



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA**

CONSEJERO PONENTE: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil once (2011)

REF: Expediente No. 68001 23 31 000 1998 01054 01 (1058-2010)

Actor: JAIRO ALBERTO NIÑO CARDENAS C/ E.S.E. INSTITUTO DE SALUD DE BUCARAMANGA - ISABU.

AUTORIDADES MUNICIPALES

- F A L L O -

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 26 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, desestimatoria de las súplicas de la demanda instaurada por el señor JAIRO ALBERTO NIÑO CÁRDENAS, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo emitido el Gerente de la Empresa Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, mediante el cual declaró insubsistente su nombramiento provisional como Odontólogo del Centro de Salud I. P. C.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor JAIRO ALBERTO NIÑO CÁRDENAS, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander, a fin de obtener la nulidad de la Resolución No. 000039, de 4 de febrero de 1998, suscrita por el Gerente de la Empresa

Social del Estado, Instituto de Salud de Bucaramanga, a través, de la cual declaró insubsistente su nombramiento provisional como Odontólogo del Centro de Salud I. P. C.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; que se condene a la demandada al pago de todos los salarios, primas y demás emolumentos dejados de percibir durante el tiempo que permanezca separado del servicio hasta el día de su reintegro, sumas que deberán ser actualizadas de conformidad con el índice de precios al consumidor, señalada por el DANE; que se declare para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad en la relación laboral y que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Relató el actor en el acápite de hechos, que fue vinculado de manera provisional al Ente accionado mediante Resolución No. 004194 de 26 de noviembre de 1991, en el cargo de Odontólogo, momento para el cual ostentaba título profesional.

Indicó, que el 5 de mayo de 1997, la Dirección de ISABU, se encargó del Centro de Salud aduciendo necesidades del servicio.

Sostuvo, que durante el tiempo que laboró lo hizo de manera responsable, eficiente, observando una excelente conducta y que además, se preocupó por su actualización profesional con el fin de prestar un mejor servicio.

Que a finales del mes de enero de 1998, se enteró que iba a ser declarado insubsistente, situación frente a la cual, la comunidad le presentó al Gerente del Ente accionado su inconformidad.

Por último, indicó que la Administración lo declaró insubsistente el 5 de febrero de 1998.

Invocó, como normas violadas los artículos 25 de la Constitución Política y 4º de la Ley 61 de 1987.

Manifestó, que la Administración con la expedición del acto acusado, desbordó los principios constitucionales en que debía fundarse, en tanto violentó su protección especial al trabajo, consagrada en el artículo 25 Superior.

Adujo, que fueron vulneradas las normas de carácter legal, por cuanto si bien, fue vinculado con nombramiento provisional, lo cierto, es que el término de la provisionalidad fue excedida, porque desempeñó el cargo por más de 6 años.

Indicó, que el acto censurado se encuentra falsamente motivado, habida cuenta, que se sustentó en una inexactitud jurídica, por cuanto el término que la norma vigente establece para la provisionalidad es de 4 meses, término que fue desconocido por la Administración, al mantenerlo de manera indefinida en el cargo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Empresa Social del Estado ISABU, mediante apoderado, se opuso a todas las pretensiones planteadas por la parte actora.

Adujo, que en ningún momento vulneró el derecho al trabajo del demandante, en tanto que no realizó ninguna maniobra que le impidiera el libre ejercicio del mismo.

Respecto de la supuesta transgresión a las normas legales, por haberse superado el término de la provisionalidad, manifestó que tal razón fue precisamente la que fundamentó el acto de insubsistencia.

Señaló, que en modo alguno se configuró la alegada falsa motivación, habida cuenta, que el Decreto Ley 2400 de 1968, estipula lo afirmado en el acto acusado y que si bien su contenido fue modificado por el artículo 4º de la Ley 61 de 1987, esto no cambia la circunstancia irregular, que fue precisamente corregida con la declaratoria de insubsistencia del demandante.

Además, indicó que el acto de remoción fue proferido en ejercicio de la facultad discrecional, toda vez, que se trataba de un empleado vinculado bajo el régimen de libre nombramiento y remoción.

Finalmente propuso las excepciones de *"ineptitud de la demanda por falta de requisitos al no existir agotamiento de la vía gubernativa; inexistencia de la obligación demandada y falta de causa; prescripción y caducidad"*.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander, a través de providencia de 26 de noviembre de 2009, luego de declarar como no probadas las excepciones propuestas por el apoderado del Ente accionado, denegó las súplicas de la demanda.

Señaló, que contrario a lo expresado por el accionante, es claro, que con la expedición del acto acusado no fueron vulneradas las normas constitucionales y legales en que debía fundarse, toda vez, que el mismo fue proferido respecto de un funcionario vinculado mediante nombramiento provisional, el cual no ostenta fuero de estabilidad alguna que le impida a la Administración disponer del cargo por razones del servicio, tal como sucedió.

Respecto de la alegada falsa motivación, indicó que si bien existe una inexactitud del término contemplado en el acto atacado, toda vez, que el artículo 4° de la Ley 61 de 1987, dispone que el nombramiento en provisionalidad no podrá tener una duración superior a 4 meses, prorrogables por otros 4 meses y no de 12 meses, como erróneamente se indicó; lo cierto, es que ello no constituye una falsa motivación, pues lo que resulta ser es un motivo no válido.

En tal sentido advirtió, que el hecho de que el accionante haya permanecido en el cargo por encima del término legalmente establecido, no le genera fuero de estabilidad, porque éste sólo es predicable respecto de los empleados vinculados en propiedad, y que en tal sentido, se entiende que el acto de insubsistencia obedeció al mejoramiento del servicio.

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación.

Al efecto, insistió en con la declaratoria de su insubsistencia, fueron puestos en peligro sus derechos fundamentales al trabajo y asistencia a la seguridad social.

Manifestó, que fueron vulneradas las normas de carácter legal, habida cuenta, que los argumentos que fundamentaron el acto de remoción, no son válidos, toda vez, que no es dable alegar el vencimiento del término de la provisionalidad, para declararlo insubsistente luego de que ocupó el cargo por más de seis años y menos aún, cuando en su lugar fue vinculada otra persona en las mismas condiciones.

En tal sentido, agregó que en razón a que el cargo que ocupaba era de carrera, su retiro debió obedecer a los resultados de un concurso de méritos,

si se tiene en cuenta que el nombramiento en provisionalidad debe atender a cubrir las necesidades del servicio mientras se hace la convocatoria al concurso y se establece la lista de elegibles.

Señaló, que como el empleado provisional debe reunir ciertos requisitos para desempeñar el empleo, es claro, que este no puede estar sujeto a la discrecionalidad del nominador.

Por último indicó, que la actuación de la Entidad accionada fue arbitraria por cuanto no obedeció a la buena marcha del servicio, dado que posee una excelente preparación académica aunada a la experiencia adquirida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de fecha 29 de octubre de 2010, se ordenó correr traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público, sin que hayan hecho manifestación alguna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

CUESTIÓN PREVIA

A fin de establecer el asunto materia de debate, la Sala estima necesario señalar que el demandante en el recurso de alzada manifiesta que, dado que el cargo que ocupó era de carrera, su retiro de debió obedecer a al resultado de un concurso de méritos; al respecto, se advierte que en razón a que tal inconformidad resulta ser novedosa al interior del proceso, cualquier pronunciamiento, resultaría improcedente, como quiera, que ello implicaría un detrimento del derecho de defensa y de contradicción de la contraparte que se atiene a lo debatido ante el *a quo*.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde entonces a la Sala, resolver si el acto por el cual la Entidad demandada, declaró insubsistente al señor al señor Jairo Alberto Niño Cárdenas, en el cargo de Odontólogo del Centro de Salud I. P. C., ocupado en provisionalidad, adolece del vicio de infracción de las normas en las que debió fundarse.

DEL FONDO DEL ASUNTO

A fin de decidir el objeto de la controversia, la Sala inicialmente, estudiará la figura del empleado provisional, para luego de acuerdo con el acervo probatorio obrante al interior del proceso, establecer si el acto censurado, adolece del vicio alegado.

DE LA SITUACIÓN DEL EMPLEADO PROVISIONAL

El principio general de carrera administrativa actualmente, previsto en nuestra Carta Política en su artículo 125¹, se consagró como una garantía para los servidores públicos que les permite la permanencia en los cargos públicos, este principio ha atravesado por diversas condiciones circunstanciales de las dinámicas políticas, que inevitablemente en veces la han convertido en la excepción.

Anteriormente, en la Constitución de 1886 en su Título V, y específicamente en su artículo 62² se consagraron varias disposiciones relativas a las reglas

¹ *Constitución Política de 1991, Artículo 125.* (Adicionado con un párrafo final, mediante acto legislativo 01 de 2003, julio 3). Los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley...

² *Constitución Política de 1886. Artículo 62.* "La ley determinará los casos particulares de incompatibilidad de funciones; los de responsabilidad de los funcionarios y modo de hacerla efectiva; las calidades y antecedentes necesarios para el desempeño de ciertos empleos, en los casos no previstos por la Constitución; las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público. El presidente de la república, los gobernadores, los alcaldes, y en general todos los funcionarios que tengan facultad de nombrar y remover empleados

generales sobre el acceso, organización, administración y vinculación al servicio público; no obstante en los primeros cincuenta años de su vigencia se torno en una figura extinta, pero que renació con la expedición de la Ley 165 de 1938³, en la que se proyectaron los principios fundamentales del mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y el acenso en la misma.

Fue a partir del Decreto 1732 de 1960⁴ que en forma expresa se contemplo la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados provisionales. Aunque esta figura inicialmente se estableció con una duración de 15 días, término que una vez cumplido habilitaba al provisional para separarse del cargo, en tanto que no podía continuar ejerciendo las funciones del empleo, lo cierto es, que con el paso del tiempo adquiría vocación de permanencia, pues en caso de persistir la ausencia de lista de candidatos elegibles para proveer el cargo, el mismo debía ser provisto en provisionalidad por el nominador.

administrativos, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el congreso, para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido. A los empleados y funcionarios públicos de la carrera administrativa les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho de sufragio. El quebrantamiento de esta prohibición constituye causal de mala conducta. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo o cargo público de la carrera administrativa, o su destitución o promoción".

³ **Ley 165 del 16 de noviembre de 1938. "Por la cual se crea la carrera administrativa"**. Como lo indica su artículo 20, empezó a regir el 1º de julio de 1939. **Artículo 4º.** "Para los efectos de la presente Ley, quedan comprendidos en la carrera administrativa todos los empleados públicos que presten sus servicios en los ramos fiscal y administrativo, conforme a los artículos 39 y 40 del Código Político y Municipal, **con las siguientes excepciones:** a) los empleados que ejerzan jurisdicción o autoridad y sus secretarios; b) Los agentes del presidente de la república o de los gobernadores, intendentes y comisarios, y aquellos que aunque no tengan tal carácter, su designación tenga una significación esencialmente política, como los secretarios de los ministros, gobernadores, intendentes y comisarios; c) Los empleados nombrados por las cámaras legislativas, por las asambleas departamentales y por los concejos; d) Los empleados y agentes de policía y resguardos de rentas; e) Los empleados del ramo electoral; f) los funcionarios del ministerio público; g) los empleados de la presidencia de la república; h) los que estén incorporados en carreras especiales; e i) los demás que, a juicio del gobierno, tengan funciones políticas o económicas que se rijan por un estatuto distinto del de la carrera administrativa".

⁴ **Decreto 1732 de 18 de julio de 1960. Sobre Servicio Civil y Carrera Administrativa"**. Como lo indicó el Parágrafo de su artículo 18, reguló de manera especial la Carrera Diplomática y Consular, dedicando todo el Capítulo VI. Este Decreto fue derogado por el artículo 65 del Decreto 2400 de 1968, menos sus artículos 178 y 179, referentes a la Junta Directiva de Cajanal y al Consejo Directivo de la Esap, respectivamente.

No obstante, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968⁵, en tanto que admitió el ingreso automático de la misma, favoreciendo a los empleados que estuvieron desempeñando el empleo de carrera, solo por el hecho de estarlo haciendo al momento de la expedición de la ley; obviando con ello, que uno de los pilares básicos es el mérito que se debe demostrar previo al ingreso en el servicio público, situación que encontró su fin hasta el año 1997, con la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional del artículo 22 de la Ley 27 de 1992 en la sentencia C-030.

Su artículo 5° estableció por primera vez, las clases de nombramiento: ordinario, en período de prueba y **provisional**; de manera que, la designación en el empleo de libre nombramiento y remoción tiene el carácter de nombramiento ordinario; el nombramiento en empleo de carrera recae sobre los seleccionados por el sistema de mérito y se produce inicialmente en período de prueba que no puede exceder los 6 meses, término que luego de superado habilita la inscripción en el escalafón y la ratificación en el cargo; y el **nombramiento provisional**, se produce cuando se trata de “proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera”, y **no puede exceder de cuatro meses**. y el artículo 25⁶, contempló dentro de las causales de retiro del servicio, **la insubsistencia del nombramiento**.

⁵ Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”. Este Decreto en su artículo 65, derogó el Decreto 1732 de 1960. Además fue reglamentado por el Decreto 1950 de 1973. Y fue derogado en los Títulos de Carrera Administrativa y Administración de Personal por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.

⁶ Artículo 25. “la cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: a. Por declaración de insubsistencia del nombramiento; b. Por renuncia regularmente aceptada; c. Por supresión del empleo; d. Por retiro con derecho a jubilación; e. Por invalidez absoluta; f. Por edad; g. Por destitución; y h. Por abandono del cargo”.

En lo que al retiro concierne, en su artículo 26⁷ señaló, 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”**, no obstante debe dejarse constancia del hecho y las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Y agregó, que los nombramientos de los empleados de carrera solo podían ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos por la ley o reglamento que regule la respectiva carrera; declaratoria de insubsistencia que conllevaba la pérdida de los derechos de carrera. Si el empleado inscrito en el escalafón ocupaba un cargo que se declarara de libre nombramiento y remoción, perdería su derecho dentro de la carrera, salvo traslado a empleo de carrera con funciones y requisitos equivalentes, como lo informa su artículo 49⁸.

En efecto es claro, que por orden legal, **la designación del empleado provisional tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado**; tal circunstancia permite deducir, que dicho nombramiento no tiene el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, **no otorga la estabilidad propia del sistema**; así las cosas, su desvinculación se producirá dentro de las hipótesis del artículo 25 ibídem, que bien desarrolló el artículo 26, pero con la ambigüedad relacionada a que la insubsistencia es propia de los que no pertenecen a una carrera, esto es, los nombramientos ordinarios o sea los de libre nombramiento y remoción, pues para los de carrera existen los motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios de insatisfactoria.

⁷ El artículo 26 fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-734 de 2000, confirmada en Sentencia C-1003 de 2003. “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 no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera”.

⁸ Artículo 49 “Los empleados inscritos en el escalafón que ocupen cargos que se declaren de libre nombramiento y remoción, perderán su derecho dentro de la carrera”. El aparte subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Suprema en Sentencia de 10 de abril de 1970.

Pues bien, observa la Sala que el análisis sistemático de estos preceptos permite deducir la siguiente percepción, que reviste especial importancia para aclarar los nexos entre la cesación definitiva de las funciones de los empleados provisionales y los actos discrecionales de insubsistencia.

La manera como quedó redactado el precepto, en principio, no sería extendible a los funcionarios provisionales, pero tampoco estos vínculos generan derecho de estabilidad; de tal suerte, que la ambigüedad se resuelve en la identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, lo cual origina en forma lógica que la cesación definitiva de funciones comporta identidad de dispositivo de los señalados en el artículo 25 literal a), es decir, que el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, pueda y deba hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, pensar lo contrario supone atribuir al nombramiento provisional consecuencias que no tiene, es decir, someterlo al procedimiento del inciso 2º del artículo 26, sin que se comporte hipótesis material, porque el ingreso de estas personas no ocurrió previo un sistema de selección de mérito, lo cual como puede apreciarse, conduce a que la identidad material del ingreso al servicio por nombramiento ordinario comparta analogía real con el ingreso al servicio público por nombramiento en provisionalidad.

Esta identidad material que existe entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, encuentra disposición expresa en el Decreto 1950 de 1973, por medio de su artículo 107⁹, que preceptúa que tanto el nombramiento ordinario como el **provisional**, pueden ser declarados insubsistentes **sin motivación de la providencia**, de acuerdo con la facultad

⁹ Artículo 107. *"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 sus empleados.*

"En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".

discrecional que le asiste al Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados.

Tal identidad que comparte el régimen de funcionarios de nombramiento ordinario y el provisional, en razón de que puede declararse su insubsistencia **sin motivación alguna**, persiste aún, en razón de que la Carta Política de 1991 en su artículo 125, preceptuó como causales de retiro para los empleados de carrera, no solo la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario, las demás causales previstas en la Constitución, sino también las demás contempladas por **"la ley"**; última parte de la disposición Superior, que habilita de manera expresa la aplicación de lo prescrito en esta particular materia de tiempo atrás, por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

El empleado provisional seguía teniendo vocación de permanencia al interior del servicio público y no era de otra manera cuando la Ley 61 de 1987¹⁰, con la estipulación de las excepciones al término de 4 meses de duración de la figura, habilitó tres posibilidades de ocupar un cargo en provisionalidad: la ordinaria ante la carencia de lista de elegibles, la del que ocupaba el cargo del empleado a quien se le otorgó comisión de estudios y la de quien laboraba en el cargo que fue prorrogado por solicitud de la entidad interesada debidamente motivada.

¹⁰ Ley 61 de 30 de diciembre de 1987 *"Por la cual se expiden normas sobre la Carrera Administrativa y se dictan otras disposiciones"*. Esta Ley fue derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998. En el artículo 4º reiteró que la provisión de empleos de libre nombramiento y remoción se hace por nombramiento ordinario y la de empleos de carrera previo concurso por *"nombramiento en periodo de prueba o por ascenso y por nombramiento provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera..."*.

El nombramiento provisional, con las Leyes 27 de 1992¹¹ y Decretos Reglamentarios y con la Ley 443 de 1998¹², pasó a convertirse en figura suplente del encargo, que se constituyó en el derecho preferencial de los empleados escalafonados para ocupar los cargos de carrera; de suerte que, la provisionalidad en virtud de la segunda Ley, admitió varias excepciones a su temporalidad de 4 meses, aunque en el Parágrafo de su artículo 8º, expresamente contempló la imposibilidad de la prórroga de dicho término al igual que el impedimento para proveer nuevamente el empleo a través de dicho mecanismo.

Las causales de pérdida de los derechos de carrera, en tanto que siguen siendo las mismas que se dispusieron en la normativa que le precede a estas Leyes, permiten sin lugar a dudas afirmar la vigencia de los artículos 5º, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968 y del artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

El Decreto 1572 de 1998¹³ en su artículo 7º, expresamente habilitó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del empleado provisional, a través de acto expedido por el nominador, es más, facultó a este para darlo por terminado mediante resolución, en cualquier momento antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga; disposición que corrobora aun más que la cesación de funciones del empleado provisional, puede y debe hacerse mediante declaratoria de insubsistencia, que también aplica para los empleados con nombramiento ordinario.

¹¹ **Ley 27 de 23 de diciembre de 1992** "Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones". **Esta Ley fue derogada por el artículo 87 de la Ley 443 de 1998.** El artículo 10 reiteró que la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hacía por nombramiento ordinario y los de carrera previo concurso, por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso, agregó, que mientras se efectuara la selección para ocupar un empleo de carrera, gozaban de derecho preferencial para ser encargados los empleados inscritos en el escalafón, siempre que reunieran los requisitos para su desempeño y en caso contrario podía acudir al **nombramiento provisional.**

¹² **Ley 443 de 11 de junio de 1998** "Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones". **Esta Ley fue derogada por el artículo 58 de la Ley 909 de 2004,** salvo sus artículos 24, 58, 81 y 82, relacionados con los concursos que puede adelantar la ESAP, su naturaleza jurídica, la creación del Sistema Único de Información de Personal y la hoja de vida de los servidores públicos, respectivamente.

¹³ **Decreto 1572 de 5 de agosto de 1998** "Por el cual se reglamente la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998".

La subsidiariedad de la figura del empleado provisional, siguió encontrando eco en la Ley 909 de 2004¹⁴, cuando establece que las clases de nombramiento son ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando de carrera administrativa se trata. La provisionalidad solo encontró cabida en caso de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal, con lo que se torna aun más evidente la diferencia existente entre el nombramiento provisional frente a quienes se encuentren en carrera administrativa.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005¹⁵, varía la situación, pero solo en el evento de darse por terminado el nombramiento provisional antes de cumplirse el término, caso en el cual debe hacerse, ahora sí, por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario dispone dicha Ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna.

De todo lo anterior emerge con claridad, que *in factum* no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, que no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa luego de agotar las diferentes etapas del concurso, y que por consiguiente, adquiere el carácter de análogo con el ingreso al servicio por nombramiento ordinario; que de paso se convierte en una tautología de la razón que genera una situación *in absurdo*, porque que en el plano de la realidad, su duración se constituye en indefinida, pues ante la inexistencia de lista de elegibles se debe acudir sucesivamente al nombramiento provisional, situación que desconoce los principios de la carrera administrativa establecidos en el

¹⁴ Ley 909 de 23 de septiembre de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

¹⁵ Decreto 1227 de 21 de abril de 2005 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998".

sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen.

A esta altura del proceso, se advierte que se continua la línea jurisprudencial, plasmada en la sentencia de 13 de marzo de 2003 ¹⁶, proferida en el radicado interno 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo, Consejero Ponente Dr. Tarsicio Cáceres Toro, tesis ratificada en providencia proferida por la Sala de Sección de 4 de agosto de 2010, expediente 319-2008, actor Aura Alicia Pedraza Villamarín, en la que igualmente se consideró que el acto de desvinculación de un funcionario provisional, **no requiere motivación alguna**, conclusión a la que arribó la Sala, luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura, pero precisando que la exigencia de no motivación del acto que declara la insubsistencia del provisional encuentra su excepción, en el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004¹⁷

DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Se tiene que en el proceso reposan las siguientes pruebas **documentales**:

Resolución No. 004194 de 26 de noviembre de 1991, por la cual el Secretario de Salud Departamental – Jefe de Servicio Seccional, nombra en provisionalidad al señor Jairo Alberto Niño Cárdenas en el cargo Odontólogo del Centro de Salud I. P. C. (Folio No. 2 del expediente).

¹⁶ Sentencia de 13 de marzo de 2003, radicado 4972-01, Actor: María Nelssy Reyes Salcedo. Consejero Ponente Tarsicio Cáceres Toro.

¹⁷ Sentencia de 23 de septiembre de 2010, radicado 0883-2008, Actor María Stella Albornoz Miranda. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve "... A juicio de la Sala, en aplicación del principio de igualdad (art. 13 C.P.), aquellos empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad...".

Resolución No. 000039 de 4 de febrero de 1998, por la cual el Gerente de la Empresa Social del Estado – ISABU, declaró insubsistente al peticionario del cargo que venía ejerciendo en provisionalidad como Odontólogo del Centro de Salud I. P. C. (Folio No. 5 del expediente).

Oficio de 29 de enero de 1998, por la cual la Comunidad de Villa Rosa y Barrios Unidos, manifiestan su apoyo al demandante ante el Director del Instituto de Bucaramanga, en el sentido de manifestar que se ha desempeñado con honorabilidad, respeto, pulcritud y que ha sido cumplidor de las actividades que le han sido encomendadas. (Folio No. 27 del expediente)

DEL CARGO DE INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN LAS QUE EL ACTO DEBE FUNDARSE

Sostuvo, el actor que con la expedición del acto acusado se desconocieron las normas constitucionales y legales en que debía fundarse, como quiera, que de un lado, fueron puestos en peligro sus derechos fundamentales al trabajo y asistencia a seguridad social y de otro, porque los argumentos que justificaron el acto de remoción, no son válidos, toda vez, que no es dable alegar el vencimiento del término de la provisionalidad, para declararlo insubsistente luego de que ocupó el cargo por más de seis años y menos cuando en su lugar fue vinculada otra persona en las mismas condiciones.

Al respecto, se hace necesario recordar que si bien, de conformidad con la normativa que regula la materia, el nombramiento provisional goza de una naturaleza precaria, toda vez, que el mismo no puede exceder del término 4 meses, admitiendo una prórroga por solo una vez y por el mismo lapso, lo cierto, es que la permanencia del empleado así vinculado, **por encima del lapso previsto en la ley, no le genera ningún derecho de inamovilidad**, porque tal circunstancia carece de la entidad suficiente para modificar la condición que legalmente ostenta.

Rad. 68001 23 31 000 1998 01054 01 (1058-2010)
Actor: Jairo Alberto Niño Cárdenas

Bajo dichos parámetros, no le asiste razón al demandante, al señalar que la Entidad vulneró las normas constitucionales y legales en que debía fundar el acto acusado.

Finalmente, se resalta que las calidades profesionales que pone de presente el demandante para calificar como arbitraria la decisión contenida en el acto de insubsistencia, son condiciones que la Administración exige a todo servidor público para el ejercicio de su cargo.

Colorario de lo anterior, la Sala confirmará el fallo de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

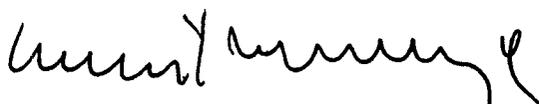
FALLA

CONFÍRMASE, por las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia, la sentencia apelada de 26 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, dentro del proceso promovido por el señor JAIRO ALBERTO NIÑO CÁRDENAS contra la E.S.E., INSTITUTO DE SALUD DE BUCARAMANGA – ISABU.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.



GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN



ALFONSO VARGAS RINCÓN



LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO