

---

Los Empleados Públicos Nombrados en Provisionalidad en Colombia

Yenny Mercedes Brieva Alvarez

Corporación Universitaria del Caribe-CECAR

Escuela de Posgrado y Educación Continua

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho Administrativo

Sincelejo, Sucre

2020

---

Los Empleados Públicos Nombrados en Provisionalidad en Colombia

Yenny Mercedes Brieva Alvarez

Trabajo presentado como requisito para optar al título de, Especialista en Derecho  
Administrativo

Asesora

Katia Palencia Sánchez

Magíster en Gobierno y Administración Pública

Corporación Universitaria del Caribe-CECAR

Escuela de Posgrado y Educación Continua

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Especialización en Derecho Administrativo

Sincelejo, Sucre

2020

**Nota de Aceptación**

Cuatro Cero (4.0),

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

Katia Palencia S.

Director



Evaluador 1

\_\_\_\_\_

Evaluador 2

## Tabla de Contenido

Resumen.....	5
Abstract.....	6
Introducción	7
Planteamiento del Problema .....	10
Justificación .....	13
Objetivos	154
Objetivo General	154
Objetivos Específicos	154
Metodología	165
1. Aspectos Relevantes del Proceso de Selección de Empleos de Carrera por Concurso de Merito en Colombia	17
2. Elementos Esenciales del Nombramiento de Provisionalidad .....	19
3. La Posición de la Corte Constitucional Frente a la Situación de los Empleados Públicos Nombrados en Provisionalidad, según Sentencia su 917 de 2010.	25
Conclusiones	27
Referencias Bibliográficas .....	29

## Resumen

Se ha generado un conflicto frente al tratamiento que se les debe dar a los empleados públicos nombrados en provisionalidad, toda vez, que estos no pueden ser considerados empleados de libre nombramiento y remoción ni mucho menos empleados de carrera administrativa. Ante esta situación en este trabajo se tiene por finalidad analizar el estado actual de la protección laboral de los empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa en Colombia. Metodológicamente se acudió a una revisión teórica, con uso de un paradigma Interpretativo y un enfoque cualitativo. Como resultado se estableció que se le ha reconocido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional una protección laboral intermedia, que exige que su desvinculación del cargo de carrera administrativa que ocupa sea motivada. Por lo anterior, se concluye que a estos empleados con la motivación se les respeta su derecho a la defensa y al debido proceso.

*Palabras clave:* provisionalidad, carrera administrativa, desvinculación, acto administrativo motivado.

### **Abstract**

A conflict has arisen over the treatment that should be given to public employees appointed on a provisional basis, since they cannot be considered as freely appointed and removed employees, much less as career administrative employees. In view of this situation, the purpose of this paper is to analyze the current status of labor protection for public employees appointed on a provisional basis in administrative career positions in Colombia. Methodologically, a theoretical review was carried out, using an interpretative paradigm and a qualitative approach. As a result, it was established that the Constitutional Court's jurisprudence has recognized intermediate labour protection, which requires that the reasons for the dismissal of the administrative career position held by the employee be given. Therefore, it is concluded that these employees with the motivation are respected their right to defense and due process.

*Keywords:* provisionality, administrative career, detachment, motivated administrative act.

## Introducción

Dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, su institucionalidad y todo lo que incorpora nuestro orden legal la regla general para acceder a un cargo público es la carrera administrativa entre las cuales se presentan 3 clases que hacen parte de la categoría de empleados públicos cuyo vínculo es legal y reglamentario.

- Carrera: tiene su sustento en el principio Constitucional, merito, igualdad y garantía de participación, tiene una características las cuales son, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley de acuerdo al cargo, esto es, -el cumplimiento de unos requisitos, en cuanto a experiencia, estudio, calidades, aptitudes, etc.
- Superación de las etapas del concurso de mérito: este debe culminar de manera satisfactoria, es decir, alcanzar el puntaje exigido o superarlo.
- El periodo de prueba: el término para este es de 6 meses desde el momento de su posesión, en dicho término será evaluado, con el fin de determinar si cumple o no con las aptitudes para permanecer en el cargo.
- Inscripción en el sistema de carrera administrativa: se consolida una relación entre la entidad pública y el empleado, surgiendo para este todos los beneficios y reconocimientos que ofrece este sistema. (Caicedo-Gutierrez, 2014)

Otra categoría es la de:

- Libre nombramiento y remoción: la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

Sus características son:

- Hace referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, y referirse a cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades.
- Los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos de confianza.

Por último y no menos importante se encuentra la tercera categoría:

- Los empleados públicos nombrados en provisionalidad resultan de manera excepcional, es decir, solamente cuando no existan empleados de carrera que puedan ser encargados, ya que la finalidad del Estado es garantizar la prestación del servicio con calidad y buscar solución ante las necesidades de la ciudadanía en el menor tiempo posible y con coherencia a la misión de las entidades y de esta manera alcanzar los fines esenciales del Estado desde el punto de vista Constitucional. (Constitucion Politica de Colombia (Const, 2019))

El nombramiento provisional es una medida inestable laboralmente y solo procede cuando en la planta de personal no se encuentre una persona en carrera que cumpla con los requisitos exigidos de acuerdo al cargo. Esto no quiere decir que un empleado que no haya alcanzado el puntaje correspondiente para entrar en carrera, no cumpla con los requisitos para asumir el cargo prestar un servicio eficiente y lograr un buen desempeño en el cargo.

El nombramiento en provisionalidad es una herramienta muy útil a la hora de sustituir los empleos de vacancia definitiva o temporales en carrera administrativa, su duración dependerá de la vacancia que se pretenda escoger, teniendo en cuenta el empleo que se va a escoger, por ejemplo: En el caso de la vacancia definitiva tendrá una duración de seis (6) meses y en el caso de la vacancia transitoria será por la duración de la situación administrativa en el que se encuentre el titular del empleo (Ley 909 de 2004 (Art 24, 25)). Es importante aclarar que “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 trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”. (Constitucion Politica de Colombia (Const, 2019)).



En todo caso este trabajo tiene la finalidad de buscar cual es la situación actual de los empleados nombrados provisionalmente teniendo en cuenta el concepto de El Consejo de Estado y La Corte Constitucional para finalmente cumplir con los objetivos propuestos.

### **Planteamiento del Problema**

Para darle mayor claridad al tema planteado, es necesario conocer que El Consejo de Estado en (Hernandez-Valbuena, 2018) expreso acerca de los empleados públicos nombrados en provisionalidad que el hecho de motivar el acto administrativo, no convierte a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en uno de carrera y mucho menos le confiere fuero de estabilidad. Simplemente obliga al nominador a motivar las razones por las cuales el empleado provisional no debe seguir en el cargo, ya que su nombramiento se hizo para satisfacer una necesidad en la administración e impedir la interrupción del servicio, esto quiere decir que su desvinculación hace referencia a que el nombramiento no satisfizo las necesidades de la administración, es por esto que dicha entidad tiene el derecho a mejorar el servicio o impedir su interrupción, pues tiene la potestad de desvincular a un provisional cuando este no cumpla con los requerimientos de ella.

Por otro lado existían varios supuestos normativos determinantes para El Consejo de Estado, este es el (Decreto 1950, Art 107, 1973) De la Declaratoria de Insubsistencia. “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”.

Fue esta norma el principal problema para la unificación de los precedentes de estas corporaciones judiciales y fue solo hasta la entrada en vigencia de la (Ley 909 de 2004 (Art, 41)) “Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado. La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

Fue a partir de aquí, que El Consejo de Estado desde el año 2010 referente a los empleados públicos nombrados en provisionalidad con la vigencia de la Ley 909 de 2004, expreso con esta

normatividad que estos actos deben ser motivados al considerar que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se había 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 de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004, reconociendo 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)”.

Por su parte La Corte Constitucional manifiesta (Vladimiro-Naranjo, 1998) que no se puede desvincular al empleado nombrado en provisionalidad como fuese empleado de libre nombramiento y remoción, a excepción que para ello se justifique la desvinculación con justa causa. Pero cuando este tipo de empleados supera el tiempo permitido para ocupar el cargo de carrera en provisionalidad para desvincularlo es necesario que se provea el cargo que este ocupa por concurso, pues de lo contrario estos seguirán en su cargo.

La Corte enfatiza en que este tipo de empleados aunque no sean de carrera administrativa, necesitan de unas mínimas garantías y por eso se habla de que gozan de una estabilidad intermedia que se fundamenta en el respeto de ciertos derechos fundamentales como el debido proceso y el derecho a la defensa según lo expresa la (Constitucion Política de Colombia (Const, 2019))

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, existe una obligación de motivar los actos administrativos que declaran la insubsistencia de los nombramientos de funcionarios en cargos de carrera que se encuentran en provisionalidad, de los que se predica una estabilidad relativa. Para la Corte, las facultades discrecionales absolutas dentro del Estado Social de Derecho se pueden confundir con arbitrariedad, razón por la cual, la motivación de dichos actos (i) es una expresión del principio democrático y de publicidad, (ii) permite su control judicial efectivo y (iii) garantiza la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. (Schlesinger-Pardo, 2017)

Los funcionarios públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad.

Frente a este tema la Corte Constitucional ha enfatizado que “La falta de motivación constituye una violación al debido proceso (...) la desvinculación debe fundamentarse en razones de índole disciplinarias, por calificación no satisfactoria, por haberse convocado el respectivo concurso de méritos o por razones del servicio”. (Vargas-Hernandez, 2003)

De no basarse la desvinculación del empleado bajo alguna de estas causales se entenderá que el despido es inválido y por tanto se debe dar su reintegro a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en que se venía desempeñando. (Gonzales-Cuervo, 2010)

Cuando se presente este tipo de situaciones los empleados nombrados en provisionalidad deberán hacer uso de los mecanismos que dispongan las leyes para controvertir el acto administrativo cuando este sea motivado, pero cuando no sea motivado y exista la posibilidad de ocurrir un perjuicio irremediable se puede hacer uso de forma excepcional de la acción de tutela.

La Corte Constitucional ha planteado de forma reiterativa que la acción de tutela no puede utilizarse como mecanismo principal, pero en este tipo de situaciones es el único mecanismo con el que cuentan estos empleados.

Con base en ello como resultado del ejercicio de esta acción el Juez de tutela debe adoptar dos decisiones para frenar la causación del perjuicio irremediable: “i) La orden del reintegro como medida transitoria, ii) La orden de motivación del acto administrativo de desvinculación de acuerdo a derecho”. (Monrroy-Cabra, 2005)

Teniendo en cuenta lo dicho entre estas grandes corporaciones, vale la pena preguntar ¿Cuál es el estado actual de los empleados públicos nombrados en provisionalidad?

### **Justificación**

La elección del tema se llevó a cabo debido a la gran controversia que se ha venido generando las diferentes posiciones entre las grandes corporaciones antes señaladas, es por esto que debemos reiterar lo que dice la Corte Constitucional como medio garantista ante los derechos de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, es decir, los antes mencionados no pueden ser desvinculados del cargo como si fueran empleados de libre nombramiento y remoción a menos que se justifique la desvinculación con justa causa, ya que estos empleados tienen unas mínimas garantías y gozan de una estabilidad intermedia, que tiene como fundamento el respeto por los derechos fundamentales como lo es el debido proceso y el derecho a la defensa.

La Corte Constitucional ha manifestado mediante las diferentes sentencias correspondientes a este tema en concreto que los actos administrativos, deben estar debidamente motivados, es decir, deben explicar las razones por las cuales se da la desvinculación, de lo contrario la administración estaría incurriendo en una violación al debido proceso.

Por otro lado es necesario dejar claro que aunque los cargos en carrera administrativa se surtan a través de concurso de méritos, es decir una serie de etapas que se deben cumplir a cabalidad para lograr un puntaje exigido y así lograr el cargo, los aspirantes que no logren el puntaje, no quiere decir que no cuenten con las habilidades y cualidades para desarrollar el cargo. Es por esto que es de vital importancia que las entidades se preocupen por realizar este tipo de concursos no solo para darles la oportunidad a los profesionales, a esas personas que se preocupan por obtener un conocimiento para salir adelante, sino también para cumplir conforme a la ley.

Esto se puede lograr de la mano con la Comisión Nacional del Servicio Civil, quien es la encargada de realizar estos concursos así lo estableció la Constitución Política en su artículo 130 el cual versa así: “Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

El concurso de méritos que se realiza a través de esta entidad ofrece unas etapas muy importantes las cuales se deben cumplir debidamente ya que para las entidades es transcendental

que las personas tengan una formación académica y personal implacable ya que si cuentan con excelentes empleados el servicio que ofrecen como entidad será óptimo. Por lo tanto los empleados públicos deben preocuparse por ofrecer un servicio de calidad y desarrollar sus labores de manera eficiente pues de esto dependerá su permanencia en el cargo.

## **Objetivos**

### **Objetivo General**

Analizar el estado actual de los empleados públicos nombrados en provisionalidad en Colombia.

### **Objetivos Específicos**

- Describir los aspectos relevantes del proceso de selección de empleos de carrera por concurso de mérito en Colombia.
- Indicar los elementos esenciales del nombramiento en provisionalidad.
- Identificar la posición de la Corte Constitucional frente a la situación de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, según Sentencia su 917 de 2010.

### **Metodología**

El presente trabajo corresponde a un análisis sobre los empleados públicos nombrados en provisionalidad, el cual se caracterizó porque su desarrollo fue desde un enfoque cualitativo y paradigma interpretativo, para la búsqueda y el análisis de la información, toda vez que este tipo de estudios permite conocer con amplitud el sistema de nombramientos para empleados públicos, garantías, etc.

Este trabajo es de corte exegético, en el entendido que el interés principal de este es poder analizar el estado actual de los empleados públicos nombrados en provisionalidad.

La fuente de información fue primaria, entre las cuales se encuentra la ley 909 de 2004, tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública, la Constitución Política de Colombia como fuente fundamental para este escrito, El Consejo de Estado mediante una posición más estricta nos da un enfoque más exegético acerca del tema, La Corte Constitucional como medio garantista de los derechos de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, Decretos y bases de datos como google académico que enriquecieron aún más este trabajo por medio de los artículos encontrados.



## **1. Aspectos Relevantes del Proceso de Selección de Empleos de Carrera por Concurso de Merito en Colombia**

De acuerdo a lo establecido en la Constitución Política, por regla general, los empleos de vacancia definitiva deben ser provistos mediante concurso de mérito y a través de La Comisión Nacional del Servicio Civil. (Constitucion Politica de Colombia (Const, 2019))

Oferta Pública de los empleos de carrera administrativa que se encuentran en vacancia definitiva (OPEC), certificada por el Representante Legal y el Jefe de Talento Humano o quien haga sus veces.

El Concurso de Méritos, Etapas del Concurso.

El desarrollo del concurso de méritos se compone de varias etapas que van desde el registro en SIMO por parte de los aspirantes hasta la finalización de manera satisfactoria del periodo de prueba.

Registro en SIMO, divulgación de la convocatoria, inscripciones, verificación de requisitos mínimos, aplicación de pruebas, listas de elegibles, periodo de prueba.

**Registro en SIMO:** Es una aplicación Web que permite el registro de ciudadanos para su participación en un concurso de méritos, ingresando a SIMO a través de la página web [www.cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co), este permite crear un perfil con usuario y contraseña lo cual permite la entrada cada vez que lo requiera para actualizar datos o inscripción para un concurso.

En el menú lateral izquierdo se encuentra la OPEC, donde se podrá ubicar los empleos de interés que se encuentren disponibles ya sea por convocatoria, entidad, ubicación o salario.

Ampliar la información de cada empleo, revisando el propósito las funciones, los requisitos y las vacantes disponibles, así será más seguro aplicar a este empleo, el icono en forma de corazón permitirá guardar el empleo como favorito, haciendo que este aparezca en el panel de control de la cuenta para no buscarlo de nuevo.

Finaliza la preinscripción guardando el empleo seleccionado y así se habilitará el PAGO de los derechos de participación, Para esto hay dos opciones: Botón PSE para pagos en línea, inmediatamente se realice el pago puede efectuar la inscripción en el empleo escogido. A Pagar en el banco, para lo cual debe presionar el botón consignar en banco y se generará el recibo que se debe imprimir para posteriormente acercarme a la sucursal bancaria, y luego de 24 horas de haber cancelado el pago se podrá realizar la inscripción en el empleo escogido.

Una vez hecho el pago no se puede cambiar de empleo o convocatoria escogida, puesto que una vez se realice la inscripción el sistema tomará la información personal así como los documentos cargados previamente, y los asociará al empleo al cual se hizo la inscripción.

**Divulgación de la Convocatoria:** La ejecución de todo concurso de méritos debe iniciar con su divulgación, con el fin de garantizar el acceso libre de todas las personas interesadas en participar. Una vez se expida el Acuerdo de Convocatoria, se publica con la OPEC en el sitio Web de la CNSC, para que los interesados cuenten con el tiempo suficiente para ESCOGER dentro de los empleos ofertados. Dentro de esta etapa se determina la estrategia de divulgación que podrá consistir en medios de comunicación escrito, verbal, o virtual, como pueden ser prensa, radio, televisión, foros, videoconferencias, etc.

Inscripción: Esta etapa de la Convocatoria es adelantada directamente por la CNSC y comprende entre otras, las siguientes actividades:

Guía: Se publica la guía de orientación al aspirante

SIMO: Se activa en esta aplicación el proceso de inscripción en el sitio web CNSC

Derecho de Participación: Se realiza la venta por PSE o BANCOS AUTORIZADOS

Inscripción: Se realiza una vez complete el proceso de preinscripción y la compra de los derechos de participación.

Resultados: Se publica la lista de inscritos

**Verificación de Requisitos Mínimos:** Es una condición obligatoria que de no cumplirse termina con el retiro del aspirante en cualquier etapa del proceso de selección. La verificación de requisitos mínimos se realizará exclusivamente con base en la documentación aportada en SIMO por el aspirante, en la forma y oportunidad establecidos por la CNSC, CONFORME CON la exigencia en la OPEC para el empleo al cual se inscriba el aspirante.

Los aspirantes que acrediten y cumplan los requisitos mínimos establecidos para el empleo al cual se inscribieron serán admitidos para continuar en el proceso de selección, y aquéllos que no los cumplan no podrán continuar en el concurso. Los documentos enviados o radicados en forma física o por medios distintos a los cargados en SIMO, o los que sean adjuntados con posterioridad a la inscripción no serán objeto de análisis.

**Aplicación de Pruebas:** Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación del aspirante y establecer una clasificación de los mismos, respecto de las competencias y calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades de un empleo.

En el Acuerdo de Convocatoria se encontrarán los diferentes tipos de pruebas a aplicar en cada convocatoria, así como su carácter clasificatorio o eliminatorio, su ponderación y los puntajes mínimos de aprobación.

**Lista de Elegibles:** Con base en la información sobre los resultados consolidados de todas y cada una de las pruebas practicadas, entregada por la universidad o institución contratada, la CNSC debe iniciar el proceso de conformación de listas de elegibles para proveer las vacantes definitivas de los empleos objeto del concurso, lo cual se efectuará en estricto orden de mérito.

**Periodo de Prueba:** Por regla general el período de prueba tendrá una duración de seis (6) meses, salvo los casos en que los sistemas de carrera específicos o especiales de origen legal, dispongan otro término. Aprobado dicho período por obtener mínimo calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral en el ejercicio de sus funciones, el servidor adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa. Los servidores que no aprueben la evaluación del desempeño laboral, por haber obtenido calificación

no satisfactoria y encontrándose en firme, deberán ser declarados insubsistentes por resolución motivada emitida por la entidad nominadora. Los servidores inscritos en el Registro Público de Carrera o con derechos de carrera administrativa que superen el proceso de selección, serán nombrados en período de prueba y una vez obtengan calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral, les debe ser actualizada su inscripción en el Registro Público de Carrera. En caso contrario, regresarán al empleo que venían desempeñando antes del Concurso y conservarán su inscripción en la Carrera Administrativa. (Comision Nacional del Servicio Civil (CNSC) 2016)

## 2. Elementos Esenciales del Nombramiento de Provisionalidad

De acuerdo con el Artículo 125 de la Constitución Política, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, es especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el (Constitucion Política de Colombia (Const, Art 53 2019)). Sin embargo esto no quiere decir que una persona que no haya alcanzado el puntaje correspondiente en el concurso de méritos, no reúna las cualidades y habilidades para el desarrollo del cargo.

Cuando hablamos de nombramiento en provisionalidad, nos referimos a que son aquellos que tienen la finalidad de proporcionar de manera transitoria empleos de carrera, con personal que no fue seleccionado por medio de concurso de méritos y su permanencia en el cargo no podrá exceder el periodo de 6 meses. El nombramiento en provisionalidad procede de manera excepcional y solamente cuando no existan servidores públicos de carrera en la planta de personal de la entidad, que reúna los requisitos para ser encargado.

Aunque no ha sido legalmente establecido como fuero de estabilidad y tampoco aplicable a servidores con derechos de carrera, estos empleados provisionales tienen los mismos derechos, obligaciones, inhabilidades e incompatibilidades funcionales que los empleados de carrera.

La (Ley 909 de 2004 (Art, 23)) establece las clases de nombramientos “Los nombramientos serán ordinarios, en período de prueba o en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales.

Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley”.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que existe la prohibición constitucional y legal de ingresar o ascender a los cargos de carrera administrativa mediante procesos diferentes a los señalados en la Ley; es decir, el concursos de mérito

En este orden de ideas, quienes cumplan con los requisitos de ley y los requisitos establecidos en el manual específico de funciones y requisitos que tenga adoptado la entidad, podrán ser designados en empleos clasificados como de carrera administrativa, previa superación del concurso de méritos y la correspondiente superación del respectivo período de prueba.

Ahora bien, las entidades del Estado por necesidades del servicio, pueden proveer los empleos de carrera en forma transitoria, ya sea mediante nombramiento en encargo o nombramiento en provisionalidad.

La (Ley 909 de 2004 (Art, 24)) expresa “Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva”.

Para finalizar, es importante saber cómo puede terminar el nombramiento en provisionalidad, para ello La (Sentencia SU 917 de, 2010) manifiesta “En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder.

De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente”. Los motivos a los que se refiere la sentencia antes mencionada son, los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, razón por la cual debe constatarse ya que de lo contrario se incurre en una causal de nulidad por falsa motivación. “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”.

Es necesario recordar que el nombramiento provisional solo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2004 y los decretos reglamentarios.

Finalmente es de vital importancia tener en cuenta el criterio de La Corte Constitucional SU 917 de 2010 ya que esta manifiesta que la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es 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 empleado concreto y este a su vez debe conocer las razones por las cuales sale del cargo para que puede ejercer su derecho de contradicción.



### **3. La Posición de la Corte Constitucional Frente a la Situación de los Empleados Públicos Nombrados en Provisionalidad, según Sentencia su 917 de 2010.**

Para la Corte Constitucional el hecho de referirse hacia la situación de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, ha sido de gran relevancia y sin lugar a duda ha tenido un efecto positivo en cada uno de los casos que se han dado por motivo de desvinculación. En esta oportunidad La Corte se pronunció una vez más a través de la Sentencia SU 917 de 2010 dejando claro que El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA.

La Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión.

La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que,

además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (Constitucion Política de Colombia (Const, Art1 2019)), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (Constitucion Política de Colombia (Const, Art 209 2019)), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

La Corte declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. Lo anterior no genera fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley (por ejemplo ante la provisión del empleo mediante concurso de méritos), siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia.

## Conclusiones

Frente al tema se concluye que en Colombia está definida la forma en que se deben proveer los cargos de las entidades públicas, que es a través de la carrera administrativa por excelencia, sin embargo, se admite la posibilidad de que dichos cargos se provean de manera provisional o por encargo, pero la provisionalidad ha cobrado gran importancia por ser la nueva tendencia para ocupar cargos públicos en el país cuando estos están vacantes de forma definitiva o temporal.

Así mismo, se logró establecer que la carrera administrativa es un sistema reglado que tiene por finalidad que a la administración pública lleguen empleados que cuenten con las calidades necesarias para la prestación adecuada del servicio público que prestan.

De igual forma, se determinó que el nombramiento en provisionalidad es de naturaleza temporal y se ha convertido en una herramienta en favor de las entidades públicas para proveer cargos que se encuentren vacantes mientras logran cumplir con el concurso de méritos que es la condición necesaria para proveer los cargos de carrera de forma definitiva.

En lo que respecta a la posición de la Corte Constitucional frente a la protección que se les debe dar a estos empleados públicos, se ha hecho énfasis en que estos deben contar con una mínima protección, que se evidencia en la exigencia de motivación del acto administrativo por el cual declaran insubsistente a un empleado nombrado en provisionalidad que venía ocupando un cargo de carrera administrativa. Este es la forma que esta corporación busca asegurar que el despido no se haga de manera arbitraria y que las garantías se den conforme a la ley.

Para lograr las vacancias definitivas, se tiene por regla general aplicar al concurso de méritos establecido por nuestra constitución en su artículo 130. Para lo cual ha diseñado una serie de etapas en donde los aspirantes deben dejar claro que cuentan con las habilidades y cualidades que requiere el cargo para el cual se han postulado.

Esta serie de etapas son muy importantes porque mediante estas se puede lograr la escogencia de la persona idónea para el desarrollo del cargo, pues lo que realmente le interesa a las entidades es que la persona que ocupe el cargo cumpla con los requisitos de ley ya que esto asegura

la prestación de un servicio de calidad. Las etapas del concurso son: Registro en SIMO, divulgación de la convocatoria, inscripciones, verificación de requisitos mínimos, aplicación de pruebas, listas de elegibles, periodo de prueba. Esta última garantiza la propiedad en el cargo si culmina satisfactoriamente este requisito, dándole paso a una nueva relación entre el empleado y la entidad, donde el primero gozará de los beneficios que ofrece ser empleado público denominado inscripción en el sistema de carrera administrativa.

### Referencias Bibliográficas

Caicedo-Gutierrez, M. (2014). *La provisionalidad dentro del Marco de la Carrera Administrativa*.  
[www.udea.edu.co/revistadialogos](http://www.udea.edu.co/revistadialogos)

Comision Nacional del Servicio Civil (CNSC) 2016. *Cartilla 1 Procesos de Seleccion*.  
[https://www.cnsc.gov.co/DocumentacionCNSC/Informacion\\_y\\_Capacitacion/Publicaciones/CARTILLA%20convocatorias.pdf](https://www.cnsc.gov.co/DocumentacionCNSC/Informacion_y_Capacitacion/Publicaciones/CARTILLA%20convocatorias.pdf)

Consejo de Estado. (2018). *Actos Administrativos de Retiro de Empleados*  
<http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/biblioteca/revistas/edi02/doc/cesar2.pdf>

Constitucion Politica de Colombia(Const, 2019). Bogota: Leyer.

De la Declaratoria de Insubsistencia (1973). *Decreto 1950 Art 107*.

Hernandez-Valbuena, G. (5 de Julio de 2018). *Sentencia 00064*.  
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88501>

Vargas-Hernandez, I. (28 de Agosto de 2003). *Sentencia T 752*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-752-03>.

Ley 909 de 2004. (23 de Septiembre de 2004).  
<http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/ley%20909%20de%2023%20de%20septiembre%20de%202004.pdf>

Gonzalez-Cuervo, M. (02 de Junio de 2010). *Sentencia T 1159*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-431-10>.

Monrroy-Cabra, M. (17 de Noviembre de 2005). *Sentencia T 1159*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-1159-05>.

Schlesinger-Pardo, C. (25 de Enero de 2017). Corte Constitucional.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-003-18>.

*Sentencia SU 917 de, SU 917* (Corte Constitucional 16 de Noviembre de 2010).

Naranjo-Mesa, V. (14 de Diciembre de 1998). *Sentencia T 800*.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-800-98>.