

Hacia Las Garantías de los Derechos Laborales de los Empleados en Provisionalidad:  
Diferencia de criterios de las Altas Cortes

Maira Alejandra Gutiérrez Puertas

Jennifer Yissel Sánchez Garnica

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá D.C

Junio 2018

DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Hacia Las Garantías de los Derechos Laborales de los Empleados en Provisionalidad:  
Diferencia de criterios de las Altas Cortes

Maira Alejandra Gutiérrez Puertas

Jennifer Yissel Sánchez Garnica

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho

Bogotá D.C

Junio 2018

**Índice General****Resumen – abstract****Introducción****Capítulo I. Estudio Histórico – Jurídico del Derecho Administrativo Laboral**

Fundamentos del Derecho del Trabajo.

Constitucionalización del Derecho Laboral en Colombia y el Derecho Administrativo Laboral.

De la Función Pública

**Capítulo II. Carrera Administrativa**

Contextualización

Régimen General de Carrera

Provisionalidad

**Capítulo III. Criterios de Desvinculación: Sanción por Proceso Disciplinario, No Haberse Presentado a Concurso, o Habiéndose Presentado No Haber Aprobado el Concurso de Méritos. Artículo 125 Constitución Política.**

Criterio Diferenciador entre las Altas Corporaciones

**Conclusiones****Anexos**

Cuadro de formas de vinculación con la administración pública

Análisis sentencias Consejo de Estado

Análisis sentencias Corte Constitucional

**Referencias Bibliográficas**

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

### Resumen

En Colombia los empleados públicos vinculados en provisionalidad al ser retirados del cargo asignado acuden a los operadores judiciales para definir su situación laboral, la realidad a la que se enfrentan es la incertidumbre de no tener una solución concreta en punto de su estabilidad laboral, debido a la disyuntiva que se presenta en los fallos emitidos por los órganos de cierre, Corte Constitucional y Consejo de Estado. Por un lado, la Corte Constitucional brinda protección a los trabajadores al imponer como obligación en cabeza de la entidad empleadora la motivación de los actos administrativos de terminación de la provisionalidad, pero de la posición del Consejo de Estado ha sido dar el mismo tratamiento a los empleados vinculados en provisionalidad como a los empleados que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción, para los cuales no es requisito motivar los actos de terminación toda vez que no gozan de ningún tipo de estabilidad laboral por la naturaleza de su vinculación y las funciones que desarrollan en ejercicio de su cargo. Dicotomía que se ha generado un aumento en el accionar del aparato judicial en razón al criterio diferencia utilizado por las altas corporaciones al tratar este asunto.

Con el fin de establecer certeza sobre la estabilidad de los empleados públicos vinculados en provisionalidad, el objetivo de este trabajo será determinar cuáles son los fundamentos que generan enfrentamiento entre las decisiones de la corte constitucional y el consejo de estado, con relación a la desvinculación de los empleados públicos provisionales, para ello estudiaremos la evolución histórica – jurídica de la noción de trabajo y del derecho administrativo laboral y de esta manera señalar la transformación de la carrera administrativa en Colombia y de qué manera la figura de provisionalidad es introducida al ordenamiento jurídico colombiano y por medio de la elaboración de un análisis jurisprudencia y normativo buscamos precisar en qué consisten las diferentes interpretaciones de los órganos de cierre, Corte Constitucional y Consejo de Estado, al resolver los conflictos en materia de provisionalidad.

**Palabras clave:** Actos administrativos, provisionalidad, carrera administrativa, empleo público, precedente.

### Abstract

In Colombia, public employees temporarily linked to being removed from the assigned position go to the judicial operators to define their employment situation, the reality they face is the uncertainty of not having a concrete solution in point of their job stability, due to the the dilemma presented in the rulings issued by the closing bodies, the Constitutional Court and the State Council.

On the one hand, the Constitutional Court provides protection to workers by imposing as an obligation at the head of the employing entity the motivation of the administrative acts of termination of provisionality, but the position of the Council of State has been to give the same treatment to workers. employees linked in provisionally as to employees who hold

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

positions of free appointment and removal, for which it is not a requirement to motivate the acts of termination since they do not enjoy any type of job stability due to the nature of their relationship and the functions they perform in the exercise of his position. Dichotomy that has generated an increase in the action of the judicial system because of the difference criterion used by the high corporations in dealing with this matter.

In order to establish certainty about the stability of public employees linked in provisionality, the objective of this work will be to determine what are the foundations that generate confrontation between the decisions of the constitutional court and the state council, in relation to the disengagement of provisional public employees, for this we will study the historical - legal evolution of the notion of work and administrative labor law and in this way point out the transformation of the administrative career in Colombia and how the figure of provisionality is introduced to the Colombian legal system and through the elaboration of a jurisprudential and normative analysis, we seek to clarify what the different interpretations of the closure organs, the Constitutional Court and the Council of State consist of, in resolving conflicts regarding provisional matters.

**Key words:** Administrative acts, provisionality, administrative career, public employment, precedent.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

### **Introducción**

La presente investigación se centra en determinar los distintos conceptos jurídicos que son utilizados por las Altas Cortes, en concreto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al momento de resolver el retiro o desvinculación de los empleados vinculados en provisionalidad. Discrepancia de criterios que surgió desde el mismo instante en que las entidades públicas aplicaron la contratación de personal a través de la figura de provisionalidad para suplir las vacantes temporales, tanto desde su origen como a la fecha el retiro o desvinculación de los empleados en calidad de provisionalidad no cuentan con una regulación especial, por lo que ante tal vacío normativo, en la práctica, las entidades nominadoras decidieron utilizar discrecionalmente el mismo procedimiento que el personal vinculado en libre nombramiento y remoción.

Situación que generó la presentación de un gran número de demandas ante la jurisdicción contencioso administrativa por parte de los empleados en provisionalidad que eran retirados de sus cargos de carrera sin motivación alguna. La jurisdicción de lo contencioso administrativa no ampara ningún derecho a los empleados provisionales, por considerar que la Ley no imponía la obligación o el deber a las autoridades administrativas de motivar tales actos y que por la naturaleza jurídica de la provisionalidad, la autoridad nominadora podía discrecionalmente desvincular a los empleados en provisionalidad cuando lo considerará necesario en razón del mejor servicio.

Empleados que optaron por agotar el proceso ante lo contencioso y una vez obtenían ese fallo acudían a la acción de tutela contra providencia judicial que era presentada ante la Corte Constitucional, para que fuera el máximo órgano constitucional

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

quien protegiera y sentara una postura jurisprudencial sobre la desvinculación de los empleados vinculados en provisionalidad.

Por su parte la Corte Constitucional resalto tres aspectos fundamentales para la resolución de este conflicto, y es precisamente que el ente nominador solo podía desvincular a un empleado en provisionalidad cuando: (i) el cargo vacante fuese suplido por concurso de méritos, (ii) estuviese sancionado por una investigación disciplinaria y (iii) porque el empleado en provisionalidad se presentará a concurso y no aprobará. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 constitucional.

La presente investigación resulta ser relevante a nivel académico, en razón a que la planta de empleados vinculados en provisionalidad se incrementa considerablemente en entidades del sector público a nivel nacional, departamental o municipal, de acuerdo con las necesidades que puedan presentarse de manera temporal o permanente, y al abordar esta problemática hasta la fecha no se encuentra una normatividad especial en nuestro ordenamiento jurídico que regule la figura de los empleados vinculados en provisionalidad.

La investigación se desarrolló mediante la metodología cualitativa, de carácter descriptivo con enfoque socio jurídico, teniendo en cuenta el análisis de jurisprudencias proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, así como textos legales y doctrina en materia de derecho administrativo y derecho constitucional.

La finalidad de la presente investigación es determinar cuáles son los criterios que generan enfrentamiento entre las decisiones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, frente al retiro de los empleados vinculados en provisionalidad. A su vez, se planteó la hipótesis aduciendo que la divergencia de posturas entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al resolver la desvinculación de los empleados provisionales sucede debido a que el fundamento de la jurisdicción constitucional en cabeza de la Corte

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Constitucional vela por la protección del ejercicio y goce de las garantías fundamentales de los ciudadanos, en este caso los empleados vinculados en provisionalidad. Por el contrario, el cimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, cuyo máximo órgano de cierre es el Consejo de Estado, está enfocada en proteger los intereses económicos de las entidades públicas.

Para desarrollar el tema de la investigación se realizaron tres capítulos. En el primero se estudió la evolución histórica – jurídica del derecho administrativo laboral. El segundo capítulo se basó en señalar la transformación de la carrera administrativa en Colombia y de qué manera la figura de provisionalidad es introducida al ordenamiento jurídico colombiano. Para finalizar con la elaboración de un estudio de sentencias por medio de fichas técnicas, se buscó precisar los criterios diferenciadores en las interpretaciones de los órganos de cierre, Corte Constitucional y Consejo de Estado, al resolver la desvinculación de los empleados vinculados provisionalidad.

### **Capítulo I**

#### **Estudio Historio – Jurídico del Derecho Administrativo Laboral**

El primer capítulo hace un recuento histórico sobre el origen del derecho laboral, y la manera en la que es introducido al ordenamiento jurídico interno. Se destaca el papel de la OIT, como máximo organismo internación que regula las relaciones entre empleadores y trabajadores, propendiendo por la creación de normas y principios que generen situaciones laborales dignar y justas. Finalmente, se aborda la función pública desde el nacimiento de la carrera administrativa y la clasificación de las categorías laborales de acuerdo a su forma de vinculación y la naturaleza de sus funciones.



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

### **Fundamentos Del Derecho Del Trabajo**

El derecho del trabajo es una rama autónoma cuyo objeto de estudio es la disciplina jurídica laboral, además es considerada la especialidad del derecho más reciente (Guerrero, 1995). Su nacimiento se originó a mediados del siglo XIX y se desarrolló plenamente con la terminación de la primera guerra mundial a inicios del siglo XX, precisamente los factores históricos y socioeconómicos aportaron notablemente a la formación del derecho del trabajo.

Un claro ejemplo se dio en los primeros años del siglo XIX, la edad contemporánea además de estar caracterizada por la inestabilidad jurídica – económica de los trabajadores, atravesó problemas sociales de gran significancia, como lo fue la incorporación de las mujeres y los menores de edad en la cadena productiva; situación que no fue regulada y desencadenó reacciones de rebelión e inconformismo debido a la notable desigualdad y la constante afectación y desconocimiento de los derechos de esta población. Razón por la cual, el Estado intervino y tomó medidas enfocadas a reglamentar la jornada de trabajo de los menores e imponer un límite de edad para su inicio en el campo productivo; así como la prohibición de realizar labores que implicaban mayor fuerza o que estuvieran calificadas como peligrosas para los menores de edad y las mujeres. (Rivas, 1975).

En ese orden de ideas, el derecho laboral según Guerrero (1995) nació como un derecho especial para proteger a los trabajadores en condiciones notorias de inferioridad, regular las relaciones entre los prestadores de un servicio y quienes se beneficiaran de esa labor, parte denominada *derecho individual del trabajo*, además de propender por solucionar los conflictos político-sociales entre los trabajadores que hicieran parte de un colectivo o un sindicato y los empleadores, campo conocido como *derecho colectivo del*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*trabajo*. Resulta entonces, evidente como el derecho laboral se fundamentó en la búsqueda una legislación propia y especializada que se encargara de reconocer y amparar los derechos de las personas que ostentaran la calidad de trabajador.

**La internacionalización del trabajo como fuente en el derecho laboral.** En el plano internacional existen órganos encargados de regular las situaciones nuevas en materia laboral, para que estas a su vez sean acogidas y aplicadas voluntariamente por los Estados en beneficio del desarrollo del derecho laboral en los ordenamientos internos de cada país. Por lo anterior, resulta preciso hacer mención de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), como la organización mundial a la cual pertenecen todas las naciones, de carácter tripartito. La O.I.T. se encuentra integrada por los trabajadores, los empleadores y los organismos gubernamentales, partes que se encuentran en el mismo nivel de participación y decisión.

En esta organización predomina la decisión aprobada por la mayoría, además de caracterizarse por tener objetivos y finalidades concretos, en la búsqueda de la paz y el desarrollo social. Al mismo tiempo la O.I.T es miembro de organizaciones internacionales de carácter especializado, como lo es las Naciones Unidas desde el año 1946.

La O.I.T. se encuentra formada por órganos de naturaleza permanente, los cuales son: (i) la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada anualmente en Ginebra, en el mes de junio; (ii) el Consejo de Administración, encargado de dirigir y ejecutar los programas trazados, así como de controlar las actividades de dicha organización; y por último (iii) la Oficina Internacional del Trabajo, zona de trabajo donde se elaboran y promueven las normas internacionales de trabajo. (Constitución, 1919).

Ahora bien, las decisiones de la O.I.T. se encuentran clasificadas en convenios y recomendaciones. Por su parte los convenios tienen el carácter de tratados internacionales,

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

lo que conlleva a que en el preciso instante en que son aprobados y ratificados por parte de los estados miembros, adquieren la condición y obligatoriedad de normas jurídicas. Las segundas pueden definirse como principios de carácter laboral que pueden ser usados por los gobiernos como guía en la elaboración de la legislación interna.

En el caso concreto, según la página oficial de la O.I.T., Colombia ha suscrito y ratificado 61 convenios, de los cuales 54 se encuentran en vigor y pueden ser clasificados de la siguiente manera: 8 sobre convenios fundamentales, 3 de convenios de gobernanza (prioritarios), y 50 de convenios técnicos; también se encuentran 5 que han sido denunciados y 2 instrumentos abrogados; ninguno ha sido ratificado en los últimos 12 meses. (país1, 996-2017.)

## **Constitucionalización Del Derecho Laboral En Colombia Y El Derecho**

### **Administrativo Laboral**

Para hablar del Derecho Laboral en Colombia es imperativo reconocer los factores que aportaron e incidieron de manera directa en su transformación. Vale la pena entonces, resaltar la situación socioeconómica y las principales instituciones relacionadas con el trabajo en la época contemporánea del siglo XX, asimismo es preciso estudiar la Doctrina, como otro gran pilar que motivó al Estado a promover el acatamiento e implementación de las posturas internacionales en el ordenamiento interno para controlar la situación laboral del país.

Para el derecho laboral el surgimiento de las sociedades democráticas son los precursores de las organizaciones sindicales en el país, que fueron básicamente la agrupación de gremios artesanales, cuyo fin era conciliar los intereses de los trabajadores

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

con el interés general, en la búsqueda por la industrialización y la creación de escuelas técnicas que generaran mejores condiciones para preparar el trabajador. (Sánchez, 1946)

En razón a los primeros pasos del capitalismo en Colombia, tal y como lo sostiene Sánchez (1946), la economía norteamericana e inglesa empieza a influir sobre el movimiento financiero del país, caracterizado por la exportación del café como producto ideal para el comercio exterior. El crecimiento económico produjo en Colombia un avance también en el crecimiento de la infraestructura de carreteras y vías, lo cual generó nuevo trabajo en las nacientes industrial de transportes, entre otras. Debido a estos cambios, algunos de los artesanos y campesinos se trasladan a ser parte de trabajadores en empresas y fábricas, es así como nace la nueva clase obrera.

Fue hasta el periodo contemporáneo cuando nace en Colombia la legislación laboral y por consiguiente el derecho del trabajo a través del acto legislativo No.1 de 1940, el cual dispuso precisamente la creación por medio de ley de la jurisdicción laboral. Y fue hasta la promulgación del decreto 2350 del 10 de julio de 1944, que se creó la primera regulación legal de la rama laboral, en donde se ordenó la creación de Tribunales y principios que regirían los procesos del trabajo. De esta manera el Congreso en el año 1945 expidió la ley 6ta, por medio de la cual se organizó Juzgados, Tribunal y Corte Suprema de Justicia en materia laboral. (Arredondo, 2013). De esta manera se crea la jurisdicción laboral en nuestro ordenamiento jurídico, la cual recopila todos los asuntos antes manejados por la jurisdicción civil, en cuanto a los contratos, para abordar todos los temas provenientes de relaciones de trabajo. Además, la creación de esta nueva legislación trajo consigo la distinción entre los trabajadores ser sector privado y los del sector público.

En cuanto a la Doctrina como fuente formal del derecho, es necesario resalta el papel de la ideológica del intervencionismo del Estado como protector de las partes,

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

propendiendo por una adecuada convivencia social, la cual tuvo acogida por el Estado colombiano, la iglesia y los partidos políticos, instituciones que para la época se encargaban de producir las normas de trabajo.

El principal exponente de la filosofía liberal cambista e individualista fue el general Rafael Uribe Uribe, quien fue categorizado como pionero del derecho del trabajo en Colombia. Con sus ideales socialistas en diferentes intervenciones dio a conocer su postura del derecho del trabajo y el derecho de seguridad social, de la siguiente manera; conferencia de 1904:

“No considero prematuro legislar sobre los accidentes del trabajo. Si por descuido del empresario se hunde el socavón de una mina y aplasta o asfixia a los obreros, ¿puede el Estado mirar el siniestro con indiferencia? (...) ¿No pensáis que en el fondo de esta hay una anomalía y que sería bueno comenzar a preocuparnos del modo de remediarla?” (Uribe, 1904).

Los diferentes aportes por parte de los partidos tradicionales en Colombia, liberales y conservadores, desde el manejo del poder permitió la materialización de una legislación especial de carácter laboral, generando al Estado colombiano estar en sintonía con el mundo en cuanto a la regulación del trabajo y el reconocimiento de derechos y deberes, hasta llegar a la normatividad actual sobre esa materia.

Ahora bien, en cuanto al proceso de constitucionalización de los derechos laborales, como quiera que la Constitución de 1886 estuvo marcada por el poder del partido político de turno, que para dicho momento se encontraba en cabeza del partido conservador, la cual tuvo la particularidad de delegar al poder Ejecutivo la potestad de legislar, por lo que la constitución ocupaba un lugar secundario en la jerarquía normativa, siendo de esta manera tomando como referente los conceptos desarrollados en los códigos

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

por encima de la Carta Magna. Fue hasta el año 1934 que los liberales se “alzaron” en contra de la hegemonía conservadora, logrando llegar al poder con el gobierno de Alfonso López Pumarejo, quien hasta pasado dos años de su mandato en 1936 y durante la ejecución de la Revolución en Marcha, logró abolir los anteriores estatutos constitucionales dando cabida a una política de contenido social, distinguida por el aumento del sindicalismo.

Sin embargo, las falencias estructurales tanto en su contenido como en su interpretación y, sumado a esto el movimiento estudiantil (1989) y el acontecimiento político-social de la “séptima papeleta” (1990), nace la Carta Política de 1991, la cual sentó diferencias notorias desde el preámbulo, convirtiendo a Colombia en un “Estado Social de Derecho”, con prevalencia en la protección de los niños, las mujeres y el trabajo, entre otros cambios de gran importancia.

En lo concerniente al derecho constitucional al trabajo, la Carta Magna de 1991 trae consigo la noción de trabajo como un derecho y una obligación social consagrada en el artículo 25, destacando la prevalencia de la dignidad y la justicia laboral de los trabajadores, así como determinó en el artículo 53 la creación de un nuevo estatuto del trabajo que debería ser acorde a los principios que regularan las relaciones entre empleadores y trabajadores, en sus dimensiones del derecho individual y el derecho colectivo. Por último, y no menos importante, el artículo 93 crea el Bloque de constitucionalidad, en tal sentido, en materia laboral el Bloque de Constitucionalidad se encuentra conformado por los artículos 1º, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64, 87, 84, 94, 98 y 125 de la constitución, adicionalmente, el artículo 93 constitucional, confiere la potestad a los jueces de aplicar normas, principios y tratados internacionales que reconozcan sobre derechos humanos, ratificados por Colombia, los cuales no aparecen tácitamente en el texto

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

normativo, pero son normas que se encuentran en el mismo nivel jerárquico, y que por tal razón forman un bloque normativo de aplicación interna.

Además, en concordancia con el principio de integración normativa, a través del Bloque de Constitucionalidad el ordenamiento colombiano también habilita la aplicación de jurisprudencia únicamente dictada por los Órganos Internacionales de cierre en materia de derechos humanos, como lo es la Corte Internacional de Derechos Humanos.

**Principios Constitucionales En Las Relaciones Laborales.** Actualmente el Estado colombiano se encuentra en la obligación de proteger las condiciones laborales de los trabajadores y para conseguir dicho fin estipulo los principios mínimos fundamentales contenidos en el artículo 53 de la Constitución Política de 1991, de la misma manera que las decisiones aprobadas y ratificadas en los tratados internacionales, dada su naturaleza, su aplicabilidad resulta ser de carácter obligatorio en toda relación laboral, bien sea en el sector privado como en el público.

**Principio de igualdad de oportunidades para los trabajadores.** Consagrado en el artículo 13 constitucional, en el artículo 10 del Código Sustantivo del Trabajo y desarrollado por los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia laboral, de la siguiente manera:

“Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales (...) Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2º y 3º. (Corte Constitucional, Sent. C-221/92, mayo 29, Proceso No. D-006).

En ese sentido es correcto afirmar que en el principio de igualdad interactúan dos elementos, el primero se refiere a las situaciones o los hechos similares, y el segundo factor, es el criterio de comparación o “patrón de igualdad”, que se relaciona a la igualdad establecida por el legislador. Es de anotar que con la materialización del principio de igualdad de oportunidades permite desarrollar la dignidad del trabajador. Adicionalmente, el empleador se encuentra en la posición de garante, asegurando la efectiva aplicación de las normas laborales. Es por ello que el principio de igualdad impone la obligación de carácter objetivo en relación con el trato por parte de las autoridades del orden público, y de carácter subjetivo en lo relativo al trato igual en su calidad de trabajador.

**Principio de remuneración mínima y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.** Al momento mismo en que Colombia se determinó como un Estado Social de Derecho, aparece el concepto de mínimo vital como garantía del mantenimiento de la capacidad adquisitiva de los trabajadores, la subsistencia suya y de su familia en condiciones de dignidad. Asimismo, la Corte se ha referido a este principio, al decir que:

“Se protege el trabajo como derecho fundamental en todas sus modalidades y se asegura el derecho de toda persona a desempeñarlo en condiciones dignas y justas (Art. 25 C.N.) (...) Ha de reconocerle su individualidad y tener en cuenta el respeto que demandan su naturaleza y necesidades. Debe comprender, asimismo, que de la persona del trabajador dependen otras y que cada acto que lo involucra, en bien o en mal, repercute necesariamente en su familia (...) Parte bien importante de la dignidad y justicia en medio de las cuales el Constituyente exige que se establezcan y permanezcan las relaciones



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

laborales consiste en la proporcionalidad entre la remuneración que reciba el trabajador y la cantidad y calidad de su trabajo (artículo 53 C.P.)

Para la Corte es claro que todo trabajador tiene derecho, de nivel constitucional, a que se lo remunere, pues si el pago de sus servicios hace parte del derecho fundamental al trabajo es precisamente en razón de que es la remuneración la causa o el motivo, desde el punto de vista de quien se emplea, para establecer la vinculación laboral. Ahora bien, esa remuneración no puede ser simplemente simbólica. Ha de ser adecuada al esfuerzo que implica la tarea cumplida por el trabajador, “a su preparación, experiencia y conocimientos y al tiempo durante el cual vincule su potencia de trabajo a los fines que interesan al patrono.” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sent. SU-519/97, oct 15, Expediente T-126842).

En virtud de lo anterior, es posible afirmar que el derecho al mínimo vital debe ser garantizado por el Estado, a través de regulación normativa que coaccione a los empleadores a brindar una remuneración justa y digna, lo cual permite al trabajador tener las condiciones materiales esenciales para su subsistencia y la de su familia. La protección al principio de remuneración mínima vital que ostenta todo trabajador es de carácter constitucional. El empleador debe suministrar la remuneración adecuada, justa y digna, por el trabajo para el cual fue contratado el trabajador, esto quiere decir que tiene el deber legal de garantizar una serie de condiciones específicas, como lo son: la proporcionalidad del pago y el esfuerzo aplicado al desempeñar sus funciones, la preparación al desarrollar las tareas designadas, logrando así el fin del empleador, la experiencia y conocimientos en el campo de acción, así como el periodo utilizado por el trabajador. Condiciones que aseguran el máximo desarrollo de la persona en estado de dignidad, como principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

**Principio de estabilidad en el empleo.** El fin de este principio es brindar seguridad jurídica a los trabajadores y permitirles obtener el sustento vital, toda vez que el vínculo laboral no podrá ser terminado de manera inesperada, excepto cuando se cumpla una de las causales contempladas contractualmente. Además, este principio crea un amparo especial a los trabajadores que se encuentren en condiciones especiales o de vulnerabilidad. Por su parte la Corte en sus fallos, ha determinado:

Mediante el principio de la estabilidad en el empleo, que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a patronos privados, la Constitución busca asegurar que el empleado goce de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono. (Corte Constitucional, Sent. C-016/98, nov 4, Expediente D-1739).

La estabilidad en el empleo tiene un doble fin, derivado, como ya se ha enunciado del principio de seguridad. Por un lado, garantizar un medio para el sustento vital y, por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo, en atención a la sociabilidad del hombre, que busca otras satisfacciones personales en el trabajo además de la remuneración: posición ante la sociedad, estimación, cooperación y desarrollo de su personalidad.

El principio de la estabilidad no debe confundirse con la inamovilidad absoluta e injustificada, se encuentra recogido en la filosofía que inspira la carrera administrativa, que no sólo consagra los postulados de eficiencia y eficacia, sino que es una realización de la igualdad y estabilidad. Por lo anterior, cualquier acto que introduzca la desigualdad entre los empleados de carrera, o cualquier facultad de discrecionalidad -plena al nominador-, se

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

tienen como un atentado contra el contenido esencial de la estabilidad laboral recogido por la filosofía que inspira la carrera administrativa, y es que uno de los mecanismos para lograr la eficacia y eficiencia es la carrera administrativa, busca que estos factores junto con el respeto al régimen disciplinario, sean los determinantes de la estabilidad laboral, y no la discrecionalidad plena del nominador. Es por ello que la carrera administrativa busca depurar factores ajenos al rendimiento laboral, para su vinculación o desvinculación. Establece entonces: “un proceso tendiente al logro de resultados, de forma gradual, donde la capacidad real demostrada es el mecanismo de promoción y la ineficacia comprobada el motivo de retiro, evitando así arbitrariedades por parte del nominador.”( Corte Constitucional, Sent. C-023/94, ene 27, Expediente D-353).

**Principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales.** Este principio surgió en virtud del artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la cual se estableció la necesidad de crear condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, como una forma de asegurar la dignidad del trabajador. Por consiguiente, se estipulo beneficios a los trabajadores que después de adquirirlos no podrían renunciar a ellos. La Corte ha trabajado este principio, concluyendo lo siguiente:

Siendo la parte débil el asalariado, no se concibe que pueda contratar en igualdad de condiciones con su empleador, así que deben dictarse normas que amparen al primero y que estén por encima de la voluntad de ambos. De ahí surge toda esa normatividad que considera de orden público las normas laborales, la irrenunciabilidad de éstas y su aplicación favorable en caso de dudas, el establecimiento del salario mínimo, etc.( Corte Constitucional, Sent. T-462/92, jul 13, Proceso No. 1340)

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Como resultado de los anteriores pronunciamientos, podemos señalar que el principio de irrenunciabilidad de los beneficios laborales en el Estado Social de Derecho versa sobre el mejoramiento del nivel de vida y la conservación de la dignidad humana de los trabajadores.

**Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles.** El legislador concede la facultad a las partes para que de manera voluntaria acuerden y concilien sobre derechos de características inciertas e indiscutibles, en esencia con esta actuación se vería materializado la autonomía de la voluntad, en el entendido que para renunciar a ese tipo de derechos no necesitan la intervención de funcionarios públicos. Es necesario entonces citar algunas manifestaciones de la Corte al respecto:

Es pertinente anotar que la conciliación es no solo congruente con la Constitución del 91, sino que puede evaluarse como una proyección, en el nivel jurisdiccional, del espíritu pacifista que informa a la Carta en su integridad. Porque, siendo la jurisdicción una forma civilizada y pacífica de solucionar conflictos, lo es más aún el entendimiento directo con el presunto contrincante, pues esta modalidad puede llevar a la convicción de que de la confrontación de puntos de vista opuestos se puede seguir una solución de compromiso, sin necesidad de que un tercero decida lo que las partes mismas pueden convenir. (Corte Constitucional, Sent. C-165/93, abril 29, Expediente D-186).

Es por ello correcto afirmar que el principio otorgado para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles permite que las partes dispongan libremente de usar una herramienta de concertación y solución pacífica, como lo es la conciliación.

**Situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.** El principio de favorabilidad contenido en el artículo 50 constitucional y artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo,

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

opera al momento de surgir duda en el operador judicial para la aplicación o no de una norma u otra fuente formal del derecho, toda vez que la regulación de un Estado Social de Derecho debe propender por el fortalecimiento de la posición del trabajador con relación al empleador, teniendo presente la brecha económica que existe entre las partes. Para comprender mejor este principio la Corte Constitucional considera que:

“La "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro Ordenamiento Superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho.

(...) La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.” (Corte Constitucional, Sent. C-168/95, abril 20, Expediente D-686).

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, se puede concluir que el operador judicial, en cabeza de los jueces de la República están en el deber legal en materia laboral de dar aplicación e interpretación de las normas que le sean más beneficiosas al trabajador, cuando se encuentren con disposiciones legales en conflicto.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

**Primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.** Principio contenido en los artículos 53 y 228 de la Constitución Política, es aplicado en la realidad de las situaciones que se presentan entre las partes cuando existe un vínculo laboral. Y es precisamente la Corte en relación con este principio, señaló:

La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera que se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato (Corte Constitucional, Sala Plena, Sent. C-555/94, dic 06, Expediente D-572).

En ese sentido puede hablarse del principio de primacía de la realidad sobre las formas como una garantía con la que gozan los trabajadores, independiente de las condiciones pactadas en un contrato. En ese sentido, se crea el concepto del “contrato realidad”, siempre y cuando cumpla y se demuestre las condiciones: (i) prestar un servicio bajo subordinación, (ii) recibir el pago por una labor realizada y, (iii) cumplimiento de un horario. Factores que determinan como de la realidad fáctica de una persona nacen derechos y obligaciones entre las partes.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

**La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.** Nos permitimos hacer referencia a la imposibilidad por parte de la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores, así como lo determina la Corte Constitucional en materia laboral:

Es de observar, que la previsión del inciso final del art. 53, en cuanto establece que los convenios y acuerdos de trabajo no pueden menoscabar los derechos de los trabajadores, no puede interpretarse en términos absolutos, en el sentido, de que por ello se impida, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, garantizado por el art. 39 como instrumento para regular las relaciones laborales. Sostener lo contrario, sería hacer nugatoria la esencia y la finalidad de la negociación colectiva. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sent. C-009/94, ene 20, Expediente D-347)

“El aparte final del artículo 53 del Estatuto fundamental dispone que "la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores". A pesar de ello, el legislador agregó a las referidas limitaciones constitucionales sólo el respeto a los “derechos mínimos”, lo cual es incoherente e implica una desmejora de los beneficios constitucionales consagrados a favor del trabajador.” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sent. C-228/11, mar 30, Expediente D-8216).

Finalmente se debe tener en cuenta que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se encuentra consagrado dicho principio cuando en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se establece que:

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.” (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *ob. Cit.* Págs. 33 y 34).

### **De La Función Pública**

A partir de la expedición de la Ley 165 de 1938, por medio de la cual se crea la carrera administrativa y se concede una ampliación del derecho de jubilación a los empleados públicos, surge la necesidad de formar un Consejo de Administración y Disciplina que se encargara de unificar y determinar las reglas propias de la administración del recurso humano al servicio del Estado.

Esta institución que se dedicaría a la calificación de los exámenes para la provisión de los empleos en carrera, conocer las quejas formuladas contra empleados, elaboración del escalafón de los empleados, estudio y elaboración de los reglamentos de trabajo en las distintas ramas de la administración pública, inscribir en carrera a los empleados que cumplieran el lleno de los requisitos y regular el régimen salarial y prestacional de los empleados. (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *ob. Cit.* Pág. 369.)

Años más tarde el legislador expide la Ley 19 de 1958 del 18 de noviembre sobre la reforma administrativa, y la cual tenía como objeto constituir deberes y derechos a los funcionarios del órgano Del Servicio Civil y la Carrera Administrativa, razón por la cual se crea el Departamento Administrativo del Servicio Civil. Con posterioridad, se expidieron



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

los decretos leyes 2400 y 3074, quienes abordaron temas de reorganización y competencias del Departamento Administrativo del Servicio Civil y del Consejo Superior del Servicio Civil, nombre que adoptó la Comisión tras la reforma administrativa de 1968. Fue hasta 1973 que se reguló los temas del servicio civil, en cabeza de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y la Escuela Superior de Administración Pública, a través del Decreto 1950, que hasta la fecha se encuentra vigente.

También es imperativo referirnos a la Ley 13 de 1984, por la cual se adoptaron disposiciones especiales sobre el Régimen de Carrera Administrativa, y tras varias reformas se expide la Ley 61 de 1987, que autorizaba el ingreso extraordinario al sistema de carrera. No obstante, fue hasta la Constitución de 1991 que se incluyó en el “Título V – De la Organización del Estado (...) Capítulo II – De la Función Pública”, en la cual se dedicó a desarrollar los temas específicos del personal al servicio del Estado. Es así como en virtud de dichas disposiciones el legislador promulgó la Ley 27 de 1992, derogada por la Ley 443 de 1998, que del mismo modo fue remplazada por la actual Ley 909 de 2004.

En el ámbito internación el concepto de la función pública es entendido como: “La función pública está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general.

En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos. (Carta Iberoamericana de la Función Pública, Capítulo primero, finalidad y ámbito de la Carta, numeral 2).

Este sucinto recuento nos permite establecer de una manera clara la transformación que tuvo el concepto de función pública y los parámetros aplicables a los sujetos que se encuentran al servicio del Estado.

**Categorías laborales.** Al hablar de las personas que se encuentran al servicio del Estado y la comunidad, el artículo 123 constitucional los clasificó de la siguiente manera: (i) miembros de las corporaciones públicas, (ii) empleados y, (iii) trabajadores del Estado. Cada una de estas categorías de servidores públicos cuentan con un tratamiento y regulación especial y diferente.

Es por lo anterior correcto usar clasificación de la doctora Clara Dueñas, en lo referente a las formas de vinculación laboral a la administración pública, que para establecer la forma en que se crea el vínculo laboral con la administración pública, se debe estudiar tres criterios: a) modalidad estatutaria, b) modalidad contractual y c) modalidad de carácter temporal. (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *ob. Cit.* Págs. 64 y 65).

Para iniciar es preciso analizar el Decreto Ley 3135 de 1968, que en su artículo 5°, consagra:

“Artículo 5°.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.”

Ahora bien, es importante entender la terminología empleada en el artículo antes citado, para lo cual se iniciara por definir el concepto de funcionario, como aquella persona cuyas funciones son de jurisdicción o autoridad, y se caracteriza por ser nominador, tiene naturaleza política, por lo cual su vinculación es de libre nombramiento y remoción, dada a su investidura goza de fuero tanto en el área penal como disciplinaria, el ejercicio de la actividad sindical se encuentra limitado, se encuentran excluidos de la actividad político y son sujetos de responsabilidad política, ejemplo de ello son: Presidente, ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, gerentes, gobernadores.

El segundo concepto es el de empleado público, el cual se refiere a los funcionarios que no ejercen jurisdicción ni autoridad, ellos se encargan entonces de cumplir funciones administrativas únicamente en su calidad de empleado, en virtud de ello pertenece a la carrera administrativa, y están caracterizados tener la calidad de nominado y estar sometido al régimen común, cuenta con plenos derechos de asociación sindical, negociación sindical y obtención de fuero sindical, además están facultados para participar en la actividad política y están sujetos a la calificación de desempeño, para ejemplificar esta clase podemos referirnos a: el portero, auxiliar administrativo, profesional entre otros que actúan en función técnica, subordinada y de ejecución.

De otro modo, los trabajadores oficiales, son aquellos funcionarios que no ejercen jurisdicción ni autoridad, tampoco cumplen funciones administrativas, pero las labores que realizan, pueden ser desarrolladas por cualquier persona, con la única distinción que laboran en empresas de características similares a las particulares, aunque el Estado tiene participación bien sea en su fundación como en su manejo, un claro ejemplo de los

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

trabajadores oficiales pueden ser las actividades como: mantenimiento de la planta física de bienes inmuebles al servicio del Estado, empleos de carácter permanente en los niveles auxiliares y operativos, aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa, transporte y todas las labores que aporten al sostenimiento de las actividades de estas empresas, labores de construcción y mantenimiento de equipo, entre otros. (Jairo Villegas Arbeláez, Derecho Administrativo, Bogotá, Colombia, Editorial Legis, 2010, págs. 43 y 44).

Por lo anterior referido es de precisar que en la clasificación laboral se expresa dos criterios, en principio, el criterio orgánico, en donde se abordan temas correspondientes a la naturaleza de la empresa, en el caso de ser administrativa, se valoraría algunas condiciones del trabajador, como por ejemplo, si se encuentra investido con capacidad jurisdiccional o autoridad, por lo que ostentaría la calidad de funcionario o sin capacidad jurisdiccional o autoridad, en cumplimiento de funciones administrativas, sería entonces un empleado público. Pero, si la naturaleza de la empresa es industrial o comercial, serían instituciones similares a las de orden particular, por tanto sería un trabajador oficial.

Otro es el criterio funcional, en ese caso el factor que lo determina es la naturaleza pero de las funciones que desempeña, en concreto, al hablar de los funcionarios, la naturaleza de su función es de autoridad o jurisdiccional. Por otro lado, el empleado público se encarga de ejecutar funciones netamente administrativas y por último, el trabajador oficial es el encargado de desarrollar actividades operativas las cuales pueden ser desarrolladas por cualquier sujeto.

Visto los criterios orientadores, al estudiar las modalidades en que se manifiesta el vínculo laboral con la administración, se puede encontrar: (i) Modalidad estatutaria, entendida como una modalidad propia de los empleos públicos al servicio del Estado, y que

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

es materializada por medio de la expedición de un acto administrativo que ordene su nombramiento, bien sea resolución o decreto, y que para perfeccionarse necesariamente debe ser efectiva la posesión en el empleo. Se podrá entonces señalar como características de esta modalidad: a) el régimen laboral se encuentra previamente regulado en la ley, por tanto es una relación jurídica de derecho público, de derecho administrativo, b) el acto de vinculación es la manifestación del poder soberano del Estado, c) se estipula el desempeño de una función, d) se trata de una relación de servicio, por lo que se encuentra exclusivamente determinada por la voluntad del Estado, de manera unilateral y, e) se sostiene que al estar en cumplimiento de un deber, el empleado se encuentra sujeto al sacrificio y fidelidad al Estado. (ii) Modalidad contractual, es la manera propia de los trabajadores oficiales vinculados a través de un contrato de trabajo. (Jairo Villegas Arbeláez, *ob. Cit.* Pág. 61).

Y es precisamente un precepto regulado por el Decreto Ley 3135 de 1968, en donde se refiere a aquellos actos de gestión y atención de servicios públicos deberán ser regulados por personas vinculadas a la administración por medio de contrato, esto con el propósito mismo de amparar las condiciones mínimas de la relación de trabajo, pero en virtud de que las partes, tanto el Estado como el servidor puedan de manera concertada negociar las condiciones que regirá dicho contrato de trabajo. (iii) Modalidad de carácter temporal, con la entrada en vigor de la Constitución de 1991, la reforma aplicada a la administración (1968), queda insuficiente tener como únicamente el criterio orgánico y funcional para determinar la estructura de la administración pública y regímenes laborales, esto llevo a generar otros criterios para la clasificación de los servidores en función del Estado, dando nacimiento: a) Servidores públicos en las empresas sociales del Estado.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Determinado por los artículos 194 y 195 de la Ley 100 de 1993 y el capítulo IV de la Ley 10 de 1990, en los cuales se constituye como una categoría especial a las Empresas Sociales del Estado las cuales nacen a la vida jurídica por medio de leyes o por asambleas o concejos, dotándolas de las características de entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, autonomía presupuestal y administrativa. Asimismo, señala que las personas vinculadas a estas empresas tendrán la calidad de empleado público y trabajador oficial, de acuerdo con sus funciones.

En el caso de los empleos en el sector salud determino que los servidores que se encuentra en bajo funciones de dirección, formulación y adopción de políticas serán clasificados como empleados públicos de libre nombramiento y remoción, siendo de carrera administrativa los demás. b) Servidores públicos de las empresas de servicios domiciliarios, los cuales se crean con el artículo 17 de la Ley 142 de 1994, en donde se establece que las empresas de servicios públicas estarán conformadas de la siguiente manera, por acciones, con capital público, privado o mixto, pero las entidades que se sean descentralizadas y cuyos propietarios no deseen que el capital sea por acciones deberán adoptar la conformación de empresas industriales y comerciales del Estado.

Sumado a lo anterior la vinculación de los trabajadores al servicio de estas empresas, privadas o mixtas, serán de trabajadores carácter particular sometidos a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, excepto aquellas empresas que adoptaron el régimen de empresas industriales y comerciales del Estado en la que sus trabajadores por regla general con trabajadores oficiales. (Jairo Villegas Arbeláez, *ob. Cit.* Pág. 61).

Al respecto el cuadro de resumen elaborado por la doctora Dueñas, concluye de los criterios de clasificación en las formas de vinculación con la administración pública:

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

ENTIDAD OFICIAL	SERVIDOR PÚBLICO	NATURALEZA DEL VÍNCULO LABORAL	EXCEPCIÓN A LA REGLA
Entidades que desarrollan funciones administrativas. (Presidencia de la República, ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos, superintendencias, etc.)	Empleados públicos	Legal y reglamentaria	Los servidores que laboren en la construcción y mantenimiento de obra pública, quienes ostentan la condición de trabajadores oficiales.
Empresas Industriales y comerciales del Estado	Trabajadores oficiales	Contractual	Los servidores que desarrollen funciones de dirección y confianza, quienes ostentan la condición de empleados públicos.
Sociedades de economía mixta: a) Con aporte estatal igual o superior al 90% del capital. b) Con aporte estatal inferior al 90% del capital. En estos casos por tratarse de una participación minoritaria, se erigen como empresas privadas con participación estatal.	Trabajadores oficiales. Trabajadores oficiales	Contractual Contractual CST.	Los empleados que desarrollen funciones de dirección y confianza.
Empresas de servicios públicos domiciliarios – privadas o mixtas. Art. 41 Ley 142 de 1994	Trabajadores particulares	Contractual – CST.	Empresas de servicios públicos domiciliarios asimiladas a las empresas industriales y comerciales del Estado en las que sus servidores por regla general son trabajadores oficiales. Parágrafo del art. 17 de la Ley 142/94.
Empresas Sociales del Estado Art. 195 Ley 100 de 1993, remite a Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.	Empleados públicos	Legal y reglamentario	Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

**Figura 1.** Precisiones en relación con los criterios de clasificación. Fuente: (Bogotá D.C., Colombia. Derecho Administrativo Laboral, Tendencias Jurisprudenciales, doctrina y legislación. Grupo Editorial Ibáñez., 2008).

Antes de continuar, resulta imperativo mencionar la vinculación de los auxiliares de la administración, cuya vinculación es de forma temporal, encontramos de esta manera:

a) Supernumerarios, figura creada por el artículo 83 del Decreto Ley 1042 de 1978, cuyo fin es suplir las vacancias temporales de los empleados públicos sin importar el motivo de su ausencia, razón por la cual sus funciones son transitorias, y no podrá exceder de tres meses; b) Contratistas de la Administración, consagrados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, quienes se encargaran de ejecutar actividades tendientes a la administración o funcionamiento de la entidad y su vínculo se materializa por medio de un contrato de prestación de servicios.

**Clasificación de los empleos públicos.** La Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública,

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

entre otros, categoriza los empleos de acuerdo con las calidades y características propias de los servidores vinculados con la administración.

**Empleos de carrera administrativa.** En relación con el artículo 125 constitucional, este sistema será aplicable a los empleos cuyas funciones son de índole técnica o administrativa, cumpliendo a cabalidad con la exigencia de experiencia de sus funcionarios, el conocimiento de las labores a desempeñar y la dedicación para que ese servicio, cuya prestación se hará de manera eficiente y eficaz, además por regla general los empleos de las entidades y organismos del Estado pertenecen al régimen de carrera administrativa. Por último, es imperativo resaltar que el mérito de estos servidores es el factor determinante para el ingreso, ascenso o retiro de sus cargos. La Corte determino como fin de la carrera administrativa el siguiente:

“El sistema de carrera administrativa tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad en el desempeño de los mismos. Se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, “el retiro se hará por hechos determinados legalmente, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general.”

(Corte Constitucional, Sent. C-195/94, *ob. Cit*).



**Empleos de libre nombramiento y remoción.** En virtud de la naturaleza de sus funciones el empleo es libremente designado, así como lo será retirado de su cargo. Una de las características principales es que los cargos estatales de esta índole se revisten por ser un empleo de confianza completa, a la hora de adoptar políticas, planes o programas a nivel institucional. Ahora bien, la Corte en relación con este tipo de empleo ha determinado que:

“Encuentra la Corte que a la luz de la Constitución se pueden establecer unas excepciones al principio general de la carrera administrativa, pero siempre conservando la prioridad del sistema de carrera, connatural con los principios no sólo de eficacia y eficiencia y estabilidad administrativas, sino con la justicia misma de la función pública, que no es compatible con la improvisación e inestabilidad de quienes laboran para el Estado, y por el contrario establece el principio del merecimiento, como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro del cargo.

Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación.”

(Corte Constitucional, Sent. C-195/94, abril 21, Expediente D-421).

**Empleos de periodo fijo.** Tiene la misma regulación que los empleos de libre nombramiento y remoción, pero se encuentra caracterizado por la permanencia previamente determinada por la ley no por su nominador. La Corte se pronuncia al respecto determinando que:

En su artículo 1º, la Ley 909 de 2004 establece que “de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley”, hacen parte de la función pública los empleos públicos de carrera, los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, los empleos de periodo fijo y los empleos temporales, de donde surge que estos últimos empleos son diferentes de los de libre nombramiento y remoción y que, por lo tanto, su régimen diverge, a tal punto que la temporalidad no es elemento que permita el ejercicio de la discrecionalidad correspondiente al nominador en el régimen de libre nombramiento y remoción. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sent. C-618/15, sept 30, Expediente D-10.679).

**Empleos Temporales.** Son empleos que no pertenecen al régimen de carrera administrativa, pero su creación está condicionada a lo referido en el artículo 21 de la Ley 909, donde se estipula que:

“Artículo 21. Empleos de carácter temporal (...)

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.”

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional sentó las bases para la vinculación de personal en empleos temporales, así:

“(…) el fundamento de los cargos temporales no es la discrecionalidad, sino la necesidad de consagrar un procedimiento ágil que permita solucionar transitoriamente necesidades de la función pública pero que a la vez salvaguarde el debido proceso administrativo, por lo cual, la primera opción deberá ser la utilización de la lista de elegibles y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos que en todo caso respete los principios de la función pública.” (Corte Constitucional, Sala Plena, C-288/14, may 20, Expediente D-9586).

De otra parte, los empleos se encuentran clasificados por niveles, según la naturaleza de sus funciones, las competencias y los requisitos señalados en las leyes 770 y 785 de 2005, y los expondremos de la siguiente manera:

**Nivel directivo.** Es entendida por el empleo de alta dirección de la rama ejecutiva, así como los empleos de naturaleza gerencial. A modo de ejemplo referenciaremos los correspondientes al orden nacional: ministros, directores de departamento administrativo, viceministros, subdirectores de departamento administrativo, directores de unidad administrativa especial, superintendentes y directores, gerentes o presidentes de entidades descentralizadas. Ahora bien, al tratarse del nivel territorial nos encontramos con: cargos de diputados, gobernadores, concejales, alcaldes municipales o distrital, alcalde local, contralor departamental, distrital o municipal, personero distrital o municipal, veedor

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

distrital secretarios de despacho, directores de departamentos administrativos, gerentes de unidades administrativas especiales.

**Nivel asesor.** Hace referencia a los empleos dedicados en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de alta dirección de la rama ejecutiva.

**Nivel profesional.** Se encargan de ejecutar y aplicar los conocimientos propios en cualquier carrera profesiones, técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley. Sus funciones versan sobre coordinación, supervisión y control de las áreas internas que ejecuten los planes, programas y proyectos institucionales.

**Nivel técnico.** Sus funciones versan sobre procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, en las áreas de ciencia y tecnología.

**Nivel asistencial.** “Encargado de las funciones de apoyo y complementarias de niveles superiores, actividades manuales o de simple ejecución”. (Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *ob. Cit.* Págs. 95 y 96).

## Capítulo II

### Carrera Administrativa

En el presente capítulo se realizó un breve y detallado recuento histórico de la carrera administrativa partiendo de su origen, su naturaleza jurídica, el desarrollo constitucional y legal en el ordenamiento jurídico colombiano. Además se determinaron sus características y elementos, así como los beneficios con los que cuentan empleados sujetos al régimen de carrera administrativa en relación con los empleados públicos vinculados en provisionalidad. Para finalmente, resaltar la figura de la provisionalidad, tanto en su naturaleza jurídica y económica.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

### **Contextualización**

En 1938 mediante la ley 165 del mismo año, la Republica liberal, quien se encontraba pasando por la reforma de la Constitución de 1936, expidió dicha ley basándose en el régimen francés.

Teniendo como objetivo modificar la funcionalidad estructural del Estado, lo cual era bueno pero debido al arraigo cultural que se tenía en ese entonces, y que la idea del mérito para acceder a dichos cargos, era algo nuevo, su implementación no tuvo ningún impacto, y se siguió recurriendo al clientelismo de la época para proveer dichas vacantes, dicha ley instituía la carrera administrativa para casi todos los servidores permanentes del Estado, excluyendo únicamente a los funcionarios que ejerciera jurisdicción y autoridades como los agentes de la Presidencia de la Republica y a los gobernadores.

También esta ley, disponía que únicamente un funcionario podría ser separado de su cargo por falta disciplinaria; y además se contemplaba que para los funcionarios que se encontraban en carrera administrativa tenían un régimen especial de prestaciones sociales, y ascenso por mérito.

En 1957 se vio la necesidad de implementar la carrera administrativa por medio del plebiscito que se dio en el marco de la alteración del orden constitucional por el que pasaba el país como consecuencia de la violencia bipartidista de la época, y con ella buscaba una reconciliación de la vida política y administrativa del país.

Así en los acuerdos de Benidorm y Sitges , firmados en el año 1957 por Alberto Lleras Camargo (1906-1990) y Laureano Gómez (1889-1965) , en España (primero en Benidorm, el 24 de julio de 1956, y luego en Sitges, el 20 de julio de 1957) para dar origen al Acto Plebiscitario de 1957, en el cual quedo se estipulo frente a los cargos de carrera administrativa lo siguiente:

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*“son empleados o aspirantes quienes promueven la violencia para defender sus cargos o la desatan para adquirirlos. A esa minoría insignificante y solo con ciertas excepciones ineptas, le debe el país muchos de sus dolores y puede anticipar que allí están allí están los nuevos riesgos de otra ráfaga de la violencia ... Hacer de estos ciudadanos funcionarios neutrales en la lucha política y crear, por fin, una carrera respetable y sería de especialistas en el manejo de los negocios públicos... rama ejecutiva de coalición y cooperación de los partidos en la que se halle limitada la facultad hoy omnímoda del Presidente, en la elección y despido de los funcionarios del Gobierno...”*

Los efectos del plebiscito de 1957 fueron; Se elevó a rango constitucional la carrera administrativa, fundamentada en que la controversia política de los Partidos Liberales y Conservadores no podían condicionar para su propio provecho la eficiencia de la administración, de igual modo se trató de superar las causas que generaban dicha violencia y prevenir que por esa misma razón a futuro se presentaran nuevos enfrentamientos entre partidos, y así darle más estabilidad a la estructura del Estado.

Por otra parte, se instituyó una restricción parcial a los poderes de nominación y remoción de funcionarios públicos que tenía normalmente el Presidente de la Republica en cabeza de la Rama Ejecutiva, pues únicamente podía nombrar vacantes para cargos netamente políticos, de confianza directa y de responsabilidad política; lo anterior quedo consignado en los numerales 1º, 4º y 5º del art 120 de la Constitución Política de 1986.

Además, dio al Congreso de la Republica la función de regular la legislación que versara sobre la carrera administrativa, en los términos señalados en los incisos 2º y 5º del artículo 62 de la misma constitución.

*“Artículo 62- El Presidente de la Republica, los Gobernadores, los Alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan la facultad de nombrar y*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*remover empleados administrativos, no podrán ejercerla si no dentro de las normas que expida el Congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de los ascensos por mérito de antigüedad y de jubilación retiro o despido.*

*En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento en un empleo de la carrera administrativa o destitución o promoción”.*

En 1958 se expidió la Ley 19 del mismo año, que sería básicamente la misma ley 165 de 1938, la cual no se aplicó por el clientelismo bipartidismo de la época en que se promulgo dicha ley, mas no por que jurídicamente no fuera viable.

La ley 19 de 1958, en soporte a la carrera administrativa busca hacer una reorganización de la Administración Pública, por ello creo la Escuela Superior de la Administración Pública para la formación y capacitación de los empleados al servicio del Estado, el Departamento Administrativo del Servicio Civil a quien encargo la organización de la carrera administrativa y la administración del personal que se encuentra al servicio del Estado, y además creo al interior del Consejo de Estado, una sala consultiva especializada que se denominaría "Sala de Servicio Civil", a la cual deberán someterse los proyectos de ley o de decreto en materia de Servicio Civil.

Por ello esta ley fue de gran importancia, pues a la fecha estas instituciones siguen en funcionamiento, aunque con algunos cambios en cuanto a las funciones que desempeñan.

Posteriormente con el Decreto Reglamentario 1732 de 1960, se buscó la reglamentación de la ley 19 de 1958, pero a pesar de los esfuerzos por que saliera adelante la organización de carrera administrativa, en el país seguía predominando para la ocupación

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

de las vacantes del Estado el clientelismo por parte de los partidos políticos, pues de ellas se valían para asegurar sus victorias políticas.

Luego con la reforma administrativa de 1968 nació el Decreto Legislativo 2400 de 1968, el cual reproducía los mismos preceptos de las leyes y decretos anteriormente mencionados, sin embargo, seguía igual, sin darle una total aplicación a esta normatividad por el clientelismo.

Así mismo y sin éxito con el Decreto Reglamentario 1950 de 1973 se reglamentó el Decreto Legislativo 2400 de 1969.

En el año 1976 en el país ocurrieron hechos que obligaron a declarar el estado de sitio, debido a los paros de distintos sectores de los empleados al servicio del estado como lo fueron los maestros en el mes de marzo del mismo año, donde se expidió el Decreto 528 con el cual se suspendieron todas las garantías de carrera, y en el mes de octubre los empleados del ISS causaron tal revuelta en el país que por medio del decreto 2131 se declaró el estado de sitio y el decreto 2132, que no solo suspendían las garantías de los empleados de carrera, si no que suspendían la carrera como tal.

Lo que se logró evidenciar, fue que se aprovechó por lo que estaba atravesando el país, para acabar con la carrera administrativa, y que los partidos políticos pudiesen tener a su disposición las vacantes y poder nombrar a su clientela política.

Sin embargo, el Consejo de Estado en diferentes fallos proferidos por la Sección Segunda y de acuerdo con conceptos de la Sala de Consulta, expreso su criterio en el siguiente sentido:

*“Tanto los tribunales como el Consejo de Estado han sido claros en expresar que dichos decretos no han suspendido en ningún momento la carrera administrativa y que el artículo 3° de Decreto 2132 de 1976... solo puede*



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*interpretarse con razón a los funcionarios que – individualmente- incurran en las conductas señaladas en el artículo 2° del mismo decreto.*

*Con sorpresa registra la Sala el hecho de que en dicho certificado se informe que dicho proceso fue suspendido por la expedición del Decreto 2132 de 1976... por que como acertadamente lo consigno el Tribunal, de ninguna manera puede interpretarse el artículo 3° del Decreto 2132 de 1976 como una suspensión de las normas sobre carrera para todos los funcionarios en ella inscritos.*

*Así las cosas, la carrera Administrativa siempre ha estado vigente y su no aplicación se debe a la desidia de los órganos administrativos, que más parece estar al servicio de fines políticos, que, de la promoción y estabilidad de sus funcionarios, lo que necesariamente redundaría en beneficio de toda la comunidad”*

Pero este no fue el único criterio que expuso el Consejo de Estado porque además de lo anterior dijo lo siguiente:

*“...se observa que la ratificación y reclasificación de que fue objeto el demandante, tuvieron lugar el 8 de febrero y el 31 de octubre de 1979, respectivamente, época por la que se encontraron suspendidos los derechos de carrera, toda vez que mediante Decreto... el Gobierno declaró el estado de sitio en todo el territorio nacional, quedando por tanto suspendidas las normas relacionadas con los derechos y garantías de carrera...”*

El 20 de julio de 1982, por medio de Decreto 674, el Gobierno levanto el estado de sitio, dejando sin efecto el Decreto 2132 de 1976, por el cual se había suspendido la carrera administrativa, para luego presentar proyecto de Ley 32 de 1982, que quería mostrar a los empleados públicos que con ella llegarían beneficios para ellos, pues ampliaba la

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

provisionalidad de 4 a 12 meses, con el supuesto de que el 20 de octubre de 1982 vencía y como consecuencia de ello todos los empleados quedarían cesantes jurídicamente.

Para ese entonces ya había funcionarios con 20, 15, y 10 años, nombrados en provisionalidad, que se supone que sería temporal, mientras el Gobierno Nacional, convocaba a concurso de méritos para ocupar los cargos de carrera administrativa, y así también poder acceder a las promociones, y oportunidad de capacitación.

Vale la pena resaltar, que se les daba a los empleados nombrados en provisionalidad un trato similar a los de libre nombramiento y remoción, que era que el nominador podía nombrarlo o despedirlo cuando así lo dispusiera, lo que dejaba a estos funcionarios sin una estabilidad laboral, y sin derecho a acceder a los ascensos.

En octubre de 1982, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, previa aprobación del Consejo Superior del Servicio Civil y concepto de la Sala de Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado, radico ante el Gobierno Nacional Proyecto de Decreto 1083 de 1982, por medio del cual se realizaría el proceso de inscripción extraordinaria en la carrera administrativa, de todos los empleados públicos, en un periodo de un año.

Como el gobierno hizo caso omiso y pasados 3 años, el 21 de febrero de 1984, FENALTRASE (Federación Nacional de Trabajadores al Servicio del Estado), en cabeza del presidente de su comité ejecutivo, Angelino Garzón, convocó a Paro Nacional y se tomó las instalaciones del Ministerio del Trabajo, buscando presionar al Gobierno Nacional para que suscribiera un Acta en la cual se estableciera un plazo para realizar la inscripción extraordinaria de los empleados al servicio del Estado en carrera.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Este fue un hecho de gran relevancia nacional, puesto que los empleados al servicio del Estado se tomaron el país con desfiles, y manifestaciones, todo en búsqueda de una estabilidad laboral.

*De las acciones más recordadas fue el paro nacional estatal en 1984 y la toma del Ministerio de Trabajo. Con esta acción logró que el gobierno promulgara el Decreto 583, que establece la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa, lo que cambió favorablemente la situación de 150 mil empleados públicos que habían ingresado sin que el gobierno cumpliera la ley en materia de selección... (Sindical, 2010).*

El 9 de marzo de 1984, gracias a la lucha sindical, se expidió el Decreto 583 de 1984 por medio del cual se ordenó la inscripción del 80% de los empleados nacionales del régimen común, en la carrera administrativa.

Con un intento más atacar la carrera administrativa, en 1967 se dio origen a la ley 61, que tenía como fin limitar los nombramientos de carrera, y ampliar los nombramientos de libre nombramiento y remoción, para seguir nombrando a más personas por intereses políticos que por mérito, y además disponía que los funcionarios públicos que estuviesen inscritos en carrera administrativa y a su vez fuesen nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción, perderían sus derechos de carrera.

La Constitución Política de 1991, dispuso que:

1. *ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.*

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

Ley 27 de 1992, se encargó de puntualizar el sistema de carrera administrativa y la selección de los empleados a través del sistema de mérito.

Ley 61 de 1987, por medio de ella se regularon temas asociados a la carrera administrativa y al tiempo de servicio de los nombramientos en provisionalidad. Ley 443 de 1998, modificó la composición de la comisión Nacional del Servicio Civil, estableciendo las comisiones Departamentales y Distrital del Servicio Civil.

Decreto-Ley 1569 de 1998, propició la creación de la nomenclatura única para empleos de nivel territorial y por último determinó la competencia que las entidades adelantaran los concursos de méritos. Para la promulgación de la Ley 909 de 2004, se contó con la participación de las Federaciones sindicales, el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, una comisión técnica integrada por la directora de la oficina jurídica del DAFP y el Doctor Jairo Villegas Alvares. De esta ley surgieron grandes avances para la organización de la Función Pública y la Carrera Administrativa así: Ratifico la palabra “estabilidad” dentro de la carrera administrativa, toda vez que el Presidente Uribe en su proyecto de ley de carrera 262 de 2003, pretendía quitar la palabra estabilidad del concepto de carrera administrativa. Definió la carrera administrativa así:

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*“ARTÍCULO 27. CARRERA ADMINISTRATIVA. 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.”*

Después de que la Constitución Política creara la Comisión Nacional del Servicio Civil, que la Corte Constitucional la rescatara, la Ley 909 de 2004 la desarrollo.

En el cumplimiento de sus fines, el Estado ha implementado la carrera administrativa buscando que por medio de ella, las personas tengan igualdad de oportunidades para acceder las vacantes de las cuales dispone la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital Municipal y sus entes descentralizados en las Corporaciones Autónomas Regionales; en las Personerías; en las Entidades Públicas que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud; al personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior de todos los niveles, cuyos empleos hayan sido definidos como de carrera.

Buscando, además, que el servicio que se presta a los ciudadanos sea eficiente, por ello también se basa en el mérito, para que su conocimiento, experiencia, compromiso y dedicación, estén encaminados en el buen servicio al ciudadano, y con ello el Estado pueda cumplir con los principios que lo orientan.

**Principios de la carrera administrativa.** La Ley 909 de 2004 en su artículo 28 enmarca los principios de la carrera administrativa así: *ARTÍCULO 28. PRINCIPIOS QUE ORIENTAN EL INGRESO Y EL ASCENSO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS DE CARRERA*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*ADMINISTRATIVA. La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:*

*a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos.*

*b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;*

*c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;*

*d) Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección;*

*e) Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;*

*f) Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;*

*g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;*

*h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección.*

### **Régimen General De Carrera**

Es la regla general de aplicación de los empleados públicos de niveles nacional y territorial de la administración central y descentralizada y organismos autónomos e independientes.

**Sistemas específicos de carrera administrativa.** El Artículo 4° de la Ley 909 de 2004, define los sistemas específicos de carrera administrativa *como aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.*

*2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:*

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).*
- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC).*
- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).*
- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

- *El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.*

- *El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.*

- *El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.*

- *El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos.*

3. *La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

*PARÁGRAFO. Mientras se expiden las normas de los sistemas específicos de carrera administrativa para los empleados de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, para el personal científico y tecnológico del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, para el personal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y para el personal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.*

Del contenido del artículo se puede considerar, si estos sistemas específicos de carrera, vulnerarían o estrarían en contra de lo dispuesto en la Constitución Política en sus artículos 125, 130 y 150, puesto que al hacer específicos para algunas entidades públicas los sistemas de carrera, se estaría vulnerando los principios de la carrera administrativa y el derecho a la igualdad que orientaron la creación de dichas normas.

**Procesos de selección o concursos.** Los aspirantes a las vacantes ofertadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberán cumplir con los requisitos establecidos para



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

el cargo o al ascenso al cual aspiran. La suplencia de dichos cargos estará a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil quien en cumplimiento de su misión institucional, buscará garantizar que a través del mérito, que las entidades públicas cuenten con servidores de carrera competentes y comprometidos con los objetivos institucionales y el logro de los fines del Estado, ésta entidad fue introducida al ordenamiento jurídico en la Constitución Política de 1991 en su artículo 130 así; *Habrà una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.*

Dichos concursos, se harán a través con contratos teniendo en cuenta si es una universidad privada o instituciones de educación superior acreditadas para tal fin, o por medio de convenios interadministrativos si son universidades públicas.

Lo anterior, teniendo en cuenta que es por medio de instituciones educativas que se realiza todo el proceso para adelantar los exámenes para acceder a las vacantes de carrera administrativa, para ello dichas instituciones deberán acreditar que cuentan con la competencia técnica y experiencia en el área de sección de personal y capacitación logística para tal fin.

Los costos de los concursos estarán a cargo de las entidades que requieran la provisión de los cargos. El concurso se realizará en tres etapas:

Convocatoria: para ello se expedirá un acto administrativo, el cual será suscrito por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el representante legal de la entidad que requiere la provisión de los cargos, y en ella se estipulará toda la información concerniente al concurso.

Reclutamiento: Éste estará a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de los medios de comunicación habilitados para tal fin (prensa, radio, televisión,

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

pagina web de la CNSC), su objetivo será que se inscriban el mayor número de aspirantes que cumplan con los requisitos para ocupar dichas vacantes.

Pruebas: Es la herramienta por medio de la cual se valora el conocimiento y las aptitudes con las que cuentan los aspirantes, para poder acceder de manera idónea a los cargos objeto de su postulación, éstas pruebas serán de carácter reservado y de ellas solo tendrán conocimiento a quien previamente autorice la CNSC en el progreso de reclamación. Esta valoración se hará por medio técnicos, los cuales serán objetivos e imparciales.

Posteriormente, una vez han salido los resultados de las pruebas, la CNSC expedirá una lista de elegibles que estará organizada del puntaje más alto al más bajo, la cual tendrá una vigencia de 2 años.

*Si se presenta un empate, se resolverá a favor de quien se encuentre en discapacidad, o quien ya se encuentre inscrito en carrera, y si aun así persiste el empate, se favorecerá a quien haya votado en la elección inmediatamente anterior, acogiendo a si el mandato de la ley 403 de 1997. (Moreno, 2013, pág. 272)*

Ejemplo: Si hay tres vacantes y en la lista de elegibles salen 12 personas, las vacantes se ofertarán a los primeros tres puntajes, pero si uno de ellos no acepta, se le ofrecerá al siguiente de la lista.

Periodo de prueba: Según el artículo 31 de la ley 909 de 2004 en su numeral 5, dispone que; *La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

**Registro público de carrera administrativa.** El artículo 34, menciona que:

*“Artículo 34. Registro Público De Carrera Administrativa. el registro público de la carrera administrativa estará conformado por todos los empleados actualmente inscritos o que se llegaren a inscribir, con los datos que establezca el reglamento. El control, la administración, organización y actualización de este registro público corresponderá a la comisión nacional del servicio civil, para lo cual podrá contar con el apoyo técnico, instrumental y logístico del departamento administrativo de la función pública la comisión nacional del servicio civil podrá cumplir estas funciones por medio de delegados suyos, bajo su dirección y orientación.*

*parágrafo 1o. harán parte del registro público de carrera administrativa, en capítulos especiales, los registros que se refieran a los empleados pertenecientes a los sistemas específicos de carrera de creación legal.*

*parágrafo 2o. el registro público de carrera administrativa estará integrado en el sistema unificado de información del personal en los términos que establezca el reglamento y a efectos de que sus datos puedan ser empleados para la planificación y gestión de los recursos humanos del sector público”. (Ley 909 de 2004).*

*El artículo anteriormente citado fue reglamentado por el decreto reglamentario 1227 de 2005 así:*

*“Artículo 44. La Comisión Nacional del Servicio Civil es el organismo responsable de la administración, la organización, la actualización y el control del Registro Público de Carrera Administrativa, el cual estará conformado por todos los empleados actualmente inscritos o que se llegaren a inscribir en la carrera administrativa regulada por la Ley 909 de 2004.*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*En el registro deberán incluirse, como mínimo, los siguientes datos: Nombres y apellidos del empleado, género, identificación, denominación del empleo, código, grado, jornada, nombre de la entidad, tipo de inscripción. Además de los datos anteriormente señalados, el registro contendrá el número de folio y de orden y fechas en las cuales se presentó la novedad que se registra y la del registro mismo y del cuadro funcional al que pertenece según el caso.*

*Artículo 45. Del Registro Público harán parte las inscripciones vigentes, las cuales serán actualizadas cuando hubiere lugar a ello y las no vigentes por retiro de los empleados de la carrera.*

*El registro deberá contener, además, las anotaciones a que hubiere lugar cuando un empleado se encuentre desempeñando un empleo de libre nombramiento y remoción o de período fijo, para el cual haya sido previamente comisionado, o cuando haya optado por la reincorporación en caso de supresión del empleo.*

*Estas anotaciones se mantendrán hasta que se reporten las situaciones administrativas que permitan la actualización del registro o su cancelación definitiva.*

*Artículo 46. Las solicitudes de inscripción o de actualización serán presentadas ante la Comisión Nacional del Servicio Civil únicamente por el jefe de la unidad de personal o por quien haga sus veces de la entidad en donde el empleado presta sus servicios.*

*Artículo 47. Al empleado inscrito en carrera administrativa que cambie de empleo por ascenso, traslado, incorporación, reincorporación, se le deberá actualizar su inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa.*

*Artículo 48. Del Registro Público de Carrera Administrativa harán parte, en capítulos especiales, los registros que administren las entidades con sistemas*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*específicos de carrera. El reporte de la correspondiente información se efectuará conforme con la reglamentación que expida la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

*Artículo 49. Para todos los efectos se considera como empleados de carrera a quienes estén inscritos en el Registro Público de Carrera Administrativa y a quienes habiendo superado satisfactoriamente el período de prueba no se encuentre inscritos en él.*

*Toda solicitud de actualización en el Registro Público de carrera administrativa que se presente ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá estar acompañada de los soportes documentales necesarios para determinar las circunstancias específicas en que se produjo la vinculación del empleado en el cargo en el cual se pide dicha actualización.*

*Las solicitudes de actualización deberán ser presentadas únicamente por el Jefe de Unidad de Personal o quien haga sus veces con los documentos que la soportan. Las solicitudes que no cumplan estos requisitos serán devueltas a la Entidad, a efecto de ser revisadas y complementadas para el envío nuevamente a la Comisión Nacional del Servicio Civil para el trámite correspondiente.*

*Parágrafo. La Comisión Nacional del Servicio Civil revisará la información a que se refiere el presente artículo y dispondrá la correspondiente actualización en el Registro cuando se haya dado cumplimiento a las normas que rigen la materia.”*

**Capacitación y estímulos a los empleados públicos.** Con el Decreto 1567 de 1998, se creó (sic) el sistema nacional de capacitación y el sistema de estímulos para los empleados del Estado, la Presidencia de la Republica en uso de sus facultades extraordinarias reglamentó todos los procedimientos por medio de los cuales el Estado capacita y da estímulos a sus servidores públicos.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Para ello define en la misma ley el sistema de capacitaciones en su artículo 2 como *“el conjunto coherente de políticas, planes, disposiciones legales, organismos, escuelas de capacitación, dependencias y recursos organizados con el propósito común de generar en las entidades y en los empleados del Estado una mayor capacidad de aprendizaje y de acción, en función de lograr la eficiencia y la eficacia de la administración, actuando para ello de manera coordinada y con unidad de criterios”*.

Dividiéndolo en 5 componentes:

1. Disposiciones legales
2. Plan Nacional de Formación y Capacitación.
3. Planes institucionales
4. Recursos destinados a cada programa.
5. Organismos que tienen atribuciones especiales en el sistema

general de capacitación:

- a) Departamento Administrativo de la Función pública.
- b) Escuela Superior de Administración Pública
- c) Entidades
- d) Escuelas Públicas de Formación y Capacitación.

Entendiendo capacitación como el conjunto de procesos que tiene como fin brindar educación formal y no formal para que los servidores públicos complementen su formación y sus habilidades, fortaleciendo así las instituciones, brindando un mejor servicio a la ciudadanía y dando mejores posibilidades de ascenso en la carrera administrativa.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Uno de los puntos a resaltar es que los empleados vinculados en provisionalidad dada su temporalidad en la vinculación únicamente tendrán derecho a los programas de inducción y entrenamiento del puesto de trabajo. (Decreto 1567 de 1998 art 6 literal g).

En cuanto al sistema de estímulos para los empleados del Estado, el mismo decreto en su artículo 13 “...*Establécele el sistema de estímulos, el cual estará conformado por el conjunto interrelacionado y coherente de políticas, planes, entidades, disposiciones legales y programas de bienestar e incentivos que interactúan con el propósito de elevar los niveles de eficiencia, satisfacción, desarrollo y bienestar de los empleados del Estado en el desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales...*”

El cual tiene como fin garantizar la gestión de las instituciones, motivar el desempeño eficaz y el compromiso de sus empleados. Dichos estímulos se gestionan a través de las áreas de bienestar social de las mismas instituciones, y a su vez el Departamento Administrativo de la Función Pública se encarga que cada una de las entidades cumpla con sus deberes tanto de capacitación como de dar los respectivos estímulos y reconocimientos a los servidores públicos.

**Evaluación De Desempeño.** Teniendo en cuenta que la Constitución política de Colombia de 1991 reguló la carrera administrativa como un sistema de mérito, todo lo que en cuanto a ella se refiera deberá ser evaluado, tanto el acceso a la carrera administrativa, como su permanencia y por este motivo se configura uno de los motivos de retiro de los empleos de carrera, que es que la calificación no sea satisfactoria. (Ley 909 de 2004 art 41 literal b).

El artículo 130 de la Constitución Política de Colombia, creó la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de administrar la carrera de los servidores públicos,

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

así mismo en la Ley 909 de 2004 en su Artículo 11, estableció entre las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, en su literal

*“d) Establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa”.*

Por ello, por medio del acuerdo 17 de 2008, la Comisión Nacional del Servicio Civil se señalan los criterios legales y se establecen las directrices de la CNSC para la evaluación del desempeño laboral de los empleados de carrera y en período de prueba.

El cual señala en sus aspectos generales:

**Artículo 1°. Noción y objeto de evaluación.** *La evaluación es el proceso mediante el cual se verifican, valoran y califican las realizaciones de una persona en el marco de las funciones y responsabilidades de su desempeño laboral de acuerdo con las condiciones previas establecidas en la etapa de fijación de compromisos laborales, su aporte al logro de las metas institucionales y la generación del valor agregado que deben entregar las instituciones. La evaluación del desempeño laboral se soporta preferentemente en evidencias.*

**Artículo 2°. Finalidad de la evaluación.** *La evaluación del desempeño laboral tiene como finalidad suministrar a la administración información basada en evidencias que den cuenta de la competencia laboral del empleado, con el fin de orientar la toma de decisiones relacionadas con la permanencia en el servicio, la formulación de planes de incentivos, estímulos y de capacitación y las demás acciones de mejoramiento individual e institucional a que haya lugar. La evaluación del desempeño laboral debe ser objetiva, imparcial y fundada en principios de equidad. Para realizarla deben tenerse en cuenta tanto las actuaciones positivas como las negativas del evaluado, referirse a hechos*



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*concretos y a comportamientos demostrados por el empleado durante el período de evaluación y considerar las circunstancias y condiciones en que ejerza su labor.*

**Encargos Por Vacancia De Empleos De Carrera Administrativa.** De acuerdo con el Decreto 1950 de 1973 en su artículo 34, hay encargo cuando: “se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.(...)”, por otra parte la ley 909 de 2004 en su artículo 24, señala que los encargos son un derecho que tienen los empleados que se encuentran inscritos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil en carrera administrativa para acceder de manera transitoria a cargos superiores con mejor remuneración de manera temporal, para ello debe; acreditar los requisitos para desempeñar el empleo materia del encargo (experiencia y estudio), poseer las aptitudes y habilidades, no haber sido sancionado disciplinariamente en el último año, y haber tenido evaluación sobresaliente en la última calificación de servicios.

**Pérdida De Derechos De Carrera Administrativa.** El artículo 41 de la ley 909 de 2004 señala como causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa las siguientes;

*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;*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

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;*

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;*

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 1°. 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.*

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*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 2°. 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.*

A su vez, la ley ibídem en su artículo 42 señala que se da la pérdida de derechos de carrera administrativa cuando;

*1. El retiro del servicio por cualquiera de las causales previstas en el artículo anterior, implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la presente ley.*

*2. De igual manera, se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva.*

*3. Los derechos de carrera administrativa no se perderán cuando el empleado tome posesión de un empleo para el cual haya sido designado en encargo.*

### **Provisionalidad**

La Corte Constitucional mediante sentencia T 147 de 2013 aduce que la provisionalidad se da: “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

*éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”.*

Estos cargos tienen carácter transitorio, excepcional, y tiene como fin solucionar las “necesidades del servicio”, evitando que la falta de personal entorpezca las funciones propias de una entidad.

Los funcionarios nombrados en provisionalidad no cuentan con la estabilidad laboral ni con los beneficios con los que cuentan los empleados inscritos en carrera administrativa, puesto que es por el mérito que se adquieren estos beneficios.

En sentencia SU 054 de 2015 la Corte Constitucional establece que entre los cargos de libre nombramiento y remoción y los de carrera administrativa se encuentran los empleados vinculados en provisionalidad, por lo que ostentan de una estabilidad relativa o intermedia.

*“A tono con la jurisprudencia sentada por esta Corporación, la estabilidad relativa se manifiesta en que el acto de retiro de los funcionarios que en provisionalidad ocupan cargos de carrera, debe contener una motivación coherente con la función pública en el Estado Social de Derecho, para garantizar la protección efectiva de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público.”*

Los nombramientos de empleados vinculados en provisionalidad obedecen a la discrecionalidad que tiene el nominador, que en la mayoría de los casos son los directores de las respectivas entidades, sin embargo se podría decir que tienen una estabilidad relativa pues el nominador como se decía anteriormente tiene la discrecionalidad de nombrarlo pero no de despedirlo si no es por una de las causales ya establecidas para ello que son:

- Presentarse a concurso de méritos y no pasarlo

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

- No presentarse a concurso
- Por investigación disciplinaria

*“En consecuencia, frente a los cargos provisionales no puede predicarse ni la estabilidad laboral propia de los de carrera ni la discrecionalidad relativa de los de libre nombramiento y remoción; razón por la que el nominador tiene la obligación de motivar el acto administrativo mediante el cual se produce la desvinculación.”* (Sentencia T 147,2013 Corte Constitucional).

Adicionalmente se puede destacar que la figura de la provisionalidad es usada arbitrariamente por los mandatarios, directivos y gerentes de las entidades del sector público, para su acomodo y beneficio político. Situación que se reflejada en el claro ejemplo del cambio en la planta de personal en provisionalidad con la llegada de nuevas alcandías o directivos en las entidades públicas, y dada la falta de regulación al respecto resulta sencillo acomodar “su gente” durante su periodo.

Es una figura que trae consigo circunstancias de impacto económico, precisamente porque al realizar la vinculación de personal como empleados en calidad de provisionales, las entidades del Estado se libran de asumir el pago de indemnizaciones por despidos sin justa causa, licencias, entre otros aspectos económicos, que no cuentan con ningún tipo de regulación específica, ni mucho menos una estabilidad laboral completa.

### **Capítulo III**

#### **Criterios de Desvinculación Determinados en el Artículo 125 Constitución Política**

El capítulo final se centró específicamente en la desvinculación de los empleados vinculados en provisionalidad, situación jurídica que con el tiempo ha presentado discrepancia entre los criterios en los que se soportan los fallos de la Corte Constitucional,

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

como máxima autoridad en materia constitucional, y el Consejo de Estado, como máximo órgano de cierre en la jurisdicción contenciosa administrativa, encargada de regular la relación laboral de los empleados con la administración. Para lo cual se realizó un análisis jurisprudencial a través de las fichas técnicas de la Universidad de Pamplona.

### **Criterio Diferenciador entre las Altas Corporaciones**

Al estudiar la forma en que las autoridades administrativas proveen las plantas de personal se encuentra las siguientes figuras (i) empleos de carrera administrativa, (ii) empleos de libre nombramiento y remoción, (iii) empleos en provisionalidad y (iv) empleos por encargo. El nombramiento en provisionalidad sucede en dos circunstancias, la primera de ellas es por inexistencia de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, la cual permite nombrar a las personas que superaron el concurso a los cargos de carrera administrativa, por lo que cuando no se cuenta con dicho registro, la entidad nominadora procede a nombrar en provisionalidad determinado personal para que supla el cargo vacante; y la segunda opción, se presenta cuando el servidor público nombrado en carrera no se encuentra en su cargo bien sea por una comisión, por una licencia o por encontrarse en encargo de un puesto superior al que desempeña.

Estas situaciones dan cabida a una vacancia temporal de ese cargo, circunstancia que permite a la entidad nominadora nombrar en provisionalidad a un empleado por el tiempo en que la vacante esté disponible, de acuerdo con lo estipulado en el párrafo del artículo 125 constitucional, el cual señala:

“PARÁGRAFO. Adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos,

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.”

En contexto la provisionalidad de los empleados al servicio del Estado en relación con la realidad con la inestabilidad laboral al que deben someterse, deja a la vista como esta figura fue introducida en el ordenamiento jurídico con el fin de nombrar al antojo o conveniencia de la autoridad administrativa una planta de personal completamente desprotegida en materia legal, situación que hasta el momento se encuentra en un vacío normativo, sin que le legislador se preocupe por atender y regular esta realidad laboral, que hoy por hoy ha generado un movimiento masivo de demandas en el aparto judicial.

Es por ello que los servidores públicos nombrados en provisionalidad han tenido que acudir de manera reiterativa a las autoridades judiciales para que sean ellas quienes resuelvan su situación y en el mejor de los casos les brinden protección a los derechos fundamentales vulnerados.

Derechos fundamentales tales como: el debido proceso, el derecho al trabajo, el mínimo vital, la contradicción, el acceso a la justicia, la estabilidad laborar, la confianza legítima, entre otros tantos que se han visto menos cavados por la práctica clientelista de los nominadores, que han usado esta figura laboral para darle el mismo trámite que los empleos de libre nombramiento y remoción, tanto en su nombramiento como en su retiro, bien sea para pagar favores de carácter político o para nombrar amigos, conocidos de sus amigos, para luego cobrar favores y entre otros actos de corrupción de siempre han manchado el funcionamiento de la administración.

El análisis de fichas técnicas de las sentencias aplicado en la presente investigación permite determinar el criterio usado por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado desde los primeros fallos del retiro de los empleados vinculados en

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

provisionalidad. Lo primero que se debe destacar es que el Consejo de Estado desde sus pronunciamientos iniciales desconoció por completo las garantías de los empleados vinculados en provisionalidad, argumentado su posición en una postura netamente legalista, por cuanto la normatividad del momento no señalaba taxativamente la obligatoriedad de las entidades nominadoras frente a la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados en provisionalidad.

Aun cuando es notorio como las Altas Cortes han estado en constante desacuerdo frente a la motivación de los actos administrativos que desvinculan el empleado en provisionalidad, no se puede dejar de lado, que la posición de ambas corporaciones ha sufrido algunos ajustes, propendiendo por salvaguardar los principios y garantías constitucionales de los trabajadores.

Para iniciar, cabe resaltar que para escoger las sentencias aquí estudiadas se llevó a cabo la metodología del profesor López Medina (2013), estructurado en tres pasos, de la siguiente manera: “i) el punto arquimédico de apoyo, ii) ingeniería reversa y, iii) la telaraña y los puntos modales de jurisprudencia.” (p.168). En ese orden de ideas se resaltarán de acuerdo con la metodología las sentencias de la Corte Constitucional así:

1. El punto arquimédico usado fue la Sentencia SU 054 de 2015, la cual es el fallo unificado más reciente, los hechos son relevantes al tema abordado, además de tener un patrón fáctico similar con el problema de investigación.

2. Una vez realizada la ingeniería en reversa, se encontró que los fallos más citados fueron: SU 556 de 2014, SU 917 de 2010, C 279 de 2007, SU 691 de 2011, SU 250 de 1998, C 279 de 1998, T 656 de 2011, C 618 de 1993, C 734 de 200, T 132 de 2007 y C 514 de 1994.



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

3. Para finalmente configurar la telaraña citacional de la siguiente manera: SU 250 de 1998 (sentencia hito de la línea), SU 917 de 2010 (Sentencia dominante), SU 691 de 2011, SU 556 de 2014 (sentencias consolidadoras de línea) y SU 054 de 2015.

Ahora bien, al analizar el caso del Consejo de Estado se puede resaltar lo siguiente:

1. El punto arquimédico fue la sentencia 05001-23-33-000-2017-04848-01 del 1 de marzo de 2018.

2. Por su parte para construir la ingeniería en reversa se resaltan los siguientes fallos Expediente Radicación No. 4577 del 8 de junio de 1992, Expediente Radicación No. 6114 del 9 de marzo de 1994 y la sentencia 76001-23-31-000-1998-1834-01 del 13 de marzo de 2003. Estos fallos son considerados consolidadores de línea.

3. El fallo contenido en la sentencia 25000-23-25-000-2005-01341-02 de septiembre de 2010, es considerado una sentencia modificadora de línea, toda vez que cambio la postura del Consejo desde ese pronunciamiento.

El Consejo de Estado, cuerpo colegiado que ha sufrido cambios considerables, y en la cual se puede hacer una distinción de sus pronunciamientos en dos periodos de tiempo. El primero data de los primeros fallos aproximadamente desde 1992 hasta el 2010, momento en el cual su posición era de corte hegemónico y argumentaba claramente que en los actos administrativos de retiro por la insubsistencia del empleado provisional no era obligación ni deber por parte de la autoridad administradora motivar los actos de desvinculación de los empleados vinculados en provisionalidad.

En ese orden de ideas, se citaron algunos de los pronunciamientos del Consejo de Estado para soportar la anterior afirmación. Como lo fue el fallo del Expediente Radicación No. 4577 del 8 de junio de 1992, la Consejera Ponente Clara Forero de Castro, el cual

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

sostuvo que las personas en provisionalidad no gozaban ni de periodo fijo, ni de fuero relativo de estabilidad, mucho menos de permanencia en su cargo asignado temporalmente, toda vez que para adquirir el amparo propio del empleo en carrera debía el empleado provisional estar inscrito y escalonado en carrera administrativa, además, arguye que la provisionalidad tiene igual tratamiento que el régimen de libre nombramiento y remoción, razón por la cual la insubsistencia puede ser declarada en cualquier momento, sin que deba existir motivación alguna.

Esta posición prevaleció en el Consejo de Estado actuando notoriamente en desconocimiento de la aplicación del precedente constitucional, tal y como se evidencio en la providencia del bajo radicado No.76001-23-31-000-1998-1834-01 del 13 de marzo de 2003, Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro, en la cual el Consejo afirmó que el nombramiento en provisionalidad puede operar tanto en el caso en el que el empleo se encuentra vacante definitivamente, hasta tanto la designación del cargo se realice por concurso de méritos, o en caso de vacancia temporal. Reconoce el Consejo que para la Corte los empelados nombrados en provisionalidad gozan de una estabilidad restringida, toda vez que el acto administrativo de su retiro debe ser motivado como garantía del debido proceso. Pero que tratándose de la jurisdicción contenciosa en punto del nombramiento en provisionalidad judicial, no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiendo entonces, proceder a su retiro sin que medie motivación alguna, amparando su postura precisamente en la inexistencia de regulación que impusiera la obligatoriedad por parte del nominador a la hora de motivar el acto de desvinculación.

Este tipo de criterio manejado por el Consejo muestra como al momento de decidir el fallador asemeja el tratamiento que debe aplicarse en los casos de retiro de los empleados vinculados en provisionalidad del mismo modo los empleados de libre nombramiento y

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

remoción, y en virtud de ello, la no motivación de los actos de insubsistencia de los empleados vinculados en provisionalidad argumentando la no vulneración al debido proceso, ya que se presume que el retiro se hace para mejorar el servicio. Realidad que impedía al empleado afectado atacar el acto por alguna causal de anulación consagrada en el artículo 84 del anterior C.C.A.

Sumado a lo anterior, el Consejo sustentaba el desconocimiento del precedente judicial en el imperio de la ley, imponiendo al accionante la carga probatoria de demostrar a través de un medio idóneo y eficaz la desviación de poder del dominador al no motivar los actos administrativos, generando este tipo de pronunciamientos no solo violación al debido proceso, sino también el acceso a la administración de justicia. Esta precaria situación llevaba a que los ciudadanos una vez obtuvieran el fallo del Consejo de Estado desconociendo sus derechos, tuvieran que acudir a la Corte Constitución a través de acción de tutela contra providencias judiciales, con el fin de conseguir la protección a sus derechos constitucionales que no solamente eran afectados por la autoridad administradora nominadora, sino que además era violentados por el máximo órgano de cierre en la jurisdicción contenciosa, el Consejo de Estado.

La jurisprudencia del Consejo tuvo que cambiar y no precisamente por el deseo de ajustarse al precedente constitucional, sino por el contrario, debido al cambio en la regulación a través de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, los cuales impusieron expresamente la obligación de motivación de los actos de retiro del cargo de un empleado nombrado en provisionalidad. Es por ello, que en los pronunciamientos posteriores del Consejo impusieron el deber a los nominadores de motivar los actos administrativos, tal y como se evidencia en la Sentencia 25000-23-26-000-2012-01107-01(51510) del 1 de septiembre de 2016, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), en la cual

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

se determinó que la desvinculación de un funcionario tanto en provisionalidad como de los de libre nombramiento y remoción, cuando se trate de la declaratoria de insubsistencia debe ser motivada explicando las razones de interés público que lleva al nominador a tomar esta decisión, así como el deber de contener como elemento teleológico la mejora del servicio.

En contraposición con la postura del Consejo de Estado, la Corte Constitucional actuando como guardiana de la Constitución a partir de la sentencia SU-250-98 del 26 de mayo de 1998, creó un hito en materia de motivación de los actos administrativos que desvincularan a empleados vinculados en provisionalidad, definió entonces, que la motivación de los actos administrativos que declararan el retiro por insubsistencia de los cargos en provisionalidad sería deber de la autoridad administrativa para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder, además que ello permitiría el control de la actividad administrativa.

Sentada esta posición la Corte Constitucional brindó la oportunidad a los empleados en provisionalidad afectados por el retiro la posibilidad de defenderse ante la arbitrariedad y el notorio desvío de poder de las autoridades administrativas tras crear una línea jurisprudencial extensa, de la cual se resalta el fallo SU-917-2010, del 16 de noviembre de 2010, en la cual la Corte Constitucional señala del deber que le asiste a toda autoridad administrativa o judicial de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado, lo que significa que deben exponer las razones de hecho y de derecho que sustentan su decisión. Lo anterior, con el fin de ajustar el poder público al principio de legalidad y evitar la arbitrariedad en decisiones que puedan afectar a los administrados.

Además, la motivación de las decisiones de la administración es la manera de garantizar los derechos de contradicción y la defensa del debido proceso, esto con propósito de que el afectado pueda controvertir las razones que dieron lugar a su desvinculación. Es

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

precisamente de esa forma que se puede dar cumplimiento al debido proceso y permitir el acceso efectivo a la administración de justicia. Adicionalmente, se refirió a la motivación de los actos administrativos la cual guarda relación directa con las características propias de un gobierno democrático, que obliga a las autoridades dar a conocer las razones por las cuales han actuado en determinado sentido con relación a los administrados.

Concluyó la Corte al manifestar que un empleado que ocupará un cargo en provisionalidad pese a no contar con la estabilidad laboral propia de los empleados en carrera, el nominador estaba en la obligación de motivar de manera puntual las razones por las cuales tomó la decisión de retiro del cargo, y estas debían versar específicamente sobre lo dispuesto en el artículo 125 constitucional, tratándose de: condena por un proceso disciplinario, el servicio prestado en ejercicio del cargo, la no presentación a concurso de méritos, o la presentación sin que haya aprobado el concurso y por último, que la vacante sea ocupada por una persona que ganará el concurso.

Con posterioridad en la sentencia SU-446-2011 del 26 de mayo de 2011, la Corte determino el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, por lo que la carrera administrativa fue contemplada como un principio constitucional soportada en los fines estatales del derecho a la igualdad y la prevalencia de los derechos fundamentales del acceso a cargos públicos y el debido proceso. En virtud de lo anterior, la Corte indicó que el Estado debía respetar cada una de las reglas, condiciones y fases impuestas en las convocatorias de provisión de cargos de carrera, las cuales servían precisamente para la de auto vinculación y autocontrol de la administración.

Adicionalmente, al analizar la situación de los empleados vinculados en provisionalidad afirma la Sala que gozan de una estabilidad relativa, la cual puede ser

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

terminada por el mejor derecho que tiene aquellas personas que hayan ganado un concurso público de méritos, tal y como lo señala el artículo 125 constitucional.

No obstante, el Estado está en la obligación de dar un trato preferente a las personas en situaciones especiales tales como, madres o padres cabeza de familia, personas con calidad de pre-pensionados, y personas en situación de discapacidad, situaciones para las cuales deben ser creados mecanismos que garanticen su protección.

Es preciso señalar que la Corte Constitucional en Sentencia SU-556-14 del 24 de julio, determinó que al hablar de la estabilidad de los empleados en provisionalidad, concluye la Corte que no les asiste el derecho de estabilidad con el que cuentan los empleados que acceden a la función pública por medio del concurso de méritos, pero tampoco se les puede dar un trato igual que un cargo de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, los empleados vinculados en provisionalidad cuentan con una estabilidad relativa, que se materializa con el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad únicamente en situaciones de procesos disciplinarios en su contra, el buen servicio desempeñado o por el nombramiento en propiedad del cargo, sin haberse presentado a concurso o a pesar de haberse presentado no haberlo aprobado.

De acuerdo con los anteriores argumentos, se pudo concluir que la divergencia de criterios suscitado entre la Corte Constitucional y Consejo de Estado en materia del retiro de los empleados vinculados en provisionalidad existió desde los primeros pronunciamientos que resolvieron conflictos derivados de la figura de la provisionalidad, y precisamente a pesar de ser la Corte por mandato Constitucional la máxima autoridad en materia de derechos y garantías fundamentales, fue el Consejo de Estado quien decidió apartarse de sus precedentes por considerar que las decisiones en materia administrativa estarían bajo el imperio de la Ley y no del precedente constitucional.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Situación que llevo a constantes demandas en ambas corporaciones, en donde los ciudadanos encontraban dos posiciones en una lucha por el poder de la decisión final frente al tema de la desvinculación de los empleados en provisionalidad, generando a su vez inseguridad jurídica para los sujetos directamente afectados, y congestión en el aparato judicial, porque precisamente la Corte tenía que realizar un estudio de los fallos del Consejo de Estado para dejar sin efecto sus decisiones, y amparar las garantías fundamentales de los empleados vinculados en provisionalidad, generando de esta manera una retractación en los pronunciamientos del Consejo de Estado.

Ciertamente no se puede desconocer que al hablar de la desvinculación de los empleados públicos en provisionalidad, el Consejo de Estado se vio “obligado” a cambiar su criterio, pero no precisamente por buscar la armonía en las decisiones judiciales, sino por el cambio de las leyes, a través de la Ley 909 de 2004, la cual impuso la obligación a las autoridades administrativas de motivar los actos de retiro de los empleados vinculados en provisionalidad, y debido a su posición legalista, no tuvo otra opción que ceñirse a lo dispuesto por la norma y cambiar su posición.

Poniendo de esta manera fin al enfrentamiento de criterios entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, por lo menos frente a la desvinculación de los empleados en provisionalidad, aceptando finalmente la supremacía de la Constitución (artículo 125) tratándose de amparar garantías fundamentales de los empleados vinculados en provisionalidad.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

### **Conclusiones**

La evolución histórico-jurídica del trabajo en Colombia nos demuestra como el Estado siempre ha sido ineficiente a la hora de reglamentar y dar un orden legal a las constantes circunstancias de vulneración de derechos a los que se vieron sometidos por tantos años los trabajadores. Tanto en el plano interno como internacional, fue necesario coaccionar al Estado colombiano como garante de los derechos fundamentales de los trabajadores, a crear y reconocer a partir de las disposiciones constitucionales de 1991, leyes y decretos reglamentarios, que garantizaran el trabajo en condiciones de dignidad y justicia laboral.

Debido a lo anterior se hizo necesario la implementación de principios constitucionales que rigieran las relaciones laborales, amparados y aceptados no solo por el ordenamiento interno (artículo 53), sino también por la normatividad internacional en materia laboral a través del bloque de constitucionalidad (artículo 93). A la par, fue imperativo para el sistema laboral administrativo establecer las categorías laborales y el sistema de clasificación de los empleados al servicio del Estado (artículo 125). El último aspecto es una situación que ha venido generando controversias en materia jurídica, y que una vez más deja en descubierto el descuido del poder legislativo en la no regulación concreta de los empleados vinculados en provisionalidad.

Es por esta misma razón que el Estado se ha visto en la necesidad de reglamentar cada una de las categorías de los trabajadores, en las que encontramos los trabajadores de la función pública, que para el caso que nos ocupa esta la carrera administrativa, los empleados de libre nombramiento y remoción, quedando sin regulación la naturaleza jurídica y económica de los empleados vinculados en provisionalidad.



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Las entidades de orden nacional tienen una planta de empleados aprobada para su funcionamiento y estos cargos son de carrera, para la provisión de estos empleos se debe realizar concurso de méritos, concurso que debe ser realizado por la CNSC, quien a su vez inscribe los ganadores del concurso en carrera, los cargos que no son provistos por este medio, y que quedaron vacantes pueden ser ocupados por empleados nombrados en provisionalidad, nombramiento que se hace a discrecionalidad del nominador, estos empleados según la Corte Constitucional gozan de una estabilidad relativa, ello debido a que a diferencia de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser nombrados y retirados de su cargo a discrecionalidad del nominador, para que se les pueda desvincular deben ser por unas causales explícitas, y dicho acto administrativo debe ser motivado.

El enfrentamiento de criterios tuvo su inicio con la postura del Consejo de Estado, en sus primeros pronunciamientos, al argumentar la no motivación de los actos administrativos que desvinculaban a los empleados en provisionalidad, generando con ello la desnaturalización de la provisionalidad y la arbitrariedad de las autoridades administrativas, fundamentando su posición en que toda decisión del Consejo estaría sujeta únicamente al imperio de la Ley y no del precedente constitucional. Postura que no era compartida por la Corte Constitucional, quien desde su primer fallo en esta materia dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, y amparo a capa y espada las garantías y principios constitucionales de los empleados vinculados en provisionalidad.

El fin del enfrentamiento se llevó a cabo con la expedición de la Ley 909 de 2004, la cual impuso como obligación a las autoridades administrativas la motivación de todo tipo de actuación, incluyendo los actos de retiro de los empleados vinculados en

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

provisionalidad, obligando de esta manera al Consejo de Estado a adoptar el precedente constitucional, por estar adecuado a lo determinado en la Ley antes referida. Por lo tanto, la Corte Constitucional ganó la partida en la materia de desvinculación de empleados en provisionalidad por salvaguardar a toda costa los principios de un Estado Social de Derecho y el correcto funcionamiento de la Administración Pública.

Como aporte de la investigación, se resalta que siempre existirán los empleados en provisionalidad en las plantas de personal de las entidades públicas, indiferentemente a las convocatorias y apertura de los concursos de méritos, por lo tanto es imperativo que el legislador regule de manera específica el tratamiento a la figura de los provisionales. Siempre ponderando el concurso de méritos para la escogencia del personal mejor capacitado.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

## Análisis sentencia Consejo de Estado

<b>ANALISIS CONCEPTUAL</b>	
<b>I. IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Consejo de Estado, Expediente Radicación No. 4577, Consejera Ponente: Clara Forero de Castro, 8 de junio de 1992.
<b>II. HECHOS RELEVANTES</b>	<p>El señor A actuando a través de apoderado judicial presento demanda ante el Tribunal por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, su pretendía la nulidad del Decreto 1524 de 1984, por medio del cual B y C habían declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Especializado – Código 3010 – Grado 09, de la Secretaría Técnica de la Dirección de Inmuebles Nacionales, argumentó el accionante que al ocupar un cargo de carrera no podía ser removido con un acto discrecional por parte de la Administración, además señala que en su hoja de vida no se dejó constancia de las razones de su retiro.</p> <p>El fallo de primera instancia negó las pretensiones de la demanda al considerar que el señor A no probó que estuviera inscrito y escalafonado en carrera, razón por la cual no contaba con los beneficios de la naturaleza del cargo. El apoderado del accionante apeló sustentando que el fallo no tuvo en cuenta para decidir la violación de normas constitucionales por parte de B, quien únicamente podía remover libremente a sus agentes. Así como también expreso que cualquier nombramiento ordinario hecho para un empleo de carrera, efectuado por B, transcurridos cuatro meses confiere propiedad al empleado.</p>
<b>III. ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Insubsistencia, Carrera Administrativa, Inscripción automática, Nombramiento en Provisionalidad, Estabilidad.
<b>IV. PARTES</b>	Sujeto Activo: A Sujeto Pasivo: C
<b>V. PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿Es necesario motivar los actos de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad al ocupar un empleo de carrera?
<b>VI. TESIS</b>	Tribunal Administrativo: No.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	Consejo de Estado: No.
<b>VII. EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	<p>Sostiene el Consejo de Estado que las personas en provisionalidad no gozan ni de periodo fijo, ni de fuero relativo de estabilidad, ni de permanencia en su cargo asignado temporalmente, toda vez que para adquirir el amparo innato de la carrera debe el empleado vinculado en provisionalidad estar inscrito y escalafonado en carrera administrativa, desestimando la existencia de la figura de la inscripción automática en carrera administrativa. Además, arguye que la provisionalidad tiene igual tratamiento que el régimen de libre nombramiento y remoción, por lo cual la insubsistencia puede ser declarada en cualquier momento, sin que deba existir motivación alguna. Finaliza refiriéndose a la falta de anotación en la hoja de vida de las causas que motivaron la declaratoria de insubsistencia, haciendo la precisión que esta actuación generaría una sanción administrativa, pero jamás configuraría la nulidad del acto administrativo.</p>
<b>ANÁLISIS CRÍTICO</b> <p>En la época en la que es proferido el fallo el Consejo de Estado sostuvo la no obligación de motivar los actos que declaraban la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad, y esto debido a que la Ley no tenía una disposición expresa que estableciera tal situación, tan solo debían hacer un análisis del servicio prestado en ejercicio del cargo asignado. Tesis que no se comparte, porque es claramente violatoria del derecho constitucional al debido proceso, consagrado en el artículo 29, en virtud de que toda clase de pronunciamientos tanto judiciales como administrativos deben estar debidamente motivados, situación desconocida por completo en este pronunciamiento apoyándose en que los nombramientos en provisionalidad deben dárseles el trámite del régimen de libre nombramiento y remoción. Además de desconocer el mandato constitucional del artículo 125, el cual es claro al señalar las únicas razones por las cuales debe ser retirado del cargo un empleado al servicio del Estado, así como el párrafo que adicionó que los empleados vinculados en provisionalidad para reemplazos por falta absoluta del titular, deberán cubrir el cargo por el período restante para el cual fue elegido.</p>	

**ANALISIS CONCEPTUAL**

<b>I. IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Consejo de Estado, Expediente Radicación No. 6114, Magistrado Ponente Joaquín Barreto Ruiz, 9 de marzo de 1994.
<b>II. HECHOS RELEVANTES</b>	<p>El señor A tomó posesión del cargo de Abogado Auxiliar del Juzgado Segundo de Orden Público de Cali desde el 16 de septiembre de 1998 hasta el 30 de abril de 1999 fecha en que le fue comunicado la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento por medio de la Resolución No. 3, la cual señala en su artículo 2° que la persona nombrada en provisionalidad podía ser removida de su cargo sin necesidad de motivar el acto administrativo. Presenta demanda en contra de B, fundamentando sus pretensiones en los requisitos para la declaratoria de insubsistencia contentivos en el artículo 115 del Decreto 1660 de 1978, los cuales hablan de falta de requisitos y calidades para desempeñar el cargo, circunstancias que según el demandante no se configuraron toda vez que acto acusado fue motivado por la incapacidad y negligencia en el desempeño del cargo, más no por las dispuestas en el Decreto antes citado.</p> <p>Adicionalmente, afirma que era un funcionario de período, según el artículo 44 del Decreto 1660, y no provisional, por no cumplir con lo establecido por el artículo 47 s.s. ibídem. Lo que significa, que al cumplir con los requisitos para asumir el cargo el señor A debió permanecer por el mismo período que el juez del despacho, revistiendo el nombramiento en provisional de una estabilidad especial durante un período igual que el de su superior. Es por ello que únicamente, según el actor se podía declarar la insubsistencia en los casos señalados en los artículos 8 a 10, o por pérdida del empleo o retiro forzoso, las cuales en el presente caso no se presentaron.</p> <p>Además, argumentó que hubo una extralimitación por parte del nominador como del secretario quien firmo el acto administrativo, actuación que no podía hacer en virtud del grado de su cargo, por lo que el acto debía ser firmado únicamente por el juez.</p>

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	La sentencia de primera instancia negó las pretensiones de la demanda. El demandante apelo reiterando los argumentos de la demanda en la sustanciación del recurso.
<b>III. ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Carrera Judicial, Nombramiento en Provisionalidad, Insubsistencia, Estabilidad, Extralimitación de Funciones.
<b>IV. PARTES</b>	Sujeto Activo: A Sujeto Pasivo: B
<b>V. PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿El Decreto 1660 de 1978 reviste a los empleados nombrados en provisionalidad de estabilidad laboral por el mismo tiempo que su superior jerárquico?
<b>VI. TESIS</b>	Tribunal Administrativo: No Consejo de Estado: No
<b>VII. EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	<p>El fallador primera instancia no tuvo en cuenta el Decreto 1660 de 1978 debido a que no era aplicable para el caso, ya que cuando fue expedido el acto administrativo acusado regía el Decreto 52 de 1987, por el cual se reformo y puso en funcionamiento el Estatuto de Carrera Judicial. También señaló que el acto administrativo fue motivado sin necesidad de hacerlo, pues el demandante no lo amparaba fuero, ni contaba con estabilidad alguna. Por el contrario, es correcto el argumento del nominador, quien por el bajo rendimiento en el ejercicio de sus funciones expidió el acto de insubsistencia, razón más que suficiente para producir el retiro del servicio del señor A.</p> <p>Por su parte el Consejo de Estado, concuerda con la tesis del Tribunal, al señalar que el Decreto 52 de 1987 derogó las disposiciones del Decreto 1660, razón por la cual no es aplicable la figura señalada por el actor. Por otro lado, el cargo que desempeñaba el demandante era de carrera y debía ser previsto por el sistema de méritos, pero como la vinculación del señor A no se hizo por ese sistema su designación entonces tuvo el carácter de provisional. El Consejo señaló que la estabilidad relativa en la rama judicial</p>

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	<p>únicamente se da por el cumplimiento de los requisitos del sistema de méritos, la superación del período de prueba y la calificación satisfactoria del servicio. Ahora bien, aunque no existe una disposición legal que regule la desvinculación mediante declaratoria de insubsistencia del empleado en provisionalidad, el nominador tiene la facultad de prescindir de un empleado tan solo por las razones de buen servicio, debido esto a la que la estabilidad relativa es propia de empleado que ingreso por el sistema de méritos, que superó el período de prueba y fue calificado satisfactoriamente.</p>
--	--

**ANALISIS CRÍTICO**

Precisamente la motivación del acto es lo que me permite estar de acuerdo con la decisión, en virtud de que el fallador garantizó el debido proceso en su actuar, permitiendo de esta manera que el empleado provisional ejerciera el derecho de contradicción y utilizará las herramientas jurídicas para definir su situación laboral. Tal y como se evidenció en el presente caso, en donde el nominador actuando a través del secretario del despacho, como titular de este, decidió declarar la insubsistencia del empleado provisional motivando el acto administrativo por incapacidad y negligencia al desempeñar el cargo, razones suficientes para demostrar de mal servicio que venía desempeñando el empleado. En este caso en concreto resulta evidente como la decisión es ajustada a derecho, garantizando el debido proceso (artículo 29), así como cumpliendo con la causal de retiro, por calificación no satisfactoria en el desempeño del cargo asignado (artículo 125).

**ANALISIS CONCEPTUAL**

<b>I. IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Consejo de Estado, Sentencia 76001-23-31-000-1998-1834-01, Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro, 13 de marzo de 2003.
<b>II. HECHOS RELEVANTES</b>	La señora A mediante apoderado judicial, impetró el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la entidad B, en la cual solicitó la nulidad de la Resolución mediante la cual se le declaró insubsistente en el nombramiento del cargo que venía desempeñando en provisionalidad. En primera instancia le fueron negadas las pretensiones de la demanda.
<b>III. ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Motivación de los Actos Administrativos, Insubsistencia del Nombramiento Judicial en Provisionalidad.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

IV. <b>PARTES</b>	Sujeto Activo: A Sujeto Pasivo: B
V. <b>PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿Tiene fuero de estabilidad por desempeñar un cargo de carrera en provisionalidad? ¿Requería motivación el acto administrativo que declara la insubsistencia del nombramiento?
VI. <b>TESIS</b>	Tribunal Administrativo: No Consejo de Estado: No
VII. <b>EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	<p>El Consejo de Estado frente al particular tiene una posición al interior de la Corporación dividida, de modo tal, que la sección segunda “A” manifestó que los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública y ejerciendo empleos de carrera judicial, contaban con una estabilidad restringida, sujeta a que para ser desvinculados debía mediar un acto administrativo motivado, de esta manera garantizarían el debido proceso. Por el contrario la sección segunda “B” sostuvo que los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste fuero de inamovilidad, tal y como ostentan quienes ingresar al servicio mediante concurso de méritos, razón por la cual están sujetos a la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo separarlos del servicio sin motivación alguna. Es por ello que tratándose del nombramiento en provisionalidad judicial, el Consejo de Estado unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no cuentan fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin motivación alguna.</p> <p>De otro lado es imperativo reconocer el régimen jurídico de la nominación y retiro de los empleados vinculados en la rama judicial, en concreto el contenido del artículo 125 constitucional, por el cual se determinó únicamente las razones en las que se deberá efectuar el retiro de los empleados al servicio del estado, esto es: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del</p>



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	régimen disciplinario y por las demás previstas en la Constitución o la ley.
<b>ANÁLISIS CRÍTICO</b>	
<p>No compartimos la tesis del Consejo de Estado, pues desconoce el precedente constitucional del guardián de la constitución, quien en diversos fallos ha sostenido que el retiro del cargo de carrera ejercido por empleados vinculados en provisionalidad deberá ser motivado como garantía de los principios del Estado Social de Derecho y los derechos constitucionales reconocidos en el fallo SU 250 de 1998, el cual señala que: “En el Estado constitucional no existe discrecionalidad absoluta de la administración. Es más, la motivación de las decisiones de la administración es la regla general, que sólo se exceptúa en los casos que taxativamente señale la Constitución y la Ley, tal como ocurre con los cargos de libre nombramiento y remoción”. Este criterio es desconocido por completo, dando lugar a la afectación del derecho constitución del debido proceso. Adicional a ello, el Consejo de Estado no da cumplimiento ni a las razones para efectuar el retiro de los empleos en los órganos del Estado, como también desconoce el periodo establecido por la constitución tratándose de empleados vinculados en provisionalidad.</p>	

<b>ANÁLISIS CONCEPTUAL</b>	
<b>I. IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Consejo de Estado, Sentencia 25000-23-25-000-2005-01341-02 (0883). Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, 23 de septiembre de 2010.
<b>II. HECHOS RELEVANTES</b>	La demandante A le fue declarado insubsistente su nombramiento en provisionalidad por medio de la Resolución 01589 del 29 de septiembre de 2004 expedida por el gerente general de la entidad C, sin que existiera motivación en el acto administrativo. Razón por la cual presento demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa, la cual fue negada en primera instancia.
<b>III. ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Declaratoria de Insubsistencia en el Nombramiento de Empleos Públicos, Nombramiento en Provisionalidad, Motivación del Acto Administrativo.
<b>IV. PARTES</b>	Sujeto Activo: A Sujeto Pasivo: C
<b>V. PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿Se ajusta a derecho, según lo establecido en la Ley 904 de 2004, la

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	Resolución 01589 del 29 de septiembre de 2004, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de quien ocupaba un cargo de carrera administrativa en provisionalidad?
<b>VI. TESIS</b>	Tribunal Administrativo: Si Consejo de Estado: Si
<b>VII. EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	<p>El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda, por considerar que el acto administrativo de acuerdo a la postura de la jurisdicción contenciosa administrativa no debía motivarse, toda vez que el nombramiento de la demandante se realizó en vigencia de la Ley 443 de 1998, la cual no imponía la obligación de motivar las decisiones de los entes nominadores, además de permitir que se les tratará a los empleados en provisionalidad como empleados de libre nombramiento y remoción.</p> <p>Por el contrario, el Consejo de Estado determino que: <i>“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 (sic) produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.”</i> Motivo por el cual, el Consejo de Estado revoco la decisión de primera instancia y en su lugar ordeno declarar la nulidad del acto administrativo, toda vez que cuando se trate de la declaratoria de insubsistencia dicha decisión ser motivada explicando las razones de interés público que lleva al nominador y además debe</p>

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	contener como elemento teleológico la mejora del servicio, razones que se encuentran reconocidas en el artículo 125 constitucional.
<b>ANÁLISIS CRÍTICO</b>	
<p>La postura que maneja el Consejo de Estado para decidir el presente asunto es compartida, en virtud de ceñirse al precedente constitucional en materia de provisionalidad, tal y como lo señala la Corte en Sentencia SU 917/10, como quiera que la desvinculación de un provisional debe estar debidamente motivada obedeciendo a razones del servicio, por violación al régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley (artículo 125 C.N.), explicando de manera clara y precisa las razones de interés general, con el fin de evitar la arbitrariedad en sus decisiones. De esta manera el nominador actúa conforme a los principios constitucionales que rigen la función administrativa, salvaguardando además los derechos fundamentales a la contradicción y debido proceso que tiene derecho el empleado vinculado en provisionalidad.</p>	

<b>ANÁLISIS CONCEPTUAL</b>	
<b>I. IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Consejo de Estado, Sentencia 05001-23-33-000-2017-04848-01(AC), Consejero Ponente William Hernández Gómez, 1 de marzo de 2018.
<b>II. HECHOS RELEVANTES</b>	El accionante A desde el 29 de septiembre de 2005 hasta el 14 de diciembre de 2017 estuvo vinculado en provisionalidad en varios cargos de la entidad B. Manifestó que desde el 2016 empezó a presentar un dolor en la región lumbar dificultando el desarrollo de sus funciones y su vida cotidiana, informando en todo momento su estado de salud. La entidad B prestó los cuidados médicos necesarios para su trabajo, tras continuar con constantes malestares e iniciar el proceso de calificación para determinar su pérdida de capacidad laboral, fue hasta el 2017 que quedó cesante. Razones que lo llevaron a presentar acción de tutela en la cual solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, mínimo vital, trabajo, seguridad social, vida digna, igualdad y estabilidad laboral reforzada. En primera instancia le fue negado el amparo.
<b>III. ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Servidores Públicos Nombrados en Provisionalidad que Desempeñan Cargos de Carrera, Situación de Debilidad Manifiesta.
<b>IV. PARTES</b>	Sujeto Activo: A

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	Sujeto Pasivo: B
V. <b>PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿Cuentan con especial protección constitucional los servidores públicos nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa?
VI. <b>TESIS</b>	Tribunal Administrativo: No Consejo de Estado:
VII. <b>EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	<p>Para el Tribunal no se configura la protección constitucional reforzada en virtud de la inexistencia del nexo entre la terminación del contrato y el estado de salud que presenta el accionante, toda vez que no se encuentra acreditado los siguientes motivos: no se demostró el estado de indefensión o debilidad manifiesta, el último empleo para el que fue nombrado era de carácter temporal, la desvinculación no obedeció a un trato discriminatorio como consecuencia de su condición de salud, no fue probada la transgresión al derecho a la salud y tampoco demostró que se configure un perjuicio irremediable que exija la intervención del juez constitucional.</p> <p>Para el Consejo de Estado es necesario hacer algunas precisiones, la primera de ella es manifestar que las personas en provisionalidad gozan de estabilidad laboral relativa o intermedia, lo que hace que el acto administrativo de desvinculación deba estar motivado suficientemente indicando las razones de la decisión conforme a lo dispuesto en el artículo 125 constitucional, la misma debe atender a la calificación de desempeño en el cargo, la comisión de faltas disciplinarias, la presentación a concurso de méritos y no haber pasado o la provisión del cargo por concurso de méritos. Además, cabe señalar que las condiciones de especial protección obedecen a las madres y padres cabeza de familia, las personas próximas a pensionarse y las personas en situación de discapacidad.</p> <p>Por último, el Consejo resalta que la garantía de protección laboral relativa o intermedia para las personas que ocupan cargos en</p>

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	provisionalidad está supeditada a la satisfacción de ciertos requisitos, en los cuales debe demostrar de manera suficiente de las circunstancias que generan la situación objeto de protección, entre ellas, el estado de salud.
<b>ANALISIS CRÍTICO</b>	
<p>Frente a la tesis manejada por el Consejo de Estados nos encontramos de acuerdo, en la medida en que analizó los requisitos señalados por la Corte (SU 446 de 2011) a la hora de determinar la condición y trato especial de una persona que solicita dicha protección, situación que no encuadraba para el peticionario, no obstante su condición médica podía hacer que se le amparan los derechos solicitados, pero fue evidente como no se demostró la gravedad de las patologías que parcia y el grado de afectación de las mismas, de manera que no pudo encuadrarse en una situación de debilidad manifiesta. No podemos dejar de desconocer que el Consejo reitero la estabilidad intermedia con la que cuentan los empleados vinculados en provisionalidad, definida en cierta medida por el parágrafo del artículo 125 constitucional, el cual determina que el cargo será desempeñado por el empleado vinculado en provisionalidad por el mismo período que se asignó el cargo, salvo que la provisión del cargo se haga mediante concurso de méritos, como sucedió en el presente caso, configurándose razón suficiente para su desvinculación.</p>	

## Análisis Sentencia Corte Constitucional

<b>ANALISIS CONCEPTUAL</b>	
<b>IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Corte Constitucional, Sentencia SU-250-98, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, 26 de mayo de 1998.
<b>HECHOS RELEVANTES</b>	<p>El 9 de julio de 1993 fue creada la Notaría 25 del círculo de Medellín y el 3 de septiembre fue nombrada la señora A en el cargo de Notaria, el cual era provisional hasta tanto se cubriera el cargo en propiedad mediante concurso, cargo que desempeño con eficiencia, siendo seleccionada en 1996 la Notaría como “modelo para la organización notarial del país”. Fue hasta el 20 de febrero de 1997 mediante Decreto 403 que retiraron del cargo a la señora A, para ser reemplaza por el señor B, quien fue nombrado también en interinidad. Razón por la cual la accionante instaura acción de tutela contra C y D, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la igualdad, el trabajo y el debido proceso de la señora A. Por lo que solicita revocar el</p>

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	Decreto que decidió retirarla del servicio y reintegrarla al cargo que venía desempeñando, además la suspensión de la ejecución del decreto hasta tanto no se decida sobre su validez. En primera instancia el Tribunal concedió la tutela. En segunda instancia fue revocada la decisión por no configurarse la acción de tutela como mecanismo transitorio.
<b>ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Derecho al trabajo frente a la igualdad de oportunidades, Reintegro al cargo, Principio de publicidad de la función administrativa, Motivación de los actos administrativos.
<b>PARTES</b>	Sujeto Activo: A Sujeto Pasivo: C y D
<b>PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿Existe relación entre los derechos de igualdad y del trabajo frente a la permanencia en el cargo en provisionalidad? ¿Existe afectación al debido proceso por no motivarse una decisión de retiro?
<b>TESIS</b>	Tribunal Superior: Si Corte Suprema de Justicia: No Corte Constitucional: Si parcialmente
<b>EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	<p>El tribunal Superior de Medellín decidió amparar los derechos de la accionante al considerar que para el cargo que fue nombrada, no se señaló termino alguno para el ejercicio de este, solo se indicó que la limitante sería aquel funcionario que hubiere ganado el derecho al cargo por concurso abierto al público. Además, indicó que la no motivación del retiro es injusta e inconstitucional, toda vez que desconoce el derecho al trabajo que deriva en el sustento personal y familiar de la accionante, el derecho a la igualdad y el derecho al debido proceso.</p> <p>Por otro lado, la Sala Plena Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión argumentando que la accionante contaba con otros medios judiciales para su defensa, y al no ser probado el perjuicio irremediable no podría prosperar la acción de tutela como mecanismo transitorio.</p> <p>La Corte Constitucional en el tema referente a la prosperidad de la tutela para ordenar el reintegro al cargo en los casos de tratarse de un servicio público, concluye que solamente procede en los casos en los que el</p>

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	<p>accionante se encuentre en una situación de debilidad manifiesta o en una situación especial reconocida por la ley. Así mismo señalo que solo será aceptada la acción de tutela como mecanismo transitorio en el caso en que exista un perjuicio irremediable.</p> <p>Por otro lado, tratándose de la motivación de los actos administrativos, la Corte definió que es un deber de la autoridad administrativa para evitar la arbitrariedad y porque esto permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, es por ello que la motivación va de la mano con el principio de publicidad, porque si ello no ocurre se violaría el debido proceso.</p> <p>Por último, se refiere a la naturaleza del cargo de los notarios, haciendo distinción en que la única excepción dentro de los actos administrativos de la declaratoria de insubsistencia que no necesitan motivación son los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción debido a la facultad discrecional que tiene el gobierno para nombrar y retirar libremente sus empleados, situación que no se configura con el caso de los Notarios, ya que la ley no señala taxativamente que hagan parte de la categoría de libre nombramiento y remoción, razón por la cual su vinculación así sea provisional goza de una expectativa de estabilidad, y para ser desvinculado el acto administrativo debe ser motivado por razones contenidas en el artículo 125 constitucional, en la cual el retiro se hará obedeciendo a razones de incumplimiento en sus deberes determinado en procesos disciplinario que así lo resuelva, por la designación de su cargo por concurso de méritos, o por haberse presentado a concurso y no aprobarlo, de no ser por estas razones se estaría vulnerando el debido proceso y demás garantías constitucionales que tienen los empleados vinculados en provisionalidad.</p>
<b>SALVAMENTO DE VOTO</b>	<p>El Magistrado Fabio Moron Díaz y la Conjuez, salvan el voto arguyendo no estar de acuerdo con la decisión, en virtud de no haber contemplado que la acción de tutela no procederá en los casos en que exista otro medio de defensa para proteger el derecho presuntamente vulnerado a excepción de cuando se trate de evitar un perjuicio irremediable. Y en el presente caso no</p>

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	<p>operaba toda vez que la señora A contaba con un proceso contencioso administrativo el cual accionó, no se explica entonces, porque aun cuando no se demostró el perjuicio irremediable se le dio trámite al presente estudio. Además, manifiestan no estar de acuerdo con la tesis sostenida en la sentencia, dado que la ley configura situación en las que por su naturaleza son eminentemente transitorias y precarias, lo que no genera ningún tipo de estabilidad y en el caso en concreto al tratarse del caso de Notarios que son nombrados libremente por el Gobierno, no era necesario la motivación del acto que declaraba la insubsistencia del cargo.</p>
--	--

**ANÁLISIS CRÍTICO**

<p>En el presente asunto debatido por la Corte Constitucional mi posición es parcialmente de acuerdo. Cuando hablo de parcialmente me refiero a que no me encuentro del todo conforme con el análisis y la tesis sostenida por la corporación en materia de la procedencia de tutela como mecanismo transitorio, puesto que en el caso de estudio la accionante ya había iniciado un medio de control ante el contencioso en el cual sería resuelta su situación laboral. Pero comparto la decisión de amparar el debido proceso (Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo) dada la falta de motivación del acto que la declaro insubsistente, y esto precisamente porque las actuaciones de las autoridades administrativas deben gozar de una debida sustentación permitiéndole al afectado hacer uso del derecho a la contradicción si no se encuentra conforme con las razones que motivan su retiro, pero de no cumplir con ello su desvinculación estaría en contra de la buena fe y la confianza legítima de los administrados.</p>
---

**ANÁLISIS CONCEPTUAL**

<b>IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Corte Constitucional, Sentencia SU-917-2010, Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio, 16 de noviembre de 2010.
<b>HECHOS RELEVANTES</b>	La Corte asumió el estudio de 24 expedientes dado la conexidad temática, ya que los accionantes desempeñaban cargo de carrera en provisionalidad en diferentes entidades, los cuales fueron desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro estuvieran debidamente motivados. El primer grupo de accionantes A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, Ñ, O, P, Q, R, S, T presentaron demanda en el medio de control nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa en contra de las



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	<p>entidades Y, en donde les fue negadas las pretensiones de sus demandas, razón por la cual ejercen la tutela contra las sentencias invocando el amparo de sus derechos al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, igualdad y acceso a la función pública. El segundo grupo correspondiente a U, V, W, X, actuaron directamente con acción de tutela en contra de las entidades Z, quienes las desvincularon sin motivación alguna. La solicitud iba encaminada al reintegro bien fuese definitivo o en tanto la jurisdicción de lo contencioso resolviera la validez de los actos de retiro.</p>
<b>ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Falta de motivación de actos administrativos, provisionalidad, derechos fundamentales.
<b>PARTES</b>	<p>Sujeto Activo: A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, Ñ, O, P, Q, R, S, T, U, V, W, X.</p> <p>Sujeto Pasivo: Y, Z.</p>
<b>PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿Pueden las autoridades administrativas desvincular empleados que desempeñen cargos de carrera en provisionalidad sin que los actos de retiro hubieren sido motivados?
<b>TESIS</b>	<p>Consejo de Estado: No</p> <p>Corte Constitucional: No</p>
<b>EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	<p>La tesis del Consejo de Estado ha sido modificada a través de sus pronunciamientos, para terminar concluyendo que el empleado nombrado en provisional cuenta con una posición diferente a los empleados nombrados en carrera y a los de libre nombramiento y remoción, circunstancia que deja a los empleados vinculados en provisionalidad en una doble inestabilidad, de un lado no pertenecen a la carrera y podrán ser desvinculados por quien haya ganado el concurso de méritos, por un proceso disciplinario en su contra o por haberse presentado a concurso y no haber pasado (artículo 125 C.N.). Por otro lado, podrán ser vinculados de manera discrecional por las autoridades nominadoras. Así mismo sostiene que tanto el acto de nombramiento como la desvinculación no requieren procedimiento ni motivación, por lo que hacerlo generaría las garantías que solo aplican para quien ha ingresado por concurso, razón por la que no pueden ampararse en</p>

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	<p>las causales de retiro contenidas en el inciso segundo del artículo 125 constitucional. Sin embargo, no se desconoce el derecho al debido proceso y la igualdad entre trabajadores, por cuanto al tratarse del retiro de cargos en provisionalidad el acto debería ser motivado por las razones contenidas en el artículo 125 antes mencionado, y de no ser así, su decisión esta imposibilitando al administrado de acudir al medio pertinente y atacar el acto administrativo de retiro.</p> <p>La Corte Constitucional inicia el análisis partiendo del deber que le asiste a toda autoridad administrativa o judicial de motivar los actos a través de los cuales se materializa el poder del Estado, lo que significa que deben exponer las razones de hecho y derecho que sustentan su decisión. Lo anterior, primero, con el fin de ajustar el poder público al principio de legalidad y evitar la arbitrariedad en decisiones que puedan afectar a los administrados. El segundo aspecto por resaltar es la garantía de los derechos de contradicción y la defensa del debido proceso, esto con propósito de que el afectado pueda controvertir las razones que dieron lugar a su desvinculación, solamente de esta forma se puede dar cumplimiento al debido proceso y permitir el acceso efectivo a la administración de justicia. En tercer lugar, se refirió a la motivación de los actos administrativos la cual guarda relación directa con las características propias de un gobierno democrático, la cual obliga a las autoridades dar a conocer las razones por las cuales han actuado en determinado sentido con relación a los administrados. Por último, la motivación de los actos se hace efectiva mediante el principio de publicidad en el ejercicio de la función administrativa. En síntesis la Corte concluyo que un empleado que ocupará un cargo en provisionalidad pese a no contar con la estabilidad laboral propia de los empleados en carrera, el nominador estaba en la obligación de motivar de manera puntual las razones que motivaran la decisión de retiro del cargo, y estas deben versar específicamente a los criterios de desvinculación o retiro del artículo 125 constitucional.</p>
<b>SALVAMENTO PARCIAL DE</b>	El Magistrado Nelson Pinilla Pinilla he discrepado parcialmente en la

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

<b>VOTO</b>	decisión adoptada por la Sala, al argumenta que no está de acuerdo con confirmar una sentencia de primera instancia que ha sido previamente dejada sin vigencia, debiendo la corporación que revoca la de segunda instancia expresar en sus propios términos la decisión que corresponda, así coincida plenamente con aquella que dejó de existir en el mundo jurídico por la decisión del a quem, lo anterior por considerar que la decisión es desbordada, generando que la parte vencida en la jurisdicción competente, acuda a la acción de tutela como una instancia adicional con el propósito de revivir y revocar el fallo que le es desfavorable.
-------------	--

**ANÁLISIS CRÍTICO**

Estamos de acuerdo con la tesis adoptada por la Corte Constitucional, primero por realizar la distinción de las categorías laborales de los empleados al servicio del Estado, en relación con lo dispuesto en su fallo en donde claramente señala que el retiro del servicio de los empleados vinculados en provisionalidad obedece únicamente de dos factores previsto en la constitución (artículo 125) y en la ley: (i) en razón al buen servicio desempeñado en ejercicio de las funciones propias del cargo asignado y (ii) tratándose de concurso de méritos para suplir el cargo en provisionalidad; situaciones completamente ajenas al régimen de carrera, el cual se encuentra regulado por la Ley 909 de 2004 en su artículo 41 y s.s., así como la diferencia acentuada con los empleos de libre nombramiento y remoción, los cuales no gozan de estabilidad alguna, por tratarse de nombramientos discrecionales.

Adicionalmente, es correcto afirmar que el anterior fallo se da por sentado la posición del Consejo de Estado tratándose de nombramientos en provisionalidad, generando esta seguridad jurídica, acceso a la justicia y garantía al derecho de contradicción y debido proceso de los administrados.

**ANÁLISIS CONCEPTUAL**

<b>VIII. IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Corte Constitucional, Sentencia SU-691-2011, Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto, 21 de septiembre de 2011.
<b>IX. HECHOS RELEVANTES</b>	Los accionantes A, B y C, se desempeñaron en cargos de carrera a través de la figura de la provisionalidad en las entidades D y E. Fueron desvinculados mediante actos administrativos carentes de motivación, razón por la cual acudieron a la jurisdicción contencioso administrativa con el fin de obtener la anulación de los actos y en consecuencia obtener el restablecimiento de los derechos que

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	presuntamente se les estaban vulnerando. Los jueces F y G, resolvieron negar las pretensiones, lo que los llevo a presentar acción de tutela contra providencias judiciales.
<b>X. ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Motivación de actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, cargos de carrera en provisionalidad.
<b>XI. PARTES</b>	Sujeto Activo: A, B y C Sujeto Pasivo: F y G
<b>XII. PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿Es deber de las entidades públicas motivar el acto de desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera?
<b>XIII. TESIS</b>	Consejo de Estado: Si Corte Constitucional: Si
<b>XIV. EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	<p>Frente al particular el Consejo de Estado señalo que la regla del concurso es inmodificable, por lo que los cargos que pertenecen al sistema de carrera los cuales se encontraran vacantes o no hayan sido provistos por ese sistema, era necesario realizar las convocatorias con el lleno de los requisitos, razón por la cual el Consejo amparo los derechos de los empleados vinculados en provisionalidad hasta tanto no se convocara a un nuevo concurso para proveer el número de plazas que no hizo parte de las convocatorias.</p> <p>La Corte Constitucional inicia su estudio partiendo de las líneas jurisprudenciales sentadas en la sentencia SU-917 de 2010, mediante la cual se reiteró y unifico la postura de la Corte al resolver (i) la motivación del acto administrativo de desvinculación de los empleados públicos en provisionalidad, (ii) la discrecionalidad de las entidades públicas en los nombramientos, (iii) el vicio de nulidad por falta de motivación de los actos administrativos, (iv) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judicial que desconocieran derechos y garantías fundamentales s actos de retiro de cargos en provisionalidad, y por último (v) los fallos del Consejo de Estado y su</p>

	<p>incompatibilidad con la constitución y la jurisprudencia constitucional. Para concluir, ratifica la ratio decidendi de la sentencia SU-250 de 1998, la cual se refiere a que: <i>“la motivación de los actos administrativos responde a la garantía de los principios de legalidad y de publicidad y al respeto al derecho al debido proceso, toda vez que dicha motivación permite el ejercicio del derecho a la defensa, lo cual evita la arbitrariedad por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso.”</i> Dicho lo anterior es correcto afirmar la obligatoriedad de la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados públicos en provisionalidad, esto con el fin único de garantizar la protección del derecho fundamental al debido proceso.</p> <p>Por su parte el Consejo de Estado presenta un cambio en su postura, inicialmente amparaban el retiro de los empleados provisionales, no era obligación de la entidad ser motivado, lo que significa que no debía expresar las causas del retiro. Conforme a las disposiciones contenidas en la Ley 443 de 1998, el cual permitía esta falta de motivación, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador. Posteriormente, con ocasión de la implementación de la Ley 909 de 2004, se impuso el deber de motivar los actos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. De acuerdo con las causales consagradas en la Constitución o en la Ley.</p>
<p><b>XV. SALVAMENTO DE VOTO</b></p>	<p>El Magistrado Nilson Pinilla Pinilla salvo parcialmente su voto por considerar que la provisionalidad no puede ser un instrumento utilizado para jugar a la condición de los empleados de libre nombramiento y remoción, debido a que los fallos deber ser moderados especialmente frente al impacto presupuestal.</p>
<p><b>ANÁLISIS CRÍTICO</b></p>	

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Se comparte la postura de la Corte al determinar que es un deber que corresponde a la entidad nominadora el hecho de motivar los actos administrativos de desvinculación de los empleados públicos vinculados en provisionalidad, cumpliendo las razones contenidas en la Constitución (artículo 125) y en la Ley 909 de 2004. Esto con el propósito de garantizar el goce y ejercicio adecuado de los derechos fundamentales de los empleados en provisionales, como lo son el debido proceso, el acceso a la administración de justicia, la contradicción y la igualdad, entre otros. Ahora bien, es preciso reconocer que la aclaración de voto toca un punto fundamental, y es precisamente el impacto presupuestal que puede tener los fallos de la Corte, por lo que se considera que deben ser moderados a la hora de proferir condenas de carácter económico en cabeza del Estado.

## ANALISIS CONCEPTUAL

ANALISIS CONCEPTUAL	
<b>IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Corte Constitucional, Sentencia SU-556-14, Magistrado Ponente Luis Guillermo s Pérez, 24 de julio de 2014.
<b>HECHOS RELEVANTES</b>	Los accionantes A, B y C fueron vinculadas en provisionalidad a la Fiscalía General de la Nación mediante resolución de nombramiento, con posterioridad la entidad D por medio de acto administrativo declaro la insubsistencia de los empleados, sin motivación alguna. Por lo anterior cada accionante impetro acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo por incurrir en la causal de falta de motivación. En principio el Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda, al considerar la falta de un motivo de mejoramiento del servicio generando consigo la desviación de poder. Dispuso entonces la nulidad del acto, el reintegro al cargo y el pago de los factores salariales y prestacionales dejados de percibir. El fallo fue apelado por la entidad D, y en segunda instancia el Consejo de Estado, revoco la sentencia del Tribunal, declarando nuevamente su insubsistencia. Motivo por el cual los accionantes A, B y C, hicieron uso de la acción de tutela buscando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad. Las cuales les fue negado el amparo al rechazar la acción de tutela por improcedente.
<b>ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Acción de Tutela contra providencias judiciales, Deber de Motivación de Actos Administrativos, Cargo de Carrera en Provisionalidad

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

<b>PARTES</b>	Sujeto Activo: A, B, C. Sujeto Pasivo: D
<b>PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿Es viable el desconocimiento del precedente de la Corte Constitucional como causal de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales? ¿Es deber de las autoridades administrativas motivar los actos? ¿Cuál es la estabilidad laboral relativa del servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera y cuáles son los efectos de la nulidad del acto de retiro sin motivación?
<b>TESIS</b>	Corte Constitucional: No – Si Consejo de Estado: No – Si
<b>EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	<p>La Corte Constitucional determinó que por regla general la acción de tutela no procede contra providencias judiciales, esto con el fin de proteger el valor de la cosa juzgada, la garantía de la seguridad jurídica y los principios constitucionales de autonomía e independencia judicial, pero cabe señalar la excepción a la regla, la cual indica que será admitida siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela y que la providencia acusada incurra en las causales de procedibilidad, que para el caso vendría siendo el desconocimiento del precedente constitucional, el cual impone la obligación a todas las autoridades judicial de implementar la regla jurídica contenida en la ratio decidendi de las sentencias de tutela de la Corte, y debido a los constantes pronunciamientos del Consejo de Estado en los cuales desconocía las garantías constitucionales de los empleados vinculados en provisionalidad, fue necesario que la Corte Constitucional se pronunciara respecto a la desvinculación mediante acto administrativo sin motivación.</p> <p>Ahora bien, frente al deber de motivación de los actos administrativos, el Consejo de Estado reconoció el deber de motivar los actos de retiro de los funcionarios en cargos de carrera ocupados en provisionalidad, esto con el fin de amparar los principios fundantes del Estado Social de Derecho a la igualdad, la prosperidad y protección al sistema de carrera, tal y como quedo consagrado en la Ley 909 de 2004. Por su parte la Corte dispuso que la</p>

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

	<p>motivación de los actos consistía en el cumplimiento de los principios constitucionales de la democracia, publicidad y debido proceso, lo que permitía que los administrados controviertan las razones que llevaron a expedir el acto, siempre y cuando la constitución y la ley así lo prevean. Por último, al hablar de la estabilidad de los empleados en provisionalidad, se concluye que no les asiste el derecho de estabilidad con el que cuentan los empleados que acceden a la función pública por medio del concurso de méritos, pero tampoco se les puede dar un trato igual que un cargo de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, el retiro de los empleados vinculados en provisionalidad debe responder a situaciones contempladas en el artículo 125 constitucional, al referirse a los criterios de: el servicio prestado, proceso disciplinario en su contra, presentación al concurso de mérito sin haberlo aprobado o al nombramiento en propiedad del cargo.</p>
--	--

**ANÁLISIS CRÍTICO**

Estoy de acuerdo con el fallo de la sentencia al revocar los fallos de segunda instancia en el entendido de que un trabajador en provisionalidad que demuestre tener la capacidad de ocupar el cargo en el cual fue nombrado no debe ser declarado insubsistente sin motivación alguna, si bien es cierto que estas personas como su nombramiento lo dice están en provisionalidad tienen que cumplir con un perfil específico que solo lo determina el cargo como tal y la terminación de esta vinculación se debe dar por tres motivos muy puntuales:

1. La terminación unilateral del contrato laboral por parte del empleado.
2. La terminación por la sujeción del cargo o la posesión de la persona que concurso para cubrir la vacante en carrera administrativa.
3. La calificación laboral con un porcentaje inferior al mínimo satisfactorio.

En ese entendido en los casos puntuales de los que se habla en la presente sentencia es evidente la vulneración de derechos laborales y constitucionales por parte de las entidades públicas al declarar la insubsistencia sin motivación de los funcionarios públicos que cubrían las vacantes en provisionalidad.

**ANÁLISIS CONCEPTUAL**

<b>IDENTIFICACIÓN DE LA PROVIDENCIA</b>	Corte Constitucional, Sentencia SU-054-2015, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, 12 de febrero de 2015.
---	---



## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

<b>HECHOS RELEVANTES</b>	Las accionantes B, C, D, E, fueron vinculados en provisionalidad en la Fiscalía General de la Nación mediante resolución de nombramiento. La entidad A mediante acto administrativo declaro la insubsistencia de los accionantes, sin motivar el acto administrativo, por lo cual las señoras B y C demandaron el acto administrativo ante la jurisdicción contencioso administrativa, quien ordeno el reintegro de las accionantes. Sin embargo, el Tribunal Administrativo apoyándose en concepto del Consejo de Estado, revocó la sentencia del juzgado, declarando nuevamente su insubsistencia.
<b>ASPECTO JURÍDICO CONSIDERADO</b>	Cargo de Carrera en Provisionalidad, Motivación de los actos administrativos de insubsistencia de los nombramientos en provisionalidad.
<b>PARTES</b>	Sujeto Activo: B, C, D, E Sujeto Pasivo: A
<b>PROBLEMA JURÍDICO</b>	¿Los fallos objeto de revisión desconocen el precedente fijado por la Corte Constitucional, relacionado con la motivación de los actos administrativos de retiro de los empleados públicos, que ocupen cargos de carrera en provisionalidad? ¿Se deben motivar los actos administrativos por medio de los cuales se retira a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera es una manifestación de la estabilidad laboral relativa?
<b>TESIS</b>	Tribunal Administrativo: No Corte Constitucional: Si
<b>EXPLICACIÓN DE LA TESIS</b>	Para iniciar con el estudio del caso materia de controversia la Corte señaló de manera explícita que el desconocimiento del precedente constitucional como máximo guardián de la Constitución Política, configura una de las causales de procedencia para la acción de tutela contra providencia judiciales. La Corte Constitucional reafirmo su posición respecto de la estabilidad relativa con la que cuentan los empleados vinculados en provisionalidad y la cual se manifiesta en el acto de retiro de los funcionarios que en provisionalidad ocupan cargos de carrera, debido al contenido de motivación, para que de esta manera se pueda garantizar, en primer plano, la protección efectiva de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, y al acceso en condiciones de igualdad al servicio público. En segundo plano evitar la

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

arbitrariedad de la administración. Por último, señala que para pueda proceder la desvinculación las razones contenidas en el artículo 125 constitucional por las cuales se prescindirán de los servicios del empleado deben ser claras, detalladas y precisas, por procesos disciplinarios en su contra o por concurso de mérito para proveer el cargo que esta la fecha se cubriera por un empleado vinculado en provisionalidad. En este sentido cabe señalar que la falta de motivación del acto de declara insubsistente el empleado en provisional da origen a la declaratoria de nulidad del acto, esto de acuerdo con la protección de la estabilidad laboral del empleado, respetando de esta manera su permanencia en el empleo, hasta tanto no sea provisto mediante concurso de méritos, tal y como lo señala el párrafo del artículo 125.

**ANÁLISIS CRÍTICO**

Se comparte la tesis fijada por la Corte al realizar nuevamente la distinción de los cargos de carrera, los de libre nombramiento y remoción y los empleados vinculados en provisionalidad, situación que es de gran importancia tratándose la estabilidad de los empleos en la función pública. Tenemos claro que la regla general de estabilidad reforzada se aplica únicamente en los cargos de carrera, pues su retiro dependerá únicamente por la calificación no satisfactoria en el ejercicio de su cargo, por violación del régimen disciplinario, o por las causales contenidas en el artículo 125 constitucional y otros mandatos legales. Diferente en lo absoluto a los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales no cuentan con estabilidad, debido a la aplicación de la discrecionalidad por parte del nominador, en atención precisamente de la naturaleza de su cargo y de la confianza que el funcionario le inspire al nominador. En ese orden de ideas, nos es correcto afirmar que la motivación de un acto administrativo también es garantía de un conjunto de principio constituciones del Estado Social de Derecho, como lo son el principio democrático y el de publicidad, pues a través de ellos se da a conocer las decisiones de la administración permitiendo a su vez disponer de los derechos de contradicción y debido proceso. En este sentido, es imperativo que el acto administrativo de retiro del funcionario que desempeña un cargo de carrera en provisionalidad sea motivado con el propósito de garantizar de manera efectiva la estabilidad laboral a la que tiene derecho, recordando que solo aplica debido a mejorar la prestación del servicio o por la provisión del cargo mediante concurso de méritos.

### Referencias Bibliográficas

Arredondo del Río, J. M. (2013). El derecho laboral, su génesis, evolución y los poderes del juez de la materia. *Revista Summa Iuris*, volumen (1), 129-130. Recuperado de <http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/summaiuris/article/view/619/591>

Colombia, *Congreso Nacional de la República* (1938, 29 de octubre) “Ley 165 del 29 de octubre de 1938, por la cual se crea la carrera administrativa”. Bogotá.

Colombia, *Congreso Nacional de la República* (1958, 18 de noviembre) “Ley 19 de 1958, sobre reforma administrativa”. Bogotá.

Colombia, *Congreso Nacional de la República* (1982, 22 de noviembre) Ley 36 de 1982, “por la cual se modifica parcialmente el inciso final del artículo 5o., del Decreto extraordinario número 2400 de 1968”. Bogotá.

Colombia, *Congreso Nacional de la República* (1984, 9 de marzo) Ley 13 de 1984, “*por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa*”. Diario Oficial No. 36.588 de marzo 20 de 1984, Bogotá.

Colombia, *Congreso Nacional de la República* (1992, 23 de diciembre) Ley 27 de 1992, “*por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones*”. Diario Oficial 40.700 del 29 de diciembre de 1992. Bogotá.

Colombia, *Congreso Nacional de la República* (1998, 11 de junio) Ley 443 de 1998, “*por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones*”. Diario Oficial No. 43.320 de 11 de junio de 1998. Bogotá.

Colombia, *Congreso Nacional de la República* (2004, 23 de septiembre) Ley 909 de 2004, “*por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”. Diario Oficial 45.680 de septiembre 23 de 2004. Bogotá.

Colombia, *Presidencia de la República* (1968, 19 de septiembre), “*Decreto extraordinario número 2400 de 1968, por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones*”, Diario Oficial, núm. 32625, 18 de octubre de 1968, Bogotá.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Colombia, *Presidencia de la República* (1968, 17 de diciembre) “Decreto 3074 de 1968, por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968”, Diario Oficial, núm. 32686, 16 de enero de 1969, Bogotá.

Colombia, *Presidencia de la República* (1973, 24 de septiembre) “Decreto 1950 de 1973, por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y *otras normas sobre administración del personal civil*”. Diario Oficial, núm. 33962 de 1973, Bogotá.

Colombia, *Presidencia de la República* (1998,) “Decreto – Ley 1569 de 1998, *por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones*”. Diario Oficial, núm. 43.358, 10 de agosto de 1998, Bogotá.

Colombia, *Corte Constitucional* (1999, mayo), “Sentencia C-372”, M. P. Hernández Galindo, J. G., Bogotá.

Colombia, *Consejo de Estado* (2007, febrero), “Sentencia Radicación número: 88001-23-31-000-2002-00185-01(1121-05)”, C. P. Ramírez De Páez, B. L., Bogotá.

Colombia, *Corte Constitucional* (2010, marzo), “Sentencia C- 181”, M. P. Pretelt Chaljub, J. I., Bogotá.

Colombia, *Corte Constitucional* (2015, febrero), “Sentencia SU 054”, MP. Guerrero Pérez, L. G., Bogotá.

Colombia (1991), *Constitución Política*, Bogotá, Temis.

Grazt Pido, S. P., Robayo Moreno, J. G., Hernández Corredor, P. E., (2011). “*La Figura Legal de la Provisionalidad en la Función Pública*”. (Trabajo de Grado Especialización en Derecho Administrativo) Universidad La Gran Colombia, Bogotá.

Dueñas Quevedo, C, C. (2009). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.

Guerrero Figueroa, G. (1995). *Manual de Derecho del Trabajo, Parte General Derecho Laboral Individual, Derecho Laboral Colectivo*. Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

Grillo Rubiano, F. (mayo de 2005) Incidencia de la Carta Iberoamericana de la Función Pública en el desarrollo de la Ley 909 de 2004 “*Por la cual se regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública en Colombia*. Revista “*Carta Administrativa*”. ISSN 0120-193X. Bogotá, Colombia.

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Obando Garrido, J. M. (2010) *Tratado de Derecho Administrativo Laboral*. Tercera Edición. Bogotá, Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Villamarin Insuasty, S. J., (2012). “*Sistema de Carrera Administrativa, Principio de Mérito y Derecho Constitucional de Acceso al Desempeño de Cargos Públicos*”. (Trabajo de Grado Especialización en Derecho Administrativo) Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá.

Constitución, P. d. (1919). *OIT*.

Constitucional, C. (s.f.). Obtenido de Sala Tercera de Revisión, Sent. may. 13/94, Exp. T-28319.

Figuroa, G. G. (s.f.). Obtenido de pag 13

Figuroa, G. G. (pág. 29). *Historia*.

León, F. R. (2011). *Estudio histórico del Derecho Laboral Colombiano*.

López, D. E. (2013) *El Derecho de los Jueces*, Bogotá Colombia, Legis Editores S.A.

Micheltoarena, J. F. (pág. 27). *Derecho del Trabajo*. (996-2017.). *Organización Internacional del Trabajo*.

Quevedo, C. C. (2008, pág. 32.). *Derecho Administrativo Laboral*.

Rivas, J. M. (1975). *Manual de Derecho del trabajo*. Obtenido de pág. 19.

Sánchez, J. E. (1946)., *Manual Teórico Práctico de Derecho del Trabajo Colombiano*.

Uribe Uribe, R. ( 1909). *Labor Parlamentaria*.

Uribe, R. U. (23 de octubre de 1904). *Socialismo de Estado*

Consejo de Estado. (8 de junio de 1992) Expediente Radicación No. 4577. [MP Clara Forero de Castro]

Consejo de Estado. (9 de marzo de 1994) Expediente Radicación No. 6114 [MP Joaquín Barreto Ruiz]

## DIFERENCIA DE CRITERIOS EN LAS ALTAS CORTES

Consejo de Estado. (13 de marzo de 2003) Sentencia 76001-23-31-000-1998-1834-01. [MP Tarsicio Cáceres Toro]

Consejo de Estado. (23 de septiembre de 2010) Sentencia 25000-23-25-000-2005-01341-02 (0883). [MP Gerardo Arenas Monsalve]

Consejo de Estado. (1 de marzo de 2018) Sentencia 05001-23-33-000-2017-04848-01(AC). [MP William Hernández Gómez]

Corte Constitucional. (26 de mayo de 1998) Sentencia SU-250-98. [MP Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional. (16 de noviembre de 2010) Sentencia SU-917-2010. [MP Jorge Iván Palacio Palacio]

Corte Constitucional. (21 de septiembre de 2011) Sentencia SU-691-2011. [MP Humberto Antonio Sierra Porto]

Corte Constitucional. (24 de julio de 2014) Sentencia SU-556-14. [MP Luis Guillermo Pérez]

Corte Constitucional. (12 de febrero de 2015) Sentencia SU-054-2015. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]