

CIRCULAR EXTERNA No. 04 de 2012

Bogotá, D.C; 01 de febrero de 2012

PARA: CONTRALORES DISTRITALES, DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES

DE: AUDITOR GENERAL DE LA REPÚBLICA

ASUNTO: CARGO DE CARRERA EN PROVISIONALIDAD – MOTIVACIÓN DEL ACTO.

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL: Constitución Política, Arts. 13, 123 y 125; Ley 909 de 2004, párrafo 2° del artículo 41, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 del Decreto Ley 1227 de 2005, y párrafo 2° del artículo 3° de la citada Ley 909 de 2004.

SOPORTE JURISPRUDENCIAL: Sentencias SU-250 de 1998, C-038 de 1996, C-054 de 1996, C-368 de 1999, C-371 de 1999, C-734 de 2000, C-599 de 2000, C-1142 de 2001 y sentencia SU.917 de 2010, entre otras.

Respetados señores Contralores:

En ejercicio del control fiscal encomendado a la Auditoría General de la República en los artículos 274 de la Constitución Política y en los artículos 2 y 17 numeral 12 del Decreto 272 de 2000, y en cumplimiento de su misión legal de coadyuvancia a la transformación, depuración y modernización de los órganos instituidos para el control de la gestión fiscal, mediante la promoción de los principios, finalidades y cometidos de la función pública consagrados en la Constitución Política; nos permitimos exhortar a los Contralores Distritales, Departamentales y Municipales para que apliquen de manera estricta la regla prevista en el **parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con lo estatuido en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005**, en relación con empleados que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas con la finalidad de que **no sean desvinculados sin motivación del acto de retiro**.

Sobre el particular es preciso recordar que el Constituyente de 1991 reafirmó la importancia de la carrera administrativa y el mérito, como principal forma de provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y aquellos que expresamente determine el legislador.

1. DE LOS ANTECEDENTES NORMATIVOS SOBRE LOS NOMBRAMIENTOS EN PROVISIONALIDAD

1.1. **Decreto Ley 2400 de 1968** – art. 5°¹: Preveía para la provisión de los empleos – clasificados como de libre nombramiento y remoción y de carrera – tres clases de nombramientos:

¹ Dictado en ejercicio de facultades extraordinarias para regular la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la Rama Ejecutiva del Poder Público. El Decreto 1950 de 1973 que lo reglamentó precisó su aplicación en lo nacional, con excepción del ramo de la defensa – art. 1°.

- a) Ordinario: Para los empleos de libre nombramiento y remoción.
- b) En periodo de prueba: Para los empleos de carrera, y
- c) Provisional: Para proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera². El período no podía exceder de cuatro meses.

A su vez, el artículo 26 *ibídem*, dispone que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

El artículo 26 en cita fue declarado exequible en sentencia que destaca la necesidad de motivar la decisión, aún cuando dicha motivación se produzca de manera posterior a la expedición del acto de declaratoria de insubsistencia para, de esta manera evitar decisiones arbitrarias y caprichosas de la administración³: *"No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda."* (C-734 de 2000 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

- 1.2. **El Decreto Reglamentario 1950 de 1973** – art. 107 – disponía que: "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 a sus empleados".
- 1.3. **La Ley 61 de 1987**, sobre carrera administrativa, en el artículo 4° dispuso las siguientes clases de nombramientos: el ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción y, para los empleos de carrera, previo concurso, en período de prueba o por ascenso, y **por nombramiento provisional** cuando "se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado por concurso, según lo dispongan los reglamentos y exclusivamente por necesidades del servicio"⁴
- 1.4. **La Ley 27 de 1992**, art. 10 – de la provisión de empleos –, previó el nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción, y para los de carrera, nombramiento en período de prueba o por ascenso. El inciso segundo dispuso: *"mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán*

² Art. 28 decreto 1950 de 1973: "Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de mérito, podrá proveerse mediante nombramiento provisional. (...)"

³ La discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena a la noción del capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.

⁴ Art. 87 de la ley 443 de 1998: "Vigencia. Esta ley rige a partir de su publicación, deroga las Leyes 61 de 1987, 27 de 1992, el artículo 31 de la Ley 10 de 1990, y el Decreto ley 1222 de 1993; modifica y deroga, en lo pertinente, los títulos IV y V del Decreto ley 2400 de 1968, el Decreto ley 694 de 1975, la Ley 10 de 1990, los Decretos leyes 1034 de 1991, el Decreto 2169 de 1992, el artículo 53 de la Ley 105 de 1994 en lo referente a los regímenes de carrera, salarial y prestacional, y las demás disposiciones que le sean contrarias."

hacerse nombramientos provisionales. El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales”.⁵

De acuerdo con la norma transcrita se tiene que, el legislador quiso hacer efectiva en todos los casos la carrera administrativa mediante la figura de los encargos, las vacantes se cubrían con personal escalafonado y a falta de este, **por excepción**, se hacían vinculaciones provisionales.

1.5. La Ley 443 de 1998, en su artículo 8°, establecía que “los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.”

Los nombramientos con carácter provisional fueron previstos como subsidiarios al encargo de los empleados de carrera; esto es, sólo si no era posible realizar el encargo podía hacerse nombramiento provisional”.⁶

En efecto el inciso segundo del artículo 8° disponía:

“(…) Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer los empleos de carrera, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. Sólo en caso que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.”

Este precepto señalaba de manera general el término de duración de la provisionalidad.

El cargo del cual era titular el empleado encargado, podía ser provisto en provisionalidad mientras durara el encargo⁷.

El nombramiento provisional se producía mientras se surtía el proceso de selección para proveer empleos de carrera que requirieran su provisión temporal.

El artículo 5° del Decreto 1572 de 1998 precisó las excepciones que permitían una duración de los nombramientos provisionales superior a cuatro meses. Los términos de duración de los nombramientos provisionales eran definidos o se determinaban por la duración de la formalización del concurso o de la situación administrativa de que se tratara, según el caso.

2. NORMATIVIDAD JURÍDICA VIGENTE

En primer término es preciso señalar, que la Ley 909 de 2004, artículo 3°, parágrafo 2°, establece

⁵ Ley 61 de 1987: “**Artículo 18. de los nombramientos provisionales en caso de comisión.** Mientras los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa se encuentren en comisión de estudios o desempeñen en comisión, cargos de libre nombramiento y remoción, los empleos de carrera de que sean titulares, sólo podrán ser provistos en forma provisional **por el tiempo que dure la comisión**, si no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.” Conc. Art. 4° ibídem.

⁶ La sentencia C-942 de 2003, que declaró exequible las expresiones acusadas de los artículos 8°, 9° y 11 de la Ley 443 de 1998 señaló: “...resulta a todas luces elemental que las disposiciones acusadas contemplen que se prefiera encargar temporalmente de un empleo de carrera a un servidor de carrera y no que se provea la vacante temporal en provisionalidad, es decir, por quien no esté en carrera, por la obvia razón de que el de carrera ingresó mediante concurso, lo que lleva consigo, como se examinó al inicio de estas consideraciones, implícitas las garantías de ser favorecido con nombramientos en encargo, como una manera de estimular la estabilidad del servidor en la Administración.”. La reglamentación de la provisionalidad está íntimamente ligada a la del encargo.

⁷ V. Corte Constitucional, Sentencia C-368 de 1999.

que serán aplicables las disposiciones normativas de esta Ley a las Contralorías Territoriales (Departamentales, Distritales y Municipales) mientras se adopta el sistema especial de carrera administrativa que rijan a los servidores que desempeñen empleos públicos en dichas entidades. Esta extensión del sistema general comprende tanto: a) La competencias de administración y vigilancia que ejerce la CNSC, la cuales por mandato expreso de la Ley y ratificación jurisprudencial de orden Constitucional (Sentencias C-073 de 2006 y C-175 de 2006), recaen sobre las contralorías territoriales en el entretanto no se expida la normativa correspondiente, como b) La obligación legal de proceder a convocar los procesos de selección por mérito para proveer los empleos de carrera en vacancia definitiva de dichas entidades.

La Ley 909 de 2004, parágrafo 2° del artículo 41, en concordancia con lo estatuido en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, establecieron la obligatoriedad de motivar los actos administrativos que retiraran del servicio a funcionarios que estuvieren en empleos de carrera. Luego, a partir de la entrada en vigencia de la primera norma citada, es decir, desde el 23 de septiembre de 2004, esta situación estaba 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 sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado.

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3° y 41 de la Ley 909 de 2004 y 10 del Decreto 1227 del mismo año y los innúmeros fallos proferidos por la Corte Constitucional sobre el particular, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento, incluso, del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos se produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998.

3. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

La Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia SU-250 de 1998, unificó por primera vez su jurisprudencia sobre el deber de motivación de los actos administrativos, apoyada en importantes planteamientos doctrinales, la Corte explicó que la discrecionalidad no puede ser interpretada ni confundirse con la arbitrariedad.

A partir de ese momento, la jurisprudencia de la H. Corporación ha sido consistente, uniforme, innúmera y reiterada sobre el deber inexcusable que tiene la Administración de motivar los actos administrativos, no solo en asuntos de tutela sino también en decisiones de control abstracto de constitucionalidad, como la mejor forma para distinguir lo discrecional de lo arbitrario⁸.

Sobre el tema, es importante precisar que se debe tener en cuenta el "Precedente Constitucional", toda vez que la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4° Superior- la cual debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir, dictada por el legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución, que es en últimas quien cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento, razón por la cual todas las autoridades públicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial

⁸ Cfr; Corte Constitucional, sentencias C-038 de 1996, C-054 de 1996, C-368 de 1999, C-371 de 1999, C-646 de 2000, C-734 de 2000, C- 292 de 2001, C-392 de 2001, C-1142 de 2001 y SU-917 de 2010, entre otras.

constitucional, siendo que debe tratarse con más severidad cuando se trata de la administración, pues ella no cuenta con la autonomía funcional o independencia de los jueces, quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada. No hay duda que la administración debe respetar y acoger dicho precedente en razón a que se encuentra sometida al imperio de la ley, lo cual significa por sobre todo al imperio de la Constitución como norma normarum, y teniendo en cuenta que la interpretación definitiva de la norma corresponde a la Corte Constitucional de conformidad con el artículo 241 Superior.

Además, debe reiterarse que son numerosos los fallos proferidos por la H. Corte Constitucional, que retoman este asunto, al igual que múltiples fallos de sentencias unificadoras de tutela, incluso sobre sentencias judiciales por vía de hecho, en los que se ha vulnerado, entre otros, el debido proceso a servidores públicos en provisionalidad que fueron retirados del servicio sin motivarse dichos actos administrativos. Y si bien es cierto que la parte resolutoria de estos fallos de tutela tienen efecto inter partes, la Corte Constitucional ha sostenido repetidamente que la ratio decidendi que sustenta los mismos es de obligatorio cumplimiento para las autoridades, ya que además de ser el fundamento normativo de la decisión judicial, define, frente a una situación fáctica determinada, la correcta interpretación y, por ende la correcta aplicación de una norma.

4. CONCLUSIÓN

A pesar de la normatividad jurídica vigente, el retiro de empleos de carrera provistos a través de nombramientos en provisionalidad sin motivación alguna, se ha multiplicado en forma alarmante en el país, lo cual ha desatado diversos pronunciamientos por parte de la H. Corte Constitucional, pues, se han reducido las garantías derivadas del derecho fundamental al debido proceso, el respeto al Estado de derecho, el principio democrático, el principio de publicidad y los derechos de una gran masa de trabajadores, los cuales no pueden ser retirados del servicio sin motivación expresa en el acto administrativo que así lo disponga, lo cual genera un gran desafío al derecho laboral, a los organismos de control fiscal, a los empleadores, a los trabajadores y al Estado en general, razón por la cual resulta imperioso exigir la aplicación material de las normas que amparan la provisionalidad en los empleos de carrera.

Como consecuencia lógica de lo anterior, se concluye que siendo la esencia de los organismos de control, como las contralorías, su carácter técnico, y la escogencia en el régimen de carrera administrativa está diseñado para seleccionar a los mejores y más competentes a partir de un sistema sustentado en el mérito, los nominadores no pueden evadir esta responsabilidad al desconocer las garantías laborales de que gozan estos funcionarios en provisionalidad.

5. CONMINACIÓN

Consecuentes con lo expuesto, la Auditoría General de la República con fundamento en las competencias asignadas por el artículo 274 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Ley 272 de 2000, se permite apremiar a las Contralorías Territoriales con el objeto de que apliquen de manera estricta el ordenamiento jurídico previsto en la Ley 909 de 2004 del 23 de septiembre de 2004.

La inobservancia de estos criterios, ante eventuales procesos judiciales, podrían generar menoscabo en el patrimonio público, producto de sobre costos por procesos instaurados, costas, indexación e intereses, derivando en consecuencia acciones disciplinarias y la presentación de acciones de repetición, pues, si la administración es condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular, y pagó la suma determinada en la sentencia, puede deducirse que la condena se produjo a causa de la conducta gravemente culposa o con dolo por parte del funcionario con competencia para proferir el acto administrativo declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa.

En este orden de ideas, resulta imperioso remitirse a lo estatuido en el artículo 6° de la Ley 678 de 2001, que reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los Agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición, al expresar "...La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o exlimitación en el ejercicio de las funciones". Agrega la citada norma, "se presume que la conducta es gravemente culposa por: 1) **Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho**". (...).

No sobra advertir, que de conformidad con el artículo 243 de la Carta, los fallos que profiera la Corte Constitucional en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, en concordancia con el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, normatividad que señala su obligatorio cumplimiento tanto para la administración como para los particulares. No aceptándose interpretación ni aplicación de norma alguna que contravenga las decisiones de esa Corporación.

Así las cosas, el ordenamiento jurídico está definido, y por tanto, es deber de las autoridades acatarlo en su integridad sin dilaciones ni esguinces, en contra de los derechos y garantías establecidos en la Carta Política.

Cordialmente,



JAIME RAÚL ARDILA BARRERA
Auditor General de la República

Proyectó: Roberto Arrázola Merlano 