

## 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 Primera
<b>Identificación</b>	<b>11001-03-15-000-2012-00671-01(AC)</b>
<b>Fecha</b>	23 de octubre de 2012
<b>Accionante/Demandante</b>	Matilde Rosenstiehl Gomez y otros
<b>Accionado / Demandado</b>	Tribunal Administrativo del Magdalena y otros
<b>Magistrado / Consejero Ponente</b>	Dr. Luis Rafael Vergara Quintero

#### HECHOS RELEVANTES:

Los señores Matilde Rosenstiehl Gómez, Esther María Suárez Puche, Nayit María Torregroza Bolaño, Cesar Cabas Castro, Libeth Patricia García Melo, Diana Campo Gómez y Beatriz Elena Cabrera Martínez, por intermedio de apoderado, presentan acción de tutela para lograr la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, el acceso a la administración de justicia, el trabajo y la igualdad, presuntamente vulnerados por el Juzgado Séptimo Administrativo de Santa Marta y el Tribunal Administrativo del Magdalena, al proferir las sentencias de 16 de julio de 2008 y 7 de marzo de 2012, respectivamente.

Fueron vinculados mediante nombramiento provisional, como funcionarios administrativos y docentes al servicio del Municipio de Ciénaga (Madgalena), cargos de carrera administrativa y pertenecientes a la Planta Administrativa de Personal Docente, Directivo Docente y Administrativo, prestando sus servicios de forma continua e ininterrumpida hasta el año 2004, fecha en que sus nombramientos fueron declarados insubsistentes por el nominador, sin ninguna clase de motivación.

#### PROBLEMA JURÍDICO:

Corresponde a la Sala analizar la procedencia de la presente acción de tutela como quiera que por medio de esta se pretende dejar sin efectos las sentencias de primera y segunda instancia emitidas dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en donde se decidió sobre el tema de la motivación de los actos de insubsistencia de los empleados públicos nombrados en provisionalidad y en caso de encontrarla procedente, se analizará si existe la vulneración de los derechos fundamentales alegados al no seguirse la línea jurisprudencial que ha diseñado la Corte Constitucional en torno al tema.

### **RATIO DECIDENDI:**

En efecto, la motivación del acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004 surge como imperativo objetivo de la legalidad, de indiscutible acatamiento para los jueces de conformidad con el artículo 230 Constitucional, en el que se predica el sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la ley.

Frente el **contenido de la motivación** correspondiente, debe entenderse que esta no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto.

La Corte Constitucional se ocupó de manera un poco más amplia del contenido de la motivación en el caso de retiro de empleados provisionales en la sentencia SU 917 de 2010.

En dicha providencia se indicó que el acto no sólo debe ser motivado, sino que debe cumplir ciertas exigencias respecto de su contenido material, que brinden al administrado los elementos de juicio necesarios para determinar si acude o no a la jurisdicción y demanda la nulidad del acto. Dijo la Corte: *"(...) En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria "u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto"*.

En ese punto debe hacerse claridad, que la propia Corte entendió que no se trata de equiparar a los funcionarios provisionales con aquellos de carrera administrativa, pues tal interpretación no corresponde al espíritu de la Constitución Política de 1991 en materia de función pública, por ello, la motivación en caso de retiros de provisionales no necesariamente debe ser la misma frente a aquellos de carrera administrativa, para quienes existen determinadas causales legales, dado su fuero de estabilidad (del cual no goza el provisional).

De manera ilustrativa la Corte en el pronunciamiento unificador aludido indicó: *“Estos motivos pueden ser, por ejemplo, aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, los cuales, en todo caso, deben ser constatables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, porque de lo contrario se incurrirá en causal de nulidad por falsa motivación. En este sentido, como bien señala la doctrina, “la Administración es libre de elegir, pero ha de dar cuenta de los motivos de su elección y estos motivos no pueden ser cualesquiera, deben ser motivos consistentes con la realidad, objetivamente fundados”..*

En conclusión, dejó sentado el máximo Tribunal Constitucional que las referencias genéricas acerca del nombramiento provisional, la invocación de la facultad discrecional o la cita de información, doctrina y jurisprudencia que no se relacionen directa e inmediatamente con el caso particular, no constituyen razones válidas para la desvinculación de un funcionario provisional.

A partir del anterior criterio, la Sala ha accedido a pretensiones de tutela tendientes a dejar sin efectos sentencias que desconocen el imperativo normativo y jurisprudencial de la motivación del acto de insubsistencia de un provisional, o incluso, cuando existiendo motivación, esta corresponda a razones que no sean constatables empíricamente.

Así lo refirió la jurisprudencia de esta Corporación en sentencia de 23 de septiembre de 2010, anteriormente referenciada, cuando señaló: *“...La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004)...”.*