

## FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

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

Tema: Retiro Provisionales

<b>Corporación</b>	Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B
<b>Identificación</b>	<b>25000-23-25-000-2004-07597-02(1903-08)</b>
<b>Fecha</b>	23 de septiembre de 2008
<b>Accionante/Demandante</b>	German Jose Ignacio Martinez Wilches
<b>Accionado / Demandado</b>	Departamento de Cundinamarca
<b>Magistrado / Consejero Ponente</b>	Dr. Gerardo Arenas Monsalve

#### HECHOS RELEVANTES:

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Germán Ignacio Martínez Wilches solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 00584 de mayo 27 de 2004 por medio de la cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de técnico.

#### PROBLEMA JURÍDICO:

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a la Sala determinar la legalidad de la Resolución No. 00584 del 27 de mayo de 2004, por la cual el Departamento de Cundinamarca declara insubsistente el nombramiento en provisionalidad efectuado al actor.

## **RATIO DECIDENDI:**

Dicho pronunciamiento acogió la tesis que de tiempo atrás había expuesto la Sección en el sentido de que el **“acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura”** (se destaca).

El artículo 4 define el nombramiento en provisionalidad como *“aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata”*. Según el artículo 5, este nombramiento no puede ser superior a cuatro meses, salvo las excepciones que expresamente enlista. El artículo 7 dispone que tanto el término de duración del encargo como el de la provisionalidad o el de su prórroga se debe consignar en el acto administrativo correspondiente y al vencimiento del mismo el empleado de carrera encargado deberá regresar al empleo del que es titular y el empleado provisional deberá **“... ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto expedido por el nominador”**, y no obstante lo anterior **“en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, la provisionalidad o su prórroga el nominador por resolución podrá darlos por terminados”**.

En el caso de quienes ocupan cargos de carrera en calidad de provisionales, la Corte Constitucional destaca que, conforme con lo constitucionalmente regulado, no es procedente establecer a su favor condiciones especiales que no se reconocen a quienes concursan sin hallarse vinculados a la administración, dado que una excepción en el cumplimiento de los requisitos, derivada del solo hecho de haber desempeñado un cargo de carrera, constituye *“evidente violación del principio de igualdad entre los concursantes, que infringe el artículo 13”*.

No obstante lo expuesto, el anterior pronunciamiento reitera en su parte final *“la obligación de expresar en el correspondiente acto administrativo los motivos por los cuales la autoridad decide retirar del cargo de carrera a quien lo desempeña provisionalmente”*, en relación con lo cual esta Sección ha manifestado con anterioridad su desacuerdo exponiendo

principalmente que los provisionales no gozan del “fuero de estabilidad” propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso y porque la discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el artículo 125-2 de la Constitución, según el cual el retiro de los “empleados de carrera” se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.