

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

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

Tema: Retiro Provisionales

Corporación	Corte Constitucional
Identificación	T-204 de 2012
Fecha	14 de marzo de 2012
Accionante/Demandante	Arturo Rodríguez Pedraza
Accionado / Demandado	Tribunal Administrativo de Bolívar
Magistrado / Consejero Ponente	Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

HECHOS RELEVANTES:

Mediante resolución 0111 del 1° de septiembre de 1992 el accionante fue nombrado en provisionalidad en la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena de Indias en el cargo de carrera de Citador Grado 4 (Auxiliar Judicial), en el cual se posesionó el día 14 del mismo mes.

Habiendo trabajado en provisionalidad durante nueve años en el cargo de carrera de Citador Grado 4 (Auxiliar Judicial), el 25 de octubre de 2001 le fue comunicada la resolución 0-1573 del 24 de octubre de 2001 emitida por el Fiscal General de la Nación mediante la cual fue declarado insubsistente sin ninguna motivación.

PROBLEMA JURÍDICO:

¿Los actos administrativos que declaran la insubsistencia de funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad deben estar motivados según el ordenamiento jurídico colombiano?

RATIO DECIDENDI:

En los mismos términos que fue reconocido en las sentencia de unificación 917 de 2010, existe un "*deber inexcusable*" de motivar los actos administrativos que

declaran la insubsistencia de funcionarios de carrera en provisionalidad. Así lo ha considerado esta Corporación en numerosos pronunciamientos que han reconocido los elementos jurídicos que conllevan a la motivación de estos actos administrativos, los cuales fueron sintetizados en la sentencia SU-917 de la siguiente manera:

- En primer lugar, el respeto a los principios constitucionales antes mencionados (Estado de derecho, garantía del derecho fundamental al debido proceso, principios democrático y de publicidad en el ejercicio de la función pública) exige motivar los actos de retiro de los cargos de provisionalidad.

- En segundo lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

- En tercer lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que "las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional", de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que "sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores".

En concordancia con ello, la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público y la carrera administrativa, reconoció expresamente, que la competencia para el retiro de los empleos de carrera es "reglada" y "deberá efectuarse mediante acto motivado", mientras que para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción aceptó la competencia "discrecional" mediante "acto no motivado". Cabe aclarar, en consecuencia, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 no existe duda alguna respecto al deber de motivación de dichos actos.

- En cuarto lugar, el hecho de que un funcionario ejerza un cargo en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida esa excepción al deber de motivar el acto de insubsistencia. En este sentido

la Corte precisa que aún cuando los servidores públicos nombrados en provisionalidad en empleos de carrera no tienen las garantías que de ella se derivan, porque no han superado las etapas para proveer un empleo en forma definitiva (especialmente a través del concurso de méritos), lo cierto es que si tienen el derecho a la motivación del acto de retiro, que constituye una garantía mínima derivada del derecho fundamental al debido proceso, del respeto al estado de derecho y del control a la arbitrariedad de la administración, y no de la circunstancia de pertenecer o no a un cargo de carrera"¹.

Como se puede ver, al recoger las providencias judiciales aplicables a la materia, la sentencia de unificación reiteró que si bien no son equiparables los cargos de carrera en propiedad con aquellos que se ejercen en provisionalidad, tampoco puede decirse que estos últimos se encuentren totalmente desprotegidos por el ordenamiento jurídico. Así, se llega a la innegable conclusión de que cuando la administración pretenda retirar del servicio a un funcionario que ocupa un cargo de carrera en condición de provisionalidad, deberá necesariamente motivar el acto administrativo que declare la insubsistencia, so pena de que se estén vulnerando principios de rango constitucional reconocidos ampliamente por la jurisprudencia de esta Corporación.

¹ Sentencia SU-917 de 2010