL SOBRE EMPLEOS EN PROVISIONALIDAD.

El artículo 27 de la Ley 909 de 2004, define la carrera administrativa así:

*“La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”*

La misma Ley 909 de 2004, en su artículo 5°, determinó que los cargos de libre nombramiento y remoción son aquellos en los cuales se tiene funciones de dirección, conducción, y orientación institucional en la adopción de políticas y directrices, que impliquen confianza al corresponderles funciones de asesoría institucional, o cargos que envuelvan la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado.

El artículo 41 de la misma normatividad dispone:

**“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;
- c) **INEXEQUIBLE.** Reglamentado por el Decreto Nacional 3543 de 2004 Por razones de buen servicio, para los empleados de carrera administrativa, mediante resolución motivada; Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; **Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.**
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; **Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1189 de 2005, en el entendido que para aplicar esta causal, es requisito indispensable que se dé cumplimiento al procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo para la expedición de cualquier acto administrativo de carácter particular y concreto, esto es, que se permita al afectado el ejercicio de su derecho de defensa, previa la expedición del acto administrativo que declare el retiro del servicio.**
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

**Parágrafo 1º. INEXEQUIBLE.** Se entenderá que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado, mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio; contra la cual procederán los recursos del Código Contencioso Administrativo.

El uso indebido o arbitrario por parte del nominador de esta facultad acarreará las sanciones contempladas en el Código Único Disciplinario.

*Sentencia de la Corte Constitucional C-501 de 2005*

**Parágrafo 2º. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.**

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.” (Subrayado y negrillas del Despacho)

Como se puede observar, la provisión de los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción son los dos extremos con relación a la estabilidad en el empleo en la función pública. La regla general es la estabilidad laboral reforzada para los cargos de carrera, pues el retiro, solo tendrá lugar por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, violación del régimen disciplinario o, por las causales que disponga la Constitución y la Ley, tal y como prescribe el artículo 125 de la Carta Política.

Por el contrario, los cargos de libre nombramiento y remoción, sí implican discrecionalidad del nominador, ya que éste, en atención a la naturaleza de sus funciones, los designa con base en consideraciones *intuitu personae*. Correlativamente, el retiro de dichos cargos es discrecional, en tanto depende de la confianza que el funcionario inspire en su nominador, aspecto que no se puede evaluar de manera objetiva y debe analizarse en el caso concreto, aunque en la actualidad se exige su motivación.

Entre estos dos extremos, es decir entre los cargos de carrera y los de libre nombramiento y remoción, se encuentran los nombramientos en provisionalidad en los cargos de carrera, los que según la jurisprudencia ostentan una estabilidad laboral relativa o intermedia, pues si bien estos no tienen las prerrogativas de los empleados de carrera y no gozan de la estabilidad laboral reforzada que se adquiere solamente superando un concurso de méritos, tampoco pueden asimilarse a los de libre nombramiento y remoción, pues su empleador no tiene tal discrecionalidad para disponer del cargo.

Respecto de los nombramientos en provisionalidad en los cargos de carrera, la Ley se ha referido en varias oportunidades de la siguiente manera:

El Decreto Ley 1222 de 1993<sup>4</sup> en su artículo primero dispone que:

*“Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la Carrera Administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos*

<sup>4</sup> “Artículo 1º Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la Carrera Administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador lo prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual. De esta situación informará a la Comisión del Servicio Civil correspondiente, dentro de los tres días hábiles siguientes, a efectos de que se ejerza la vigilancia a que hay lugar. // Cuando se efectúe un encargo o se produzca un nombramiento provisional en un cargo de carrera, por encontrarse vacante definitivamente o por ser un cargo nuevo, el jefe del organismo deberá convocar a concurso dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se efectúe el encargo o se produzca el nombramiento.”

*empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador lo prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual. De esta situación informará a la Comisión del Servicio Civil correspondiente, dentro de los tres días hábiles siguientes, a efectos de que se ejerza la vigilancia a que hay lugar. Cuando se efectúe un encargo o se produzca un nombramiento provisional en un cargo de carrera, por encontrarse vacante definitivamente o por ser un cargo nuevo, el jefe del organismo deberá convocar a concurso dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que se efectúe el encargo o se produzca el nombramiento.” (Subraya la Sala).*

Por su parte, la Ley 443 de 1998 en sus artículos 8° al 10°, contemplaba que:

*“Artículo 8°.- Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. 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.*

*Parágrafo. 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.*

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

*Artículo 10°.- Duración del encargo y de los nombramientos provisionales. 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.*

*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.” (Subraya la Sala).*

Finalmente, los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, establecen que:

“Artículo 24. 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. 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.” (Subraya la Sala).*

El Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, señala lo siguiente:

*“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.*

**NOTA: El texto subrayado fue declarado NULO mediante fallo del Consejo de Estado 9336 de 2012.**

*Parágrafo transitorio. Modificado por el Decreto Nacional 3820 de 2005, Modificado por el art. 1, Decreto Distrital 1937 de 2007, Modificado por el Decreto Distrital 4968 de 2007. 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. Ver Circular de la Comisión Nal. del Servicio Civil 03 de 2005, Ver Circular de la C.N.S.C. 08 de 2005”*

*“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.” (Subraya la Sala).*

Sobre el tema, las altas Cortes han venido definiendo el contorno del retiro de este tipo de servidores, sin embargo, se empieza por resaltar por su importancia, la Sentencia de Unificación de la Corte Constitucional SU- 917 de 2010 que dispuso:

*“En cuanto tiene que ver con el retiro de los servidores públicos, ante la vacancia en un empleo público las autoridades tienen la obligación de implementar los trámites para suplirlas a la mayor brevedad en los términos exigidos por la Carta Política. No obstante, como el procedimiento para la*

*provisión definitiva puede tomar un tiempo (prudencial), el Legislador ha autorizado, como medida transitoria y por supuesto excepcional, la vinculación mediante provisionalidad.*

*La provisionalidad es una forma de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Ha sido concebida como mecanismo excepcional y transitorio para atender las necesidades del servicio, cuyo objetivo es asegurar el cumplimiento de los principios de eficiencia y celeridad evitando la paralización de las funciones públicas mientras se surten los procedimientos ordinarios para suplir una vacancia (en particular el concurso de méritos para empleos de carrera), lo que sin embargo “no exime a las autoridades nominadoras de la obligación de verificar el cumplimiento de los requisitos del cargo”.*

*En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas.*

*- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.*

*- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.*

*- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que “las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional”, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que “sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores”.*

*En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es “reglada” y “deberá efectuarse mediante acto motivado”, mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia “discrecional” mediante “acto no motivado”. Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.*

*- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera.*

*Desde la Sentencia C-514 de 1994, reiterada en varias oportunidades, la jurisprudencia de esta Corporación ha advertido que los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción para la provisión de empleos, de modo que “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”.

*Pero como no existe una ley que considere los cargos de provisionalidad asimilables a los cargos de libre nombramiento y remoción, no tiene cabida una interpretación analógica en esta dirección. Por lo tanto, el nominador tampoco puede desvincular a quien ejerce un cargo en provisionalidad con la misma discrecionalidad (relativa) con la que puede hacerlo para aquéllos cargos, esto es, sin el deber de motivar sus actos.*

*La regla sobre el deber de motivación de los actos de desvinculación fue sentada desde las primeras decisiones y se ha mantenido inalterada en los más recientes fallos sobre el particular, aún cuando se han presentado algunos matices en cuanto a las medidas puntuales de protección constitucional.*

*En este sentido la Corte considera, de un lado, que quien ejerce un cargo en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que le sean aplicables los derechos que de ella emanan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios (realizar con éxito el concurso de méritos, superar el periodo de prueba, etc.). De otro lado, estima que tampoco pueden asimilarse a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor. Esta postura ha sido abordada en algunas de las sentencias recientes. Por ejemplo, en la sentencia T-007 de 2008 dijo al respecto:*

*“La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso (T-1011/03). Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe “un cierto grado de protección” (T-1316/05), que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P)”.*

*De igual forma, en la Sentencia T-251 de 2009 esta Corporación sostuvo:*

*“La obligación de motivar el acto correspondiente, tal como lo señala el Consejo de Estado, no convierte al empleado en provisionalidad en uno de carrera y como tal tampoco le confiere un fuero de estabilidad porque efectivamente no lo tiene. Simplemente, obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el provisional no debe seguir ejerciendo el cargo, dado que si fue nombrado para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, su desvinculación debe responder precisamente a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de ésta. Es decir, la administración tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción y como tal tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando éste no se avenga a los requerimientos de ella, al tiempo que el provisional tiene el derecho a saber las razones por las cuales es desvinculado”.*

*En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.”*

Lo anterior, ha llevado al Consejo de Estado a reconocer el deber de motivar el acto de retiro de los funcionarios en cargos de carrera ocupados en provisionalidad, solo teniendo en cuenta las causales para ello determinadas en la Constitución Política y la ley, en los siguientes términos:

**“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se**

**justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO**, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998”.<sup>5</sup>

Así pues, sobre el retiro de empleados provisionales el Consejo de Estado ha dicho<sup>6</sup>:

*“Ha sido persistente la línea jurisprudencial de esta Sala, señalando que, respecto de los empleados que ocupan en provisionalidad cargos de carrera, no es posible predicar fuero de estabilidad alguno similar al que les asiste a los empleados escalafonados, de tal manera que el nominador puede disponer su retiro mediante acto administrativo que no requiere ser motivado, el cual se presume expedido por razones del servicio público. La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la ley 443 de 1998, pues otra cosa sucede con la aparición de la Ley 909 de 2004, en lo que a la provisionalidad se refiere, como quiera que estos nombramientos sólo podrán ser declarados insubsistentes antes de cumplirse el término de duración, mediante acto administrativo motivado (Artículo 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año). Así entonces, aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, lo cual no ocurre en el caso de autos, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad”.*

Así pues, han sido múltiples los pronunciamientos emitidos por las Altas Cortes, acerca del deber de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se declara insubsistente o se retira del servicio a una persona que esté ejerciendo un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, y que como consecuencia de no obedecer esta disposición, se ha resuelto declarar la nulidad de los mismos, reintegrando al empleado y ordenando pagar los salarios y demás prestaciones dejadas de cancelar, como ejemplo de algunos de dichos fallos encontramos los siguientes: T-656 de 2011, SU 691 de 2011, T-917 de 2010, T-961 de 2011 y SU- 556 de 2014, entre otros.

Ahora bien, esclarecido el tema del deber de motivar los actos administrativos que declaran insubsistente o retiran del servicio a un empleado que ejerza un cargo de carrera administrativa, en provisionalidad, esto es, en aras de establecer si se configura la causal de “falta de motivación”, que haga procedente

<sup>5</sup> Sentencia del 23 de septiembre de 2010 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Magistrado Ponente Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>6</sup> Consejo de Estado Sala, de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, doce (12) de octubre de dos mil once (2011) Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01435-01(0451-11).



declarar la nulidad del acto, para lo cual se cita el pronunciamiento emitido por el H. Consejo de Estado<sup>7</sup>, que sobre este tema expuso:

*“Se reconoce esta causal cuando la motivación de los actos administrativos es ilegal, 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.*

*De manera pues que el acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe basarse siempre en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de emitirse, so pena de configurar el vicio de falsa motivación que afecta su validez y que confluye en la nulidad del mismo.*

*Entratándose de examinar ésta causal de nulidad, se acudirá siempre a la motivación expresada en el acto cuando se expide en ejercicio de una facultad reglada. La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración; constituye además un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto<sup>8</sup>, por lo que cualquier anomalía que se aduzca en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición.”*

Se colige de todo lo anterior, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, es obligación de la administración motivar todos los actos administrativos mediante los cuales pretenda desvincular del servicio a un empleado que se encuentre ejerciendo un cargo de carrera administrativa en calidad de provisional, dicha motivación debe basarse en hechos ciertos, verdaderos y existentes al momento de ser emitido el citado acto, pues deben corresponder a circunstancias que justifiquen la declaratoria de insubsistencia del empleado, dando prevalencia a la legalidad, es decir desarrollado dentro de los parámetros que para tales fines haya fijado el legislador.

## CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto se tiene que la señora Paola Stella Bazan García fue nombrada en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario Código 219, Grado 01, de la Secretaría de Educación Departamental del Valle del Cauca mediante Decreto No. 855 del 26 de julio de 2010<sup>9</sup>, cargo del cual tomó posesión mediante Acta No. 1808 el 17 de agosto de 2010<sup>10</sup>.

Posteriormente, mediante Decreto No. 0251 del 09 de abril de 2013 *“por medio del cual se da por terminado un nombramiento provisional en la planta de cargos de la administración central –Secretaría de Educación Departamental- financiada con recursos del sistema general de participaciones para educación.”* La entidad nominadora resolvió<sup>11</sup>:

<sup>7</sup> - Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección A, mediante providencia del 26 de junio de 2008, dentro del proceso radicado bajo el No. 68001-23-15-000-2001-01916-01(0606-07), con ponencia del Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

<sup>8</sup> DROMI Roberto. Derecho Administrativo. Edi. Ciudad Argentina. 2004.

<sup>9</sup> Ver folios 7-10 y 128-131 del expediente.

<sup>10</sup> Ver folio 11 del expediente.

<sup>11</sup> Ver folios 15-20 y 136-141 del expediente.

“Que al análisis y estudio del procedimiento agotado para el nombramiento provisional de la señora PAOLA STELLA BAZAN GARCÍA, se encuentra que se transgredieron las disposiciones en cita, toda vez que antes de proceder a su nombramiento provisional, debía agotarse preferentemente la figura del encargo (artículo 24 de la ley 909 de 2004 y literal C y E de la Circular 5 de la CNSC), que debía recaer en un funcionario de carrera administrativa que se encontrara desempeñando el empleo inmediatamente anterior. Se infringió igualmente, lo dispuesto en el capítulo II, artículo 5 y siguientes del Decreto ley 785 del 17 de marzo de 2005.

Evidencia de lo anterior, se encuentra en los siguientes documentos:  
(...)

3. Igualmente existe evidencia, de la transgresión de las normas citadas, en el acta de reunión sostenida el día 20 de junio de 2011, con los Secretarios de Despacho de Jurídica, y de Desarrollo Institucional, entre otros funcionarios de la administración Central, por parte de la doctora Gloria Castrillón Castro, Secretaría de Educación del Departamento, cuando señaló que se encuentran varios derechos de petición de funcionarios inscritos en carrera administrativa pretendiendo el derecho preferencial para ser encargados en los empleos creados en el Decreto 1898 de 2009, en la Secretaría de Educación, adjuntándose a esta a manera de ejemplo la solicitud de encargo, de fecha 05 de septiembre de 2011, firmada por la funcionaria Nancy Rioja.  
(...)

Con este nombramiento provisional se afecta la prestación eficiente del servicio público y el cumplimiento de la función administrativa, fines que persiguen y protegen las normas que exigen el ingreso a los cargos de carrera, en primer término por méritos, en el cual se exigen requisitos, aptitudes y habilidades para su desempeño, o en su defecto por encargo, en funcionarios de carrera que ocupen cargos de nivel inferior, que posean requisitos, experiencia y habilidades para su desempeño, agotado este orden, por nombramiento provisional.  
(...)

#### DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO. Dar por terminado el nombramiento provisional a la señora PAOLA STELLA BAZAN GARCÍA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 25.436.236, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.  
(...).”

Sin embargo considera la demandante que el Departamento del Valle del Cauca profirió un acto viciado de nulidad al no tener en cuenta dos situaciones; la primera que se encontraba amparada bajo el fuero circunstancial como consecuencia de la negociación de un pliego de peticiones que había radicado el Sindicato Unitario de la Gobernación del Valle el 19 de febrero de 2013<sup>12</sup>, que aplicaba tanto a empleados sindicalizados como no sindicalizados, y cuyas discusiones habían iniciado el mismo día que se emitió el acto, 09 de abril de 2013; y la segunda que incurrió en falsa motivación ya que desconoció la presunción de legalidad que cobijaba al acto de nombramiento, y en sus argumentos solo tuvo como finalidad corregir los errores o defectos de que adolecía la Resolución No 0855 de 26 de julio de 2010, lo que a su juicio no corresponde a una adecuada motivación para dar por terminado un nombramiento de un empleado en provisionalidad, además de que manifestó recibir comunicación pero no una notificación personal del acto ni la posibilidad de interponer recursos contra el mismo.

Ahora bien, respecto al primer asunto que es el fuero circunstancial que afirma la demandante que la

---

<sup>12</sup> Ver folios 32-38 del expediente.

amparaba, ya que el sindicato de los empleados del Departamento del Valle del Cauca se encontraba en mesa de negociación en el momento en que se profirió el acto de desvinculación, la Sala considera que de acuerdo con la posición reiterada del Consejo de Estado, el artículo 416 del Código Sustantivo del Trabajo, cuya constitucionalidad ya fue confirmada por la Corte Constitucional, es claro respecto a la prohibición de que los sindicatos de los empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas dada su vinculación de tipo legal y reglamentaria que restringe la posibilidad de afectar la facultad de las autoridades estatales para fijar unilateralmente las condiciones del empleo, lo que consecuentemente impide que sean beneficiarios del fuero circunstancial, argumentos que resultan suficientes para determinar que la demandante no se encontraba favorecida por el fuero circunstancial, aunado al hecho de que no manifestó ni acreditó que perteneciera a la Junta Directiva del Sindicato, motivo por el cual el acto administrativo mediante el cual la entidad demandada la retiró del servicio no se encuentra viciado por este cargo.

Frente a la falsa motivación, que a juicio de la demandante adolece el acto acusado, tenemos que el Departamento del Valle del Cauca, motivó el acto administrativo señalando una serie de irregularidades que había cometido la entidad al momento del nombramiento provisional, vulnerando las normas que regulan la carrera administrativa y que señalan de forma precisa como deben ser proveídas las vacantes que surgen en cargos de carrera.

La Gobernación consideró que el cargo que ostentaba la demandante en calidad de provisional, debió primeramente proveerse por encargo con alguien inscrito en carrera administrativa, que se encontrara en el puesto inmediatamente inferior y que cumpliera con los requisitos para desempeñarlo, como lo indican los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004, consolidando su argumento al indicar que existían evidencias documentales de la ilegalidad, con derechos de petición que habían sido presentados por funcionarios inscritos en carrera administrativa solicitando el derecho preferencial de ser encargos en los empleos creados por el Decreto 1898 de 2009<sup>13</sup>, entre los que se encontraba el de la demandante, aunado al hecho de que señaló certificación del 27 de febrero de 2017 emitida por la Subsecretaría de Recursos Humanos en la que constaba que “... no hubo solicitud alguna dirigida a la Comisión Nacional del Servicio Civil solicitando autorización para la realización de este nombramiento y otros nombramientos provisionales.”, motivos que para la entidad demostraban una afectación a la prestación eficiente del servicio público y el cumplimiento de la función administrativa cuyo fin es proteger las normas que exigen el acatamiento de los requisitos para el ingreso a los cargos de carrera, argumentos que a la luz del marco normativo y jurisprudencial expuesto anteriormente resultan ciertos, verdaderos y existentes para el momento en que fue proferido el acto, pues dado que el nombramiento se había realizado en el gobierno anterior al del señor Ubeimar Delgado Blandón, este no tenía por qué cargar la responsabilidad de sobrellevar un nombramiento que contrariaba el marco legal en que debía fundarse, aunado al hecho de

---

<sup>13</sup> Ver folio 18 del expediente.

que la demandante no logró probar la falsedad de los argumentos que motivan el acto acusado, ni los *“fines mezquinos de público conocimiento”* que según expresó en el escrito de la demanda e impugnación vulneraban sus derechos, y de conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, *“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 decir, que la entidad nominadora en este caso el Departamento del Valle del Cauca, cumplió con los requisitos establecidos para la desvinculación de la demandante al motivar con fundamento en la Ley 909 de 2004 y sus Decretos Reglamentarios la necesidad de dar por terminado el nombramiento, motivación que constituye razonable.

Finalmente, respecto a la manifestación de no haber recibido notificación personal del acto, se tiene que la señora Bazan García afirmó que le había sido comunicado y al presentar petición posterior solicitando reintegro<sup>14</sup> ya se estaba dando por hecho ante la entidad el pleno conocimiento del mismo, dislate que inclusive al verificarse no es causal de nulidad conforme a reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, razón por la que a juicio de esta Sala de decisión no logró ser desvirtuada la presunción de legalidad que reviste el Decreto 0251 del 09 de abril de 2013, mediante el cual se retiró del servicio a la demandante.

Conforme a lo anterior, se confirmará la decisión proferida en primera instancia por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Cali (V).

### **CONDENA EN COSTAS**

Consecuencialmente y siguiendo lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará a la parte recurrente al pago de costas de esta instancia, las cuales serán liquidadas de manera concentrada en el Juzgado que conoció del proceso en primera instancia de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

Por ello, en aplicación del numeral 4° del artículo 366 del C.G.P. en concordancia con el Acuerdo 1887 de 2003 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, y atendiendo los criterios fijados en el artículo 6° numeral 3.1.3 del mencionado Acuerdo, se fijan agencias en derecho en la suma equivalente a 0,8 SMMLV.

**En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca-Sala Segunda de Decisión,  
Administando Justicia en nombre de la República  
de Colombia y por autoridad de la Ley,**

---

<sup>14</sup> Ver folios 21-22 del expediente.

**FALLA**

**PRIMERO.- Confirmar** la Sentencia No. 160 del 14 de julio de 2015 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Cali (V.), que denegó las súplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

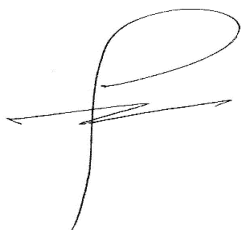
**SEGUNDO.- Condenar** a la parte recurrente al pago de las costas de esta instancia, las que deberán ser liquidadas de forma concentrada por el Juzgado que conoció el proceso en primera instancia de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

**TERCERO.- Fijar** como agencias en derecho la suma equivalente a 0,8 SMMLV, de conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 366 del C.G.P. en concordancia con el numeral 3.1.3 del artículo 6° del Acuerdo 1887 de 2003.

**CUARTO.- Devolver** el expediente al Juzgado de origen, una vez ejecutoriada la presente providencia.

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión, según consta en Acta de la fecha.

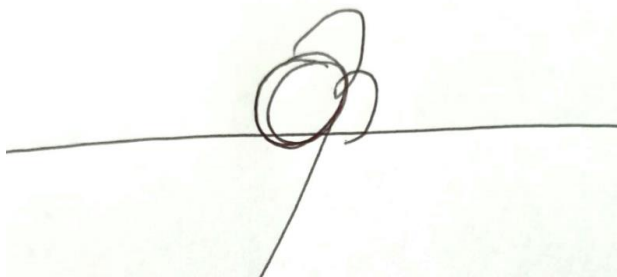
**Notifíquese y Cúmplase,**



**JHON ERICK CHAVES BRAVO**  
Magistrado



**FERNANDO AUGUSTO GARCÍA MUÑOZ**  
Magistrado

A handwritten signature in dark ink, featuring a horizontal line with a complex, looped flourish above it.

**RONALD OTTO CEDEÑO BLUME**  
Magistrado