

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL DESPACHO COMISIONADA BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO Contrato N° 172 de 2016

Tema: Retiro Provisionales

Corporación	Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A
Identificación	68001-23-15-000-2000-03342-01(2048-07)
Fecha	24 de junio de 2010
Accionante/Demandante	Sirley Peña Arias
Accionado / Demandado	Departamento de Santander - Secretaria de Salud
Magistrado / Consejero Ponente	Dr. Alfonso Vargas Rincón

HECHOS RELEVANTES:

La Señora SIRLEY PEÑA ARIAS se vinculó al Departamento de Santander mediante la Resolución 0847 del 19 de febrero de 1998, en el cargo de Auxiliar Administrativo I, Código 550 de la División de Apoyo Institucional de la Secretaría de Salud Departamental, del cual tomó posesión el 10 de mayo de 1998.

El cargo es de carrera administrativa y según el acto administrativo de vinculación, su nombramiento provisional fue por el término de cuatro (4) meses mientras concluye el proceso de selección.

Añade que la administración Departamental no convocó a concurso para ocupar en propiedad el empleo y por tanto su nombramiento se prolongó por más de dos (2) años.

El cargo de carrera que desempeñó en provisionalidad no se convierte en un cargo de libre nombramiento y remoción.

Expresa que su hoja de vida demuestra el cabal, fiel y eficiente cumplimiento de sus deberes.

Indica que el 7 de julio de 2000 estando disfrutando de vacaciones, le fue notificada la Resolución No. 11581 de junio 30 de 2000 por la cual declara insubsistente el nombramiento provisional que se le hiciera para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo I, Código 550 de la División de Apoyo Institucional de la Secretaría de Salud Departamental de Santander.

PROBLEMA JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar si el nominador al ejercer la facultad discrecional incurrió en violación de las disposiciones que regulan lo referente a los nombramientos provisionales y la forma de su retiro, como lo afirma la demandante.

RATIO DECIDENDI:

no es dable predicar que el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar transitoriamente un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, pueda ostentar la misma condición del que se vincula a la administración previa superación rigurosa de un conjunto de etapas que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual para desempeñar la función.

La situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez, debe ir encaminado al mejoramiento del servicio.

En este orden de ideas, el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera. La situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa

alguno. Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso.

Por estas razones, la Sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es forma de provisión de los cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.

En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro, lo cual encuentra sustento en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, que literalmente dispone:

“Artículo 107.- En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

...

Por su parte, el artículo 7° del Decreto 1572 de 1998 señala que: “ El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador”, y siendo en consecuencia procedente el retiro de los provisionales a través del mismo acto que materializa el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, es comprensible que para proferir tal decisión sea necesario acudir a las pautas que rigen la discrecionalidad.