

2159

OAJ

Bogotá, D.C. 26 AGO. 2009

Doctor
JAIRO TOVAR GARCES
Calle 25 No. 68 A 74 No. T 4 Apto 216
Bogotá, D. C.

ASUNTO: 2246-09/Derecho de petición- Motivación de acto administrativo de insubsistencia de empleados provisionales.

Apreciado doctor Tovar:

Damos atenta respuesta a la solicitud de la referencia, radicada en este Departamento bajo el No. 2246 del 13 de agosto de 2009, en los siguientes términos:

El parágrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, dispone: "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. (...)". (Subrayas fuera del texto).

El artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, consagra: "Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador por resolución motivada, podrá darlos por terminado". (Subrayas fuera del texto).

La Corte Constitucional, en sentencia C-733 del 2005, manifestó: "(...). Ahora bien, en lo que concierne a la provisionalidad, entendida esta como una forma de vinculación laboral con el Estado de carácter precario, mediante la cual, sin mediar un concurso de méritos, se surte un cargo de carrera administrativa pero sin encontrarse inscrito en ella ni gozar de los derechos que la misma otorga, la Corte se ha pronunciado en el sentido de que (i) el legislador no puede establecer que quienes se encuentren nombrado en provisionalidad ingresen inmediatamente en carrera[10]; (ii) para efectos de autorizar a las entidades públicas, la prórroga de los nombramientos en provisionalidad, la valoración de las circunstancias que dieron lugar a la prórroga, deben ser debidamente motivadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil[11]; (iii)



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

la provisionalidad es una situación jurídica especial que hace parte de cualquier carrera administrativa pues en muchas ocasiones la urgencia en la prestación del servicio impone la realización de nombramientos de carácter transitorio hasta tanto se surten los procedimientos necesarios para realizar los nombramientos en período de prueba o en propiedad (...).

La Corte Constitucional, en Sentencia T-104 del 20 de febrero de 2009, manifestó: "(...). **2. LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS FUNCIONARIOS QUE OCUPAN EN PROVISIONALIDAD CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA. REITERACIÓN. DE JURISPRUDENCIA**

En reiterada y consolidada jurisprudencia de esta Corporación, tanto en decisiones de constitucionalidad como en decisiones de revisión de tutela, se ha sostenido que la estabilidad de los funcionarios que ocupan cargos de carrera no se menoscaba o disminuye por la circunstancia de que se encuentren desempeñando dichos cargos en provisionalidad

La regla general de origen constitucional, - art. 125 CN- es que los cargos en las entidades y organismos del Estado sean de carrera, es decir, que su designación y provisión se encuentre determinada por méritos a través de la realización de un concurso público. La propia legislación prevé dos formas de acceso o nombramiento en los cargos, de carrera: el nombramiento en propiedad, derivado de la selección a través de un concurso de méritos, o el nombramiento en provisionalidad, el cual se hace condicionado a que se efectúe la selección por concurso de méritos y en consecuencia el respectivo nombramiento en propiedad, o con el fin de reemplazar vacancias temporales o definitivas de los servidores públicos que se encuentran nombrados en propiedad para tales cargos.

De conformidad con la Ley 909 de 2004, mediante la cual se desarrollan los postulados contenidos en la disposición constitucional sobre carrera administrativa, ésta *"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 ese 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."*

Por tanto, las excepciones al principio general de carrera administrativa deben ser establecidas expresa y taxativamente por la Constitución y la Ley. Así, el mismo artículo 125 dispone un conjunto de empleos que, por su naturaleza, no deben ser proveídos por medio del sistema de carrera administrativa, como los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley, tienen, cada uno, un sistema diferente de acceso, permanencia y retiro.

De este modo, una de las excepciones permitidas por la Carta Política a la regla general de carrera administrativa es la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción, que por definición legal y la naturaleza propia de sus funciones demandan una confianza plena y por tanto se encuentran sometidos a las exigencias discrecionales del nominador.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que mientras los cargos de carrera gozan de una estabilidad laboral mayor en cuanto los funcionarios que ocupan dichos cargos no pueden ser desvinculados del servicio sino sólo con fundamento en razones objetivas de la administración, tales como las causales previstas en la ley, el desempeño insatisfactorio de las funciones públicas o como consecuencia de sanciones de carácter penal o disciplinario, los cargos de libre nombramiento y remoción se caracterizan por una estabilidad laboral precaria en cuanto dependen de la discrecionalidad del nominador, quien puede desvincularlos o declararlos insubsistentes sin necesidad de fundamentar con razones y motivos su decisión mediante el acto administrativo correspondiente. (...).

Ahora bien, en relación con los cargos en provisionalidad, la jurisprudencia de esta Corte ha sido reiterativa al afirmar que la estabilidad laboral propia de los cargos de carrera son plenamente aplicables a los cargos en provisionalidad a diferencia de lo que sucede con la estabilidad laboral precaria de los cargos de libre nombramiento y remoción.

En este sentido esta Corte ha afirmado:

'Ahora bien, la ley ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse de manera provisional, en casos de vacancias definitivas o temporales, "mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal".'

"Respecto a esta particularidad la Corte ha considerado que, pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción. En tal sentido esta Corporación ha reiterado que "el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello " Así pues, ha precisado que procede la desvinculación como consecuencia de una falta disciplinaria o porque se, convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.(...).

En otra oportunidad señaló esta Corporación:

"La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera en cargo de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse. "

Por estas razones es que la Corte ha diferenciado claramente entre la estabilidad precaria de los cargos de libre nombramiento y remoción y la estabilidad de los cargos de carrera administrativa en provisionalidad a los cuales se les aplica los mismos criterios de estabilidad que a los cargos de carrera administrativa, por lo cual éstos no pueden equipararse. Reitera por tanto esta Sala que una consideración contraria respecto de la estabilidad de los cargos de carrera en provisionalidad significaría la desnaturalización de la figura de la provisionalidad, lo cual conlleva una grave e injustificada afectación de los derechos y garantías laborales de los servidores públicos.

En consecuencia, esta Corporación ha insistido que la garantía de estabilidad laboral de la provisionalidad en los cargos de carrera administrativa, exige la existencia de una motivación que respalde la desvinculación del funcionario público. Por tanto, la separación del cargo en provisionalidad debe tener como fundamento o justa causa el insatisfactorio cumplimiento de las funciones designadas, la comisión de una falta penal o disciplinaria, o la elección de un funcionario por medio de la realización de un concurso de méritos, todo lo cual debe determinarse atendiendo al respecto y protección del principio del debido y el derecho de defensa. (...).

3. LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIÓNALIDAD Y LA NECESIDAD DE MOTIVAR LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DECLARAN LA INSUBSISTENCIA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

En reiterada y consolidada jurisprudencia esta Corporación se ha establecido que en aquellos casos de provisionalidad en cargos de carrera administrativa es necesario que el acto administrativo mediante el cual se decide la desvinculación del funcionario público o se declara la insubsistencia del cargo o el nombramiento del funcionario, dicho acto sea motivado con el fin de que se respete el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario. Por lo tanto, la Sala en esta oportunidad reiterará los criterios y elementos esenciales de la jurisprudencia establecida por la Corte sobre la materia.

En este sentido, ha sostenido esta Corte que si bien la administración pública puede realizar nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, de

conformidad con la Constitución y la ley, entre otros fines para lograr una eficiente prestación del servicio y de evitar parálisis en la administración pública, una vez hecho esto, no puede proceder a la desvinculación del funcionario público sin que el acto administrativo que declara su desvinculación o insubsistencia se encuentre debidamente motivado.

Lo anterior, con el fin de evitar arbitrariedad por parte de la administración, la cual no puede confundirse con discrecionalidad, por lo cual es imprescindible que los actos de la administración relativos a desvinculación o insubsistencia de funcionarios públicos estén motivados. En este sentido la Corte ha sostenido:

"Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en un indefensión constitucional. El art. 29 C. P. incluye entre sus garantías la protección del derecho a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio, de acuerdo con el clásico principio audiatur et altera pars, ya que de no ser así, se produciría la indefensión. La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis. (...).

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229)" (...).

De manera especial ha insistido esta Corporación en que el deber de la administración pública de motivar sus decisiones, mediante las cuales se declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera, se extiende a aquellos casos en que la persona desvinculada estuviere ocupando el cargo de manera provisional y que si se omite tal deber se viola el derecho al debido proceso del trabajador y el derecho de defensa.

En relación con esto último, la Corte ha establecido que la falta de motivación del acto administrativo mediante el cual se decide la desvinculación o insubsistencia de un funcionario público en provisionalidad, coloca en estado de indefensión a éste, impidiéndole conocer las razones por las cuales fue desvinculado o declarado insubsistente, y de contera, impidiéndole implementar su derecho de defensa, razón por la cual con tal actuación la administración vulnera flagrantemente el debido proceso y el derecho de defensa del servidor público. (...).

Finalmente y en relación con las características de la motivación de los actos administrativos de desvinculación de servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte ha establecido que para que un acto administrativo de

desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión. Ha considerado este Tribunal que para que se considere motivado un acto administrativo de desvinculación o insubsistencia no es suficiente la cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular y concreto del servidor público afectado, o que se utilicen expresiones formales tales como "por los motivos expresados" para proceder a desvincular al funcionario. (...).

La misma Corporación Constitucional en Sentencia T-251 del 2 de abril de 2009, expresó: "(...). **2.3. La motivación del acto por medio del cual se desvincula a una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad es obligatoria.**

2.3.1. Para resolver el problema jurídico que plantean los fallos objeto de revisión, es necesario señalar que la Corte Constitucional ha mantenido invariable su jurisprudencia desde el año 1998, según la cual el acto administrativo por medio del cual se desvincula a una persona que viene ocupando provisionalmente un cargo de carrera debe ser motivado.

En efecto, desde la sentencia SU-250 de 1998, la Corte señaló que la administración está en la obligación de motivar el acto por medio del cual se decide desvincular a quien ocupa en provisionalidad un cargo de carrera. La motivación, señaló en esa oportunidad la Corte, es necesaria para hacer compatibles los principios de la función administrativa con la definición del Estado colombiano como Social de Derecho, entendiendo que la discrecionalidad de la administración en estos casos está sujeta a plasmar las razones de la desvinculación en el acto correspondiente. De esa forma, tanto el administrado como el juez llamado a hacer el control jurídico de éste, podrán evaluar los motivos que le dieron origen y de esa forma materializar el *sometimiento al derecho* por parte del nominador que decide desvincular a un provisional.

La motivación, en ese orden, la ha entendido la Corte como una garantía de derechos fundamentales como el del debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia.

2.3.2. Esta postura invariable de la Corte Constitucional la ha llevado a revocar un sinnúmero de fallos adoptados por diversos jueces de tutela que, en ejercicio de su función constitucional, han señalado que la administración no está obligada a motivar el acto mediante el cual se desvincula a un provisional que está en ejercicio de un cargo de carrera. Para estos jueces, su juicio encuentra respaldo en la jurisprudencia del Consejo de Estado que, como ente supremo de la jurisdicción administrativa y llamado a examinar por vía ordinaria el acto de desvinculación de estos provisionales, ha sostenido en forma permanente e invariable que estos actos no deben ser motivados. (...).



ALCALDÍA MAYOR
DE BOGOTÁ D.C.

Departamento Administrativo
Servicio Civil

(...). 2.3.6. La divergencia de posiciones entre el máximo órgano de la jurisdicción constitucional y la administrativa debe ser resuelta, por cuanto está generando una diferencia de trato, según los administradores de justicia acojan una u otra interpretación, diferencia que afecta entre otros derechos fundamentales, el de igualdad, por cuanto los ciudadanos no pueden, según el juez que conozca su caso, recibir un trato diverso. Así mismo, esa diferencia sobre la motivación del acto, desconoce no sólo el principio de confianza legítima sino el artículo 25.1 y 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que obliga a brindar una protección judicial rápida a las personas que están en la jurisdicción de un Estado.

La diferencia de interpretación entre los distintos tribunales, genera incertidumbre sobre la materialización y protección de los derechos de los asociados, en este caso de derechos fundamentales, por tanto debe resolverse, so pena de que el Estado resulte incumpliendo las obligaciones que ha contraído a nivel internacional y como tal resulte responsable por la violación del derecho a la protección judicial de que trata el artículo 25 de la mencionada Convención.

2.3.7. En este orden, para esta Sala de Revisión es necesario hacer prevalecer la doctrina constitucional que desde hace más de 11 años viene defendiendo la jurisdicción constitucional, según la cual la discrecionalidad de la administración no es arbitrariedad, razón por la que la motivación de los actos administrativos de desvinculación de personas vinculadas a cargos de carrera en provisionalidad es obligatoria en defensa derechos fundamentales como el debido proceso y el acceso efectivo a la administración de justicia, así como para hacer prevalecer los principios que rigen la función administrativa tales como el de la igualdad, la transparencia y la publicidad, entre otros.

Para la Corte es claro que la obligación de motivación no surge del inciso 2 del artículo 125 de la Constitución, como lo entiende el Consejo de Estado en la providencia que se resumió en el numeral anterior, dado que tal norma fue concebida por el Constituyente para los funcionarios de carrera. No. La motivación de esa clase de actos surge de una interpretación sistemática de la Constitución que parte de la definición misma del Estado como un Estado Social de Derecho, y que impone a la administración la necesidad de erradicar la arbitrariedad en sus decisiones, en ese orden, ha entendido la Corte que la discrecionalidad no se limita por razón de la motivación, por cuanto el nominador puede desvincular a un provisional, pero explicando las razones de su decisión.

2.3.8. En otros términos, la Corte ha sido clara en señalar que todo acto administrativo debe ser motivado así sea sumariamente, a excepción de aquellos que expresamente y por disposición legal están exceptuados de esta regla, actos entre los cuales no se encuentra la desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera (sentencia C-371 de 1999, SU-250 de 1998 y T-308 de 2008, entre otras).

El deber de motivación surge, entonces, de la sujeción de los órganos constituidos al derecho, motivación que no se suple con la posibilidad del ciudadano de acudir al contencioso para determinar la viabilidad de la desvinculación.

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.

La falta de motivación le resta al administrado la posibilidad de contradicción (sentencia T-308 de 2008). En consecuencia, no es leal para con el administrado que sólo conozca las razones de su desvinculación cuando demanda el acto ante la jurisdicción correspondiente. La motivación, en ese orden, permite erradicar, en principio, cualquier rasgo de arbitrariedad en la decisión, al tiempo que delimitará la controversia que se suscite entre la administración y el administrado.

En consecuencia, si bien le asiste la razón al Consejo de Estado cuando señala que el nombramiento en provisionalidad no convierte al funcionario en uno de carrera y que su nombramiento no tiene un sustento técnico; no la tiene cuando considera que la falta de motivación del acto de desvinculación no desconoce los principios y derechos que integran la Constitución, pues esa Corporación para llegar a tal conclusión deja de lado el análisis sistemático e integral que exige el texto constitucional. (...).

2.3.9. Por tanto, la tesis del Consejo de Estado no puede ser acogida y como tal, corresponde a los jueces, sin importar la jurisdicción que estén ejerciendo, acatar la doctrina de la Corte Constitucional en el sentido de que los actos administrativos de desvinculación de un provisional que ejerce un cargo de carrera debe ser motivado. (...). (Subrayas fuera del texto).

Con fundamento en lo anterior, entramos a resolver su consulta, previo resumen de la misma, en los siguientes términos:

PREGUNTA:

El acto administrativo de insubsistencia de un funcionario que se encuentra vinculado en provisionalidad, debe motivarse?

RESPUESTA:

Si bien es cierto el Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido de la no motivación del acto administrativo de insubsistencia de empleados provisionales, actualmente la Corte Constitucional zanja la discusión sobre el tema, al manifestar que para la procedencia de dicha desvinculación, el acto administrativo deberá ser motivado como lo corroboró en la Sentencia T-104 del 20 de febrero de 2009, **al expresar: “(...) 2.3. La motivación del acto por medio del cual se desvincula a una persona que ocupa un cargo de carrera en provisionalidad es obligatoria. (...)”**.

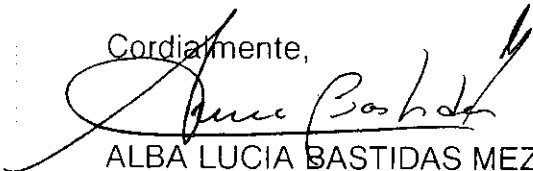
Cabe anotar, que la desvinculación en el caso de los empleados provisionales deberá tener como fundamento o justa causa el insatisfactorio cumplimiento de las funciones asignadas, la comisión de una falta penal o disciplinaria, o la elección de un funcionario por medio de la realización de un concurso de méritos.

Igualmente, la Corte Constitucional, ha establecido que en los casos de provisionalidad de funcionarios en cargos de carrera administrativa, el acto administrativo que declare la insubsistencia del cargo, al ser motivado, garantiza que se respete el debido proceso y el derecho de defensa del funcionario.

Finalmente, y acorde a lo expresado por la citada Corporación Constitucional, para que el acto administrativo de desvinculación de un funcionario provisional se considere motivado, se deben explicar de manera clara, detallada y precisa cuales son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios en el caso concreto del funcionario, puesto que no es razón suficiente la cita de información, doctrina o jurisprudencia que no tengan relación directa con el caso particular.

El presente concepto se emite en los términos del artículo 25 del Decreto 01 de 1984. (C. C. A.).

Cordialmente,


ALBA LUCIA BASTIDAS MEZA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: MIGUEL ANTONIO CHIA RODRIGUEZ