

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 Quinta
Identificación	11001-03-15-000-2014-04224-00(AC)
Fecha	26 de febrero de 2015
Accionante/Demandante	Yaneth Ballut Cure
Accionado / Demandado	Tribunal Administrativo de Sucre - Sala Tercera de Decision Oral y otro
Magistrado / Consejero Ponente	Dr. Susana Buitrago Valencia

HECHOS RELEVANTES:

La señora Yaneth Ballut Cure fue nombrada en el cargo de Secretaria Ejecutiva Código N° 525 Grado 19 en “provisionalidad”, mediante Resolución N° 0025 del 13 de febrero de 2001, expedida por el Instituto Departamental de Deporte y Recreación de Sucre (INDERSUCRE), del cual tomo posesión el 12 de febrero de la misma anualidad.

Mediante Resolución N° 22 del 25 de abril de 2012, fue declarado insubsistente su nombramiento, decisión que se notificó ese mismo día a la señora Ballut Cure.

PROBLEMA JURÍDICO:

Se trata de determinar si el acto administrativo, contenido en la Resolución No. 042 de 25 de febrero de 2004, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento provisional del señor José Darío Espitia Henao como Coordinador de Área, código 370, grado 04, de la Contraloría municipal de Manizales, fue expedido con arreglo a las disposiciones legales vigentes o si,

por el contrario, su motivación no respondía a hechos reales y, en consecuencia, atendía a fines distintos al mejoramiento del servicio.

RATIO DECIDENDI:

El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve, en sentencia del 26 de abril de 2012, radicado N°. 25000-23-25-000-2003-06984-01 (1205-01), tutelante: María Eugenia Briñez Niño, tutelado: Fiscalía General de la Nación, expuso lo siguiente:

"Para gozar de los privilegios o prerrogativas propias e inherentes de la carrera, el servidor público debe acceder al empleo mediante un concurso o proceso de selección y obtener los resultados mínimos exigidos para tal efecto en las normas legales, en caso contrario, la autoridad nominadora, respecto a nombramientos provisionales, puede ejercer la facultad discrecional en aras de mejorar el servicio. El precedente anterior es aplicable en este caso, toda vez que el retiro del servicio de la actora se produjo bajo el amparo del artículo 100 del Decreto 261 de 2000, de acuerdo con el cual el retiro del servicio procedía mediante declaratoria de insubsistencia, sin que fuera necesaria motivación alguna; empero, la Sala no pasa por alto que a partir del 18 de abril de 2007 y en virtud de la sentencia C-279 de la Corte Constitucional por la cual se declaró la exequibilidad condicionada del artículo 76 de la Ley 938 de 2004, "Estatuto Orgánico de la Fiscalía", los retiros del servicio por declaratoria de insubsistencia de los nombramientos provisionales, deberán ser motivados por razones del servicio específicas, con el fin de salvaguardar el debido proceso de quienes sean objeto de la referida medida. Por lo tanto, en el caso concreto, el hecho de que el acto acusado, Resolución No. 0-0701 de 02 de abril de 2003 se haya expedido con anterioridad a la sentencia C-279 de 18 de abril de 2007 de la Corte Constitucional, implica que para ese momento no resultaba necesaria la motivación de la declaratoria de insubsistencia, toda vez que, de acuerdo con la tesis jurisprudencial vigente, los mismos se presumían expedidos en aras de mejorar el servicio, y en tales condiciones, el nominador no tenía el deber de motivar el acto de retiro."

En efecto, al resolver un caso similar al presente, dentro de una acción de tutela en la que también se acusaban unas providencias judiciales de desconocer la citada sentencia de la Corte Constitucional respecto de un

empleado de la Fiscalía General de la Nación desvinculado, mediante acto no motivado, de un cargo de carrera que desempeñaba en provisionalidad, la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado dijo lo siguiente:

"[...]

Si bien es cierto la Corte Constitucional en interpretación del derecho fundamental al debido proceso, ha expresado en reiteradas oportunidades la necesidad de motivación de los actos de desvinculación de un empleado en provisionalidad, es claro, que la postura del Consejo de Estado al resolver casos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 desarrolla la tesis en la que se fundamenta el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la sentencia censurada.

Aclarándose, que a partir de la entrada en vigor de la citada normativa la postura del Colegiado Administrativo se orienta al cumplimiento de la motivación de los actos administrativos que desvinculan a los empleados en provisionalidad.

No obstante lo anterior, en el sub examine se advierte que la controversia no involucra el imperativo de la Ley 909 de 2004, como quiera (sic) que al tutelante le es aplicable el régimen especial de la Fiscalía General de la Nación, reglamentado por la Ley 938 de 2004.

Dicho régimen especial, fue objeto de estudio de Constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional a través de la sentencia C-279 de 2007, y es por medio de dicho pronunciamiento que el ordenamiento jurídico condiciona la exigencia de la motivación, al examinarse el inciso 1º del artículo 76 de la Ley 938 de 2004.

Del enunciado analizado se concluyó en el marco pertinente al régimen especial de la Fiscalía General de la Nación, que era exigible la motivación de los actos de retiro de los empleados en provisionalidad; condicionándose de esta manera el citado artículo legal.

Así las cosas, el imperativo de la exigibilidad referida a la motivación, debe observarse en razón al apareamiento en el ordenamiento jurídico de dicha interpretación constitucional.

En efecto el ad quem en su estudio se abstuvo a lo estipulado en el artículo 76 de la Ley 938 de 2004, toda vez, que el acto administrativo de desvinculación fue proferido en vigencia de la mentada norma, es decir el 9 de junio de 2005, e igualmente tuvo en cuenta lo emitido por la Corte Constitucional en la sentencia C-279 del 18 de abril de 2007.

De esta manera, al fundamentarse el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el estricto cumplimiento del mandato legal en su contenido anterior al condicionamiento expresado por la Corte Constitucional, no constituye para esta instancia vía de hecho judicial, por lo que corresponde al uso de la autonomía judicial de que trata el artículo 230 Constitucional.
[...]"(lo resaltado fuera de texto / sic).