

**“APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN
MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ECONÓMICOS DEL EMPLEADO
PÚBLICO EN PROVISIONALIDAD, REINTEGRADO AL SERVICIO POR LA
EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DECLARADOS NULOS”**

**ÁNGELA MARÍA JOJOA VELÁSQUEZ
LALO ORDOÑEZ LÓPEZ
YENNI MARÍA ALEXANDRA ROMO TORRES**

**UNIVERSIDAD DEL CAUCA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
MARZO DE 2018**

**“APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN
MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ECONÓMICOS DEL EMPLEADO
PÚBLICO EN PROVISIONALIDAD, REINTEGRADO AL SERVICIO POR LA
EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DECLARADOS NULOS”**

**ÁNGELA MARÍA JOJOA VELÁSQUEZ
LALO ORDOÑEZ LÓPEZ
YENNI MARÍA ALEXANDRA ROMO TORRES**

Trabajo de grado para optar el título de Magister en Derecho Administrativo

**Director:
Doctor WILLIAM EUGENE ULRICH ASTAIZA**

**UNIVERSIDAD DEL CAUCA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SAN JUAN DE PASTO
MARZO DE 2018**

ÍNDICE TEMÁTICO

	PAG.
INTRODUCCIÓN	5
I. EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD EN EL MARCO DE LA LEY 909 DE 2004	8
a. Del fenómeno de la provisionalidad como mecanismo de vinculación al servicio del Estado.	9
1. Vinculación del empleado público en provisionalidad: temporalidad en la prestación del servicio y de la estabilidad precaria a estabilidad intermedia laboral.	10
2. Formas de retiro del servicio: renuncia, declaración de insubsistencia y provisión del cargo por concurso público.	18
b. Del medio de control de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado público en provisionalidad	23
1. Configuración de causales de nulidad de los actos administrativos de insubsistencia y deber de motivación de los mismos.	24
2. Nulidad del acto administrativo y condiciones para el reintegro al servicio público del empleado declarado insubsistente.	29
II. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ECONÓMICOS COMO CONSECUENCIA DEL REINTEGRO AL SERVICIO PÚBLICO DEL EMPLEADO VINCULADO EN PROVISIONALIDAD	32
a. Precedente jurisprudencial en materia de indemnización	32
1. Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional	33
2. Línea jurisprudencial del Consejo de Estado	45
b. Discrepancia en la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado.	53
1. El principio de seguridad jurídica en la adopción de decisiones judiciales.	55
2. Falta al principio de seguridad jurídica por la aplicación	56

indistinta del precedente vertical del Consejo de Estado y la
regla jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional

III.	CONCLUSIONES	62
IV.	BIBLIOGRAFÍA	64
V.	ANEXOS	71

INTRODUCCIÓN

Los actos administrativos por medio de los cuales se desvincula a empleados en provisionalidad, cuya nulidad es declarada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, impone la obligación de reparar el daño derivado de la remoción del servicio.

Así, la reparación del daño, entre otros aspectos, conlleva al reintegro del servicio y al reconocimiento de los salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir a partir de la desvinculación y hasta el reintegro efectivo del mismo; empero, existe una diferencia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto a la reparación económica, en la medida que la primera limita el período de liquidación, esto es, entre seis (6) y veinticuatro (24) meses, y la segunda Corporación estima que debe reconocerse todo el tiempo que duró la desvinculación, es decir, entre el retiro del servicio y el reintegro al mismo.

Ahora bien, el Consejo de Estado en sus distintas Secciones, al momento de resolver acciones de tutela contra providencias proferidas en procesos ordinarios de nulidad y restablecimiento del derecho, que han limitado la indemnización del daño, ha dispuesto la aplicación tanto del precedente de la Corte Constitucional como de su propio precedente, generando incertidumbre jurídica.

Como consecuencia de la existencia de dos precedentes válidamente aplicables, el juez Contencioso Administrativo se ve abocado a la aplicación de uno de los dos, lo que supone, a su vez, dar prevalencia al principio de seguridad jurídica o al de igualdad, porque la aplicación de uno u otro precedente implica, además, que casos que son fácticamente similares obtengan resoluciones judiciales distintas, siendo pertinente dilucidar la regla indemnizatoria que debe regir los casos concretos, a efecto de limitar que controversias parecidas obtengan resoluciones judiciales distintas.

Es importante abordar el tema a través de sendas líneas jurisprudenciales, con el propósito de observar el movimiento de la jurisprudencia y evidenciar la problemática que se deriva de la

aplicación uno u otro precedente, y dar coherencia a la administración de justicia en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por ende, la finalidad de este trabajo se circunscribe al estudio de la indemnización de dichos perjuicios materiales, en la medida que tal aspecto ha sido objeto de distintas posturas en las decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, inicialmente, este trabajo abordará el fenómeno de la provisionalidad como mecanismo de vinculación al servicio del Estado, así como los derechos laborales del empleado público, estabilidad laboral y desvinculación del mismo; posteriormente, se enfocará en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho frente a las decisiones de la Administración, por medio de los cuales se declara la insubsistencia del nombramiento del empleado en provisionalidad, la configuración de causales de nulidad de los actos administrativos de insubsistencia, el deber de motivación de los mismos, y las condiciones para el reintegro al servicio público del empleado declarado insubsistente.

Adicionalmente, el lector encontrará la construcción de dos líneas jurisprudenciales correspondientes a la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, bajo la metodología del análisis dinámico del precedente, en los términos formulados por el profesor Diego Eduardo López Medina, en su obra “El Derecho de los Jueces”; para la recolección de información, se efectuará la elaboración de fichas de cada una de las sentencias, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, relacionadas con la regla indemnizatoria de los perjuicios económicos ya referenciados, con el objeto de sistematizar la información recopilada, graficarla y reconstruir argumentativamente la línea jurisprudencial.

La metodología se delimitará a los siguientes parámetros: i) ámbito temporal: se estudiarán sentencias proferidas en el período comprendido entre los años 2004 a 2017, en consideración a la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, a partir de la cual, el Consejo de Estado empezó a modular sus fallos en lo atinente al deber de motivar los actos administrativos de desvinculación de los empleados en provisionalidad; ii) ámbito espacial: correspondiente a las sentencias tipo T y SU emanadas de la Corte Constitucional, y providencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en materia de procesos ordinarios de naturaleza

laboral a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y en sus demás Secciones en materia de acciones de tutela, y iii) ámbito material: se tendrán en cuenta aquellas sentencias relacionadas con la remoción de empleados en provisionalidad desvinculados del servicio, cuyo reintegro impone la indemnización económica.

Como fuentes se emplearán las Relatorías de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y la doctrina referida a la materia; efectuado este análisis se evidenciará la contraposición existente en materia de indemnización de perjuicios materiales, surgida entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que compromete los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad.

I. EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD EN EL MARCO DE LA LEY 909 DE 2004

En Colombia, el recurso humano al servicio del Estado es denominado genéricamente por la Constitución Nacional como servidores públicos, en ese sentido el artículo 123 preceptúa:

“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”¹ (Cursiva fuera del texto)

Del artículo en mención, se extrae que los precitados están al servicio del Estado y de la comunidad, en cualquiera de las ramas del Poder Público, y que el ejercicio de sus funciones debe efectuarse en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

A su vez, el concepto de servidor público se divide en dos grupos, de una parte, se encuentran los miembros de las corporaciones públicas, tales como Ediles, Concejales, Diputados, Senadores, Congresista, y de otra, están los empleados oficiales, última noción que se subdivide, a su turno, en empleados públicos y trabajadores oficiales.

Valga decir que los empleados públicos se vinculan al servicio del Estado, a través de tres maneras: a) libre nombramiento y remoción, b) carrera administrativa², y c) provisionalidad³; en tanto que los trabajadores oficiales se vinculan por medio de contratos de trabajo, para labores

¹ Constitución Política de Colombia [Const]. Art 123. Julio 7 de 1991(Colombia).

² Decreto 1950 de 1973[Presidencia de la República]. Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. Septiembre 24 de 1973.

Artículo 180. *La Carrera Administrativa es un sistema de administración de personal que tiene por objeto mejorar la eficiencia de la Administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender conforme a las reglas que el presente Decreto establece.*

³ Decreto 2504 de 1998[Presidencia de la República]. Por el cual se modifican los artículos 2, 4 y 12 (transitorio), 130, 131, 135, 149, 151, 154, 155 y 156 del Decreto 1572 de 1998. Diciembre 10 de 1998

Artículo 2°.- *Modifícase el artículo 4 del Decreto 1572 del 5 de agosto de 1998, el cual quedará así: "Artículo 4°.- Entiéndese por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata"*

de construcción y sostenimiento de obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que laboren en las mismas⁴, *verbi gratia*, obrero de construcción, conductor de volqueta, supervisor del personal de la obra, jefe de cuadrilla, electricista, etc. Finalmente, se recordará que, dependiendo de la forma de vinculación, surgirán las diferentes obligaciones y derechos de los servidores estatales.

Ahora bien, el tema objeto de estudio se circunscribirá a los empleados públicos en provisionalidad, razón por la cual, a continuación, se realizará un análisis con mayor profundidad.

a.) Del fenómeno de la provisionalidad como mecanismo de vinculación al servicio del Estado.

Como introducción al tema de los empleados públicos en provisionalidad, es relevante realizar una retrospectiva acerca de su origen, el cual obedeció a la necesidad del servicio en las diferentes esferas de la Administración Pública⁵.

Normativa y jurisprudencialmente se ha establecido que la regla general para la vinculación⁶ al servicio público es la carrera administrativa; no obstante, como excepción a la misma surge el fenómeno de la provisionalidad⁷, figura que permite la permanencia en el servicio, hasta tanto el

⁴ Decreto 1848 de 1969. [Presidencia de la Republica]. Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968. Noviembre 4 de 1969.

Artículo 3º.- Trabajadores oficiales. Son trabajadores oficiales los siguientes:

a.) *Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del artículo 1 de este decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras; y*

b.) *Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, "con excepción del personal directivo y de confianza que trabaje al servicio de dichas entidades". Es nulo lo que aparece subrayado*

⁵ Diego Younes Moreno. Derecho Administrativo Laboral. Evolución de la carrera Administrativa en Colombia. Ed., Temis. (1998).

⁶ Decreto 1572 de 1998 [Presidencia de la Republica]. Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998. Agosto 5 de 1998.

⁷ Decreto 1950 de 1973 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. Septiembre 24 de 1973.

cargo ocupado provisionalmente sea provisto mediante concurso de méritos, se supla la vacancia y se efectúe la inscripción en carrera administrativa.

Sea del caso resaltar que la carrera administrativa y la provisionalidad se diferencian, porque la primera reviste al empleado de una estabilidad laboral reforzada y, la segunda forma de vinculación, en cambio, confiere al empleado público una estabilidad intermedia. Estos temas se abordan a continuación, en los siguientes términos.

1.) Vinculación del empleado público en provisionalidad: temporalidad en la prestación del servicio y de la estabilidad precaria a la estabilidad intermedia laboral.

Con anterioridad a la Constitución de 1991, la Ley 4 de 1913⁸ o Régimen Político y Municipal, precisó el concepto de servidores públicos así:

“ARTICULO 5. Son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos. Dichos empleados se clasifican en tres categorías, a saber:

- 1. Los Magistrados, que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad.*
- 2. Los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados; y*
- 3. Los meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aun sin tener la calidad de empleado.” (Cursiva fuera del texto)*

Artículo 24°.- El ingreso al servicio se hace por nombramiento ordinario para los empleos de libre nombramiento y remoción y por nombramiento en período de prueba o provisional para los que sean de carrera. (...)

⁸ Ley 4 de 1913. Sobre régimen político y municipal. Agosto 22 de 1913. DO. N° 14.974.

Posteriormente, el Decreto 2350 de 1944⁹ separó las relaciones entre el Estado y los empleados de los poderes públicos, y dispuso que aquellos no serían regidos por las normas propias de la legislación laboral o del contrato de trabajo, sino que deberían ser regidos por normas especiales, pues, sólo serían sujetos de régimen ordinario laboral los trabajadores oficiales, quienes desempeñan labores de construcción y sostenimiento de las obras públicas.

El Decreto 3135 de 1968¹⁰ estableció con claridad la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales, al señalar:

*“Art. 5) Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (...)”*¹¹(Cursiva fuera del texto)

La norma en cita fue reglada por el Decreto Reglamentario 1848 de 1969¹², el cual estableció las diferencias entre empleado público¹³ y trabajador oficial¹⁴, según la forma de vinculación a la

⁹ Decreto 2350 de 1944 [Ministerio de Justicia]. Por el cual se dictan lagunas disposiciones sobre Convenciones de Trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. Septiembre 30 de 1944.

¹⁰ Decreto 3135 de 1968. Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Diciembre 26 de 1968.

¹¹ *Ibídem*

¹² Decreto Reglamentario 1848 de 1969 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968. Noviembre 4 de 1969

¹³ **Artículo 1°.-** Empleados oficiales. Definiciones. Se denominan genéricamente empleados oficiales las personas naturales que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, definidos en los artículos 5, 6 y 8 del Decreto Legislativo 1050 de 1968.

2. Los empleados oficiales pueden estar vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria o por un contrato de trabajo.

3. En todos los casos en que el empleado oficial se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral.

Artículo 2°.- Empleados públicos. 1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, son empleados públicos.

¹⁴ **Artículo 3°.-** Trabajadores oficiales. Son trabajadores oficiales los siguientes: Los que prestan sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1 del artículo 1 de este decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras; y

Administración; asimismo, realizó una clasificación de empleados públicos¹⁵, es decir, este decreto distinguió con claridad el régimen estatutario y la modalidad contractual laboral, al consagrar que las prestaciones sociales se aplicarían a los empleados públicos de la Rama Administrativa del Poder Público, mientras la ley no dispusiera otra cosa, añadiendo que se aplicarían igualmente, con el carácter de garantías mínimas, a los trabajadores oficiales.

La clasificación de los servidores públicos permite diferenciar, además, los beneficios laborales a los cuales cada uno tiene derecho, tales como la negociación colectiva, fuero sindical y el derecho de huelga, que como se sabe son exclusivos de los trabajadores oficiales, así como la jurisdicción competente para conocer y dilucidar las controversias aparejadas a las relaciones laborales con el Estado.

El artículo 7¹⁶ del Decreto 2400 de 1968¹⁷ estableció que durante la prestación del servicio, todos los empleados tenían derecho a percibir puntualmente la remuneración por su labor, participar en concursos, recibir capacitación, gozar de los estímulos de carácter moral o pecuniario, al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, y obtener permisos y licencias; sin embargo, también están previstas obligaciones y prohibiciones, cuyo incumplimiento acarrea sanciones disciplinarias, tales como amonestaciones, multas, suspensión del cargo y la destitución.

Los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, en las empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, "con excepción del personal directivo y de confianza que trabaje al servicio de dichas entidades". *Es nulo lo que aparece subrayado*. Sentencia del 16 de julio de 1971. t. LXXXI, del C. de E).

¹⁵ **Artículo 5°.-** Clasificación de empleados oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, a que se refiere el literal b) del artículo 3, se hará la clasificación correspondiente de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales de esas entidades, conforme a las reglas del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 y de este decreto. (Es nulo lo que aparece subrayado. Sentencia del Consejo de Estado de julio 16 de 1971).

¹⁶ **Artículo 7.** Los empleados tienen derecho. A percibir puntualmente la remuneración que para el respectivo empleo fije la ley; a recibir capacitación adecuada para el mejor desempeño de sus funciones y para participar en los concursos que le permitan obtener promociones dentro del servicio; a participar de los programas de bienestar social que para sus servidores establezca el Estado; a gozar de los estímulos de carácter moral o pecuniario; a disfrutar de vacaciones anuales remuneradas y al reconocimiento y pago de prestaciones sociales; a obtener los permisos y licencias, todo de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias que regulen la materia

¹⁷ Decreto 2400 de 1968 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones. Septiembre 19 de 1968.

Por su parte, el artículo 40 del Decreto 1950 de 1973¹⁸, dispuso que los empleados en provisionalidad se vincularán a través de decreto nacional, resoluciones, o en el caso de las entidades descentralizadas, conforme a los estatutos¹⁹, de igual manera, otorgó la facultad al nominador de declarar insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, haciendo uso de la facultad discrecional²⁰.

Este decreto fue modificado por el Decreto 1572 de 1998²¹, cuya importancia radica en cuanto dispuso que los nombramientos en provisionalidad se harían bajo dos premisas, la primera, cuando en la nómina no se contara con el personal idóneo y calificado para desempeñar el cargo, y la segunda, por necesidades del servicio²²; cabe resaltar que el Decreto 1572 de 1998 estableció por primera vez, el límite máximo temporal de 4 meses para que el cargo permanezca en provisionalidad, y fijó las excepciones a esta regla, las mismas que se concretaron²³ al ascenso en periodo de prueba, prorroga por autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por separación temporal del titular, en caso de vacancia definitiva del empleo, y por el estado de embarazo de la empleada pública nombrada en provisionalidad.

Posteriormente, el extremo temporal de la provisionalidad se extendió a seis (6) meses, en virtud del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005²⁴, modificado por el artículo 1) de los Decretos 3820 de

¹⁸ Decreto 1950 de 1973 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. Septiembre 24 de 1973.

¹⁹ **Artículo 40°.-** Toda provisión de empleos de competencia del Presidente de la República se hará por Decreto Nacional; los de competencia de los ministros, jefes de departamento administrativo y superintendentes por resoluciones y en las entidades descentralizadas nacionales conforme a sus estatutos

²⁰ **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.

²¹ Decreto 1572 de 1998 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998. Agosto 5 de 1998.

²² **Artículo 3°.-** Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, y se requiera su provisión temporal, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales cargos si acreditan los requisitos de estudio y experiencia y el perfil para su desempeño. Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrán hacerse nombramientos provisionales. (...)

²³ **Artículo 5°.-** La provisión de los empleos de carrera a través del encargo o del nombramiento provisional no podrá ser superior a cuatro (4) meses, salvo en los siguientes casos: (...)

Cuando se trate de proveer empleos de carrera que impliquen separación temporal de sus titulares, caso en el cual su duración será igual al tiempo que duren las situaciones administrativas que la originaron. (...)

²⁴ Decreto 1227 de 2005 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998. Abril 25 de 2005.

2005²⁵ y 1937 de 2007²⁶, a su vez fueron modificados por el artículo 1) del Decreto 4968 de 2007²⁷, término dentro del cual debería convocarse a concurso de méritos para proveer el empleo público.

Por su parte, la Ley 909 de 2004²⁸ reguló el empleo público y la carrera administrativa, y delimitó el concepto de empleado público, en los siguientes términos:

“Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria²⁹, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública.”³⁰. (Pie de página de la cita y cursiva fuera del texto)

En el artículo 27 *ejusdem*³¹, se definió la carrera administrativa, así:

²⁵ Decretos 3820 de 2005 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifica el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005. Octubre 27 de 2005.

²⁶ Decreto 1937 de 2007 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifica el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005. Mayo 29 de 2007.

²⁷ Decreto 4968 de 2007 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifica el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005. Diciembre 27 de 2007

Artículo 1°. Modificase el párrafo transitorio del artículo 8° del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1° de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así:

"Párrafo transitorio. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. (...)

²⁸ Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 23 de 2004. DO. N° 45.680.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1063 de 2000. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Agosto 16 de 2000).

³⁰ Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 23 de 2004. DO. N° 45.680.

Artículo 1°. Objeto de la ley. La presente ley 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.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.

“(…) un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.” (Cursiva fuera del texto)

Adicionalmente, los artículos 25³² y 31 numeral 5 inciso 3³³ establecieron la posibilidad del nombramiento en provisionalidad de manera excepcional, hasta tanto se surtiera la provisión de los cargos de forma definitiva, es decir, que dicha figura buscaba responder a las necesidades de personal de la Administración, en momentos en que se presentaran vacancias definitivas o temporales, mientras estos cargos fueren provistos con los requisitos de Ley, o mientras cesara la situación que originó la vacancia³⁴.

Finalmente, debe señalarse que el artículo 125 de la Constitución Nacional³⁵, reguló el ingreso, ascenso y retiro de la función pública, estableciendo las modalidades de vinculación con el

³¹ Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 23 de 2004. DO. N° 45.680.

³² **Artículo 25.** Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

³³ **Artículo 31.** Etapas del proceso de selección o concurso. Reglamentado por el Decreto Nacional 4500 de 2005. El proceso de selección comprende: (...)

5. Período de prueba. (...) Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional. (...)

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1206 de 2004. (M.P. Jaime Araujo Rentarías: Diciembre 6 de 2004)

³⁵ **Artículo 125.** 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.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)

Estado, siendo la manera general de vinculación la carrera administrativa, a la cual deberá accederse por medio de concurso público de méritos.

Conforme a lo expuesto, se tiene que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad por la necesidad del servicio, y que dicha forma de vinculación con el servicio responde a la necesidad de dar cumplimiento a los fines estatales consagrados en el artículo 2° superior. Lo anterior, además, permite predicar una garantía de la cual sólo gozan los empleados en carrera administrativa consistente en la estabilidad laboral reforzada, aspecto que implica que el retiro del servicio sólo podrá operar por disposición de la ley, bajo los siguientes supuestos: *“por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley”*³⁶. (Cursiva fuera del texto)

Por último, cabe señalar que la terminación definitiva en el ejercicio de las funciones, por su parte, se producirá en los siguientes casos: i) por declaración de insubsistencia del nombramiento, ii) por renuncia aceptada, iii) por suspensión del empleo, iv) por jubilación, v) por invalidez, vi) por edad de retiro forzoso, vii) por destitución, viii) por revocatoria del nombramiento, ix) por abandono del cargo, y x) por muerte.³⁷

³⁶ Constitución Política de Colombia [Const]. Art 125. Julio 7 de 1991(Colombia).

³⁷ Ley 909 del 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 23 de 2004. DO. N° 45.680.

Artículo 41: Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

- a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;
- b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;
- c) Inexequible.
- d) Por renuncia regularmente aceptada;
- e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez;
- f) Por invalidez absoluta;
- g) Por edad de retiro forzoso;
- h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;
- i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo
- j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;
- k) Por orden o decisión judicial;
- l) Por supresión del empleo;
- m) Por muerte;

Contrariamente, los cargos de carrera provistos en provisionalidad contarán con una estabilidad laboral relativa o inmediata, toda vez que el nombramiento en provisionalidad busca suplir una necesidad temporal del servicio, pero ello no muta la naturaleza del nombramiento, es decir que el nombramiento provisional no tiene la virtualidad de crear una equivalencia con un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto, el nominador no está facultado para disponer de la remoción del cargo bajo la figura de la facultad discrecional.³⁸

Bajo esta premisa, entonces, se presenta una estabilidad intermedia³⁹ en el empleo público, porque la persona nombrada en provisionalidad, si bien tiene la expectativa de permanencia en el cargo hasta que el mismo sea provisto mediante concurso⁴⁰, no goza de la estabilidad reforzada del funcionario nombrado en propiedad, porque no ha superado el concurso de méritos.⁴¹

En consecuencia, se considerará que la vinculación del empleado público en provisionalidad obedece a una transitoriedad, de ahí que su estabilidad laboral sea intermedia, a diferencia de los empleados de carrera que cuentan con una estabilidad reforzada; empero, esta estabilidad

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes. (...)

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-017 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa; Enero 20 de 2012).

La Alta Corporación ha manifestado: *“En la sentencia T-245 de 2007, esta Corporación, después de analizar la jurisprudencia constitucional sobre la estabilidad laboral relativa de los funcionarios que ocupan cargos en provisionalidad, sostuvo que dicha garantía constitucional implica que, en caso de que un funcionario nombrado en provisionalidad vaya a ser despedido, debe mediar una justa causa que tenga como fundamento (i) la calificación de desempeño, (ii) la comisión de faltas disciplinarias o (iii) la provisión del cargo por concurso de méritos”*

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1310 de 2005. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Diciembre 13 de 2005) *“En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.” A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: “La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado.” Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.*

⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-279 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Abril 18 de 2007)

⁴¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 556 de 2014. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Julio 24 de 2014)

precaria no implicara el desconocimiento de prerrogativas laborales a que todo empleado tiene derecho.

2.) Formas de retiro del servicio: renuncia, declaración de insubsistencia y provisión del cargo por concurso público.

El artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 estableció como formas de cesación definitiva de las funciones, la declaración de insubsistencia del nombramiento y renuncia regularmente aceptada.

La renuncia se encuentra consagrada en el artículo 27⁴² *ibídem*, causal que opera cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio, tal como se desprende del artículo 111 del Decreto 1950 de 1973⁴³. En el mismo sentido, el Decreto 1083 del 2015⁴⁴, prevé que la renuncia es un acto unilateral, libre y espontáneo del servidor público, mediante el cual expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa para que la administración acepte, si es del caso, y lo desvincule del empleo.

De esta normatividad se extrae que la renuncia es irrevocable, por lo tanto, la Administración no está obligada a aceptar la renuncia presentada por el servidor público, que se encuentre inmersa en algún vicio de la voluntad (coacción, error, intimidación, etc.), y/o que se hubiere sustentado

⁴² **Artículo 27.** Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio. La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo. Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier otras circunstancias pongan con anticipación en menos del Jefe del organismo la suerte del empleado. Cuando el empleado estuviere inscrito en el escalafón, la renuncia del cargo conlleva la renuncia a su situación dentro de la carrera respectiva.

⁴³ Decreto 1950 de 1973 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. Septiembre 24 de 1973.

“Artículo 111º.- La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito, en forma espontánea e inequívoca, su decisión de separarse del servicio.”

⁴⁴ Decreto 1083 del 2015 [Presidencia de la República]. Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública. Mayo 26 de 2015.

en el exceso de cargas laborales, u otros hechos que afecten su situación laboral, y provoquen su retiro de la entidad, toda vez que carecería de voluntariedad.

Al respecto el Consejo de Estado, mediante sentencia del 23 de agosto de 2007, con Ponencia del Consejero Dr. Jaime Moreno García, puntualizó:

“El acto de renuncia ha sido concebido legal y jurisprudencialmente como aquel en el que no cabe duda acerca de la voluntad de quien la suscribe, de cesar en el ejercicio del empleo que se viene desempeñando. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico cuando el servidor público opta por retirarse del servicio mediante la modalidad en estudio, la dimisión ha de tener su origen o su fuente generatriz en el libre, franco y espontáneo impulso psíquico y querer del sujeto, que descifran su plena voluntad. Así, pues, esa renuncia debe reflejar la voluntad inequívoca del funcionario de retirarse de su empleo, debe ser consciente, ajena a todo vicio de fuerza o engaño. La extensa prueba testimonial y documental, recaudada en los diferentes trámites administrativos adelantados contra la actora y en el curso de este proceso, pone en evidencia que la demandante fue objeto de una persecución laboral, la cual culminó con una calificación insatisfactoria de servicios que hacía inminente su retiro de la administración, a través de la declaratoria de insubsistencia. (...) En conclusión, la dimisión de la demandante fue el resultado de la persecución gradual de que fue objeto, la cual culminó con una calificación insatisfactoria que hacía latente su declaratoria de insubsistencia. Declaratoria, que, de haber ocurrido, sería nociva pues suscitaría dudas respecto de su desempeño profesional. Apreciada la prueba testimonial y documental en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, la Sala llega a la convicción de que la renuncia presentada por la actora, no fue el resultado de su voluntad libre y espontánea, sino que lo hizo presionada en la forma ya descrita y por el funcionario antes indicado. Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia apelada, no sin antes advertir que la entidad demandada está legalmente habilitada para denunciar, llamar en garantía o contra demandar, y podrá más adelante optar por acudir, de ser necesario, en acción de repetición contra el agente responsable, atendiendo a una estrategia defensiva propia, sin

consecuencias para las garantías constitucionales de quien habría podido intervenir y no contó con la posibilidad de hacerlo, toda vez que dichas garantías descansan, en este caso, en los efectos inter partes de lo debatido, probado, considerado y decidido sin su participación (Sentencia T-842/04). ”⁴⁵ (Cursiva fuera del texto)

La aceptación de la renuncia de un servidor público que opera en contravía de lo preceptuado por la norma en mención⁴⁶, es inadmisibles ya que avalaría una situación ilegal, que transgrede los derechos fundamentales de los trabajadores, tales como la libre escogencia de profesión u oficio⁴⁷, al establecer una restricción desproporcionada e irrazonable al ejercicio de una profesión desempeñada, debido a la exigencia de la renuncia, enmascarando la declaración de insubsistencia⁴⁸, lo cual resultaría arbitrario, y conllevaría a la nulidad del acto administrativo que así la resolvió. Por lo anterior, la manifestación de renuncia debe ser por escrito, clara, espontánea, inequívoca, pero sobretodo voluntaria, como lo ha señalado el Consejo de Estado⁴⁹.

De otra parte, debe indicarse que el artículo 27⁵⁰ del Decreto Ley 2400 de 1968, estableció que el acto administrativo por medio del cual se acepta la renuncia, deberá determinar la fecha de retiro, además que el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Segunda. Sentencia 25000-23-25-000-1997-47519-01(471-05) de 2007. (C.P. Jaime Moreno García Agosto 23 de 2007).

⁴⁶ Decreto 1083 del 2015 [Presidencia de la República]. Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública. Mayo 26 de 2015

⁴⁷ Constitución Política de Colombia [Const]. Art.26. Julio 7 de 1991 (Colombia).

⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-498 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Noviembre 4 de 1994).

Providencia de la cual se extrae: *“La libertad de escoger profesión u oficio (CP art. 26) es un derecho fundamental reconocido a toda persona. Este involucra tanto la capacidad de optar por una ocupación como de practicarla sin más limitaciones que las establecidas en la Constitución y en la Ley. (...)”*

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Segunda. Sentencia 25000-23-25-000-1997-47519-01(471-05) de 2007. (C.P. Jaime Moreno García Agosto 23 de 2007).

⁵⁰ **Artículo 27.** Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio. La providencia por medio de la cual se acepte la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo. La fecha que se determine para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en el abandono del empleo. Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renunciaciones en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualquier otras circunstancias pongan con anticipación en menos del Jefe del organismo la suerte del empleado. Cuando el empleado estuviere inscrito en el escalafón, la renuncia del cargo conlleva la renuncia a su situación dentro de la carrera respectiva.

pena de incurrir en abandono del cargo; así mismo, la renuncia no podrá aceptarse con posterioridad a los treinta (30) días de presentada, vencido este plazo, el empleado quedará habilitado para separarse de su cargo, sin incurrir en abandono del mismo.

De otro lado, con relación a la declaratoria de insubsistencia, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 consagró una regla, según la cual, el nombramiento podía ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia⁵¹. A su turno, la Ley 909 de 2004 no señaló expresamente la forma cómo debían retirarse los empleados que ejercen cargos de carrera en forma provisional; sin embargo, el artículo 41 parágrafo 2⁵² de la norma en cita, exige la motivación del acto administrativo para empleados de carrera administrativa, de tal suerte que por analogía, debía entenderse que este requisito aplica a los empleados en provisionalidad.

Deberá advertirse que otra forma de retiro del servicio del empleado en provisional será el concurso de méritos⁵³, cuyo resultado arroja la elección de la persona que superó todas las etapas del mismo y, en consecuencia, desplaza a quien ocupa provisionalmente hasta ese entonces, el cargo que se encuentra vacante. El concurso de méritos corresponde a una modalidad de elección, conforme a la cual un ciudadano que cumpla con los requisitos exigidos para el

⁵¹ Decreto 2400 de 1968 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones. Octubre 18 de de 1968

⁵² Ley 909 del 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 23 de 2004. D.O. N° 45680.

Artículo 41 Parágrafo 2º. 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.

⁵³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-147 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Marzo 18de 2013).

La Corte Constitucional ha señalado: *“Una motivación constitucionalmente admisible es aquella en la que la insubsistencia se basa en argumentos puntuales como lo son la provisión definitiva del cargo una vez realizado el respectivo concurso de méritos; la calificación insatisfactoria del funcionario; la imposición de sanciones disciplinarias y “otra razón específica atinente al servicio que está prestando”, como lo puede ser el vencimiento del período por el cual ha sido designado el funcionario, siempre que la ley establezca esa posibilidad. En esa medida, las referencias de carácter general con relación a la naturaleza provisional del nombramiento, la no pertenencia a la carrera administrativa, la invocación del ejercicio de una facultad discrecional que realmente no existe, o la “cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular”, no son admisibles como razones claras, detalladas y precisas para la desvinculación de un funcionario.”*

desempeño de un cargo (calidades académicas, experiencia y competencias requeridas), pueda acceder a la función pública en igualdad, de manera imparcial, transparente, tal como lo establece la Ley 909 de 2004⁵⁴.

Las etapas de selección del concurso de méritos, según las previsiones del artículo 31 *ibídem*, reglamentado por el Decreto Nacional 4500 de 2005⁵⁵, comprenderá la convocatoria, el

⁵⁴ Principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa. La ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;
- b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;
- c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;
- d) Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección;
- e) Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;
- f) Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;
- g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;
- h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;
- i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección.

⁵⁵ Decreto 4500 de 2005 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004. Diciembre 06 de 2005.

Artículo 1°. Los procesos de selección que se adelanten para proveer empleos de varias entidades, comprenderán las siguientes fases:

Primera fase de preselección. (...)

Segunda fase o Específica. (...)

Artículo 2°. Etapas del concurso. (...)

Artículo 3°. Convocatoria. (...)

Artículo 4°. Inscripciones. (...)

Artículo 5°. Pruebas. (...)

Artículo 6°. Análisis de documentación. (...)

Artículo 7°. Desarrollo del proceso de selección. Para el desarrollo del proceso de selección de que tratan los artículos anteriores la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante acto administrativo, que deberá ser publicado, establecerá:

- a) El contenido de las convocatorias para cada fase de estos concursos;
- b) Los tiempos en que se desarrollarán cada una de las etapas del concurso, incluida la conformación de la lista de elegibles como resultado del proceso de selección;
- c) La metodología para las inscripciones;
- d) La clase de pruebas a aplicar; su número, el cual para la fase específica deberá ser plural; el carácter eliminatorio o clasificatorio, las escalas de calificación y el peso de cada una con respecto a la totalidad del concurso.

reclutamiento, las pruebas (capacidad, idoneidad y adecuación), la lista de elegibles, el nombramiento y el periodo de prueba; superadas todas estas etapas, el servidor tendrá derecho a ingresar a carrera administrativa. Una vez surtida toda esta actuación, cesará la vinculación del empleado público con el Estado, porque el cargo que se encontraba vacante pasa a ser provisto con su titular.

b.) Del medio de control de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de un empleado público en provisionalidad.

Los actos administrativos que remueven del servicio a un empleado en provisionalidad, son susceptibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al cual, la persona que estima lesionado un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir la nulidad del acto administrativo y el consecuente restablecimiento del derecho.

Tal como se desprende del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho versará sobre la legalidad del acto acusado, el restablecimiento del derecho y/o la reparación del daño⁵⁶.

Así, la pretensión anulatoria y de restablecimiento deberá fundamentarse en las normas violadas y concepto de violación, es decir, que al demandante corresponderá señalar las normas que el acto demandado desconoce y el porqué; luego, éste será el marco que delimite el estudio de legalidad del juez contencioso administrativo, y en él se explicarán las razones por las cuales se estima ilegal el acto administrativo, tales como la configuración de alguna causal de nulidad⁵⁷.

⁵⁶ Carlos Betancur Jaramillo. Derecho Procesal Administrativo. Pág. 56. Ed., Señal. (1999).

⁵⁷ Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Enero 18 de 2011. D.O. N° 47956.

De. Inciso 2° del artículo 137. Sobre las causales de nulidad de los actos administrativos puede verse: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08) de 2011. (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Enero 27 de 2011).

Las pretensiones de nulidad y restablecimiento se resolverán a través de una sentencia declarativa, en tanto anule el acto demandado, y de condena, en la medida que imponga una obligación a cargo de la entidad demandada, en este sentido, el Consejo de Estado ha señalado que el restablecimiento del derecho está delimitado por el fin de la acción o medio de control, consistente en retrotraer las cosas a su estado anterior al acto ilegal, razón por la cual, el fallo judicial dispondrá, a título de restablecimiento, el reintegro al cargo y el pago de salarios y prestaciones, como una manera de deshacer los efectos del acto anulado, pues se trata de recrear una ficción, según la cual, el empleado jamás estuvo separado del servicio⁵⁸.

1.) Configuración de causales de nulidad de los actos administrativos de insubsistencia y deber de motivación de los mismos.

El inciso 2° del artículo 137 del CPACA contempla unos vicios formales que atacan la formación del acto administrativo, tales como la infracción de las normas en las que el acto administrativo debió fundarse, la expedición por funcionario u organismo incompetente y expedición irregular, y como vicios materiales que atacan la validez del acto, se encuentra la expedición con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, falsa motivación, o desviación de poder.

a) Falta de competencia para expedir un acto administrativo, la cual tiene relación con el principio de legalidad, pues las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está expresamente autorizado; la infracción de la ley o la norma superior.

b) Violación de la ley, conforme al cual ningún acto administrativo puede expedirse en contravía de la ley.

c) Violación de las formalidades, esto es, del debido proceso y del derecho de audiencia y de defensa.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 76001-23-31-000-2000-02046-02(IJ) de 2008. (C.P. Jesús María Lemos Bustamante; Enero 29 2008).

d) Ausencia de motivación consistente en la ausencia de razones para adoptar la decisión, siendo que todo acto administrativo entraña motivos de hecho y de derecho, los cuales deben ser ciertos, suficiente e idóneos.

e) Falsa motivación cuando la sustentación fáctica de la decisión no corresponde a la realidad.

f) Desviación de poder cuando se afectan los fines previstos en la Constitución, la ley y los reglamentos, por la intención personal de quien expide el acto administrativo.

Así, al configurarse alguna de estas causales de nulidad, como se desvirtúa la presunción de legalidad del acto administrativo, éste podrá ser declarado nulo por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, para los fines de este trabajo, se concentrará la atención en el tema de la falta de motivación de los actos administrativos como causal de nulidad; para ello, debe señalarse que, en una primera etapa, a juicio del Consejo de Estado, el retiro del servicio de un empleado en provisionalidad podía realizarse discrecionalmente y conforme al arbitrio del nominador, sin que mediara motivación del acto administrativo de remoción⁵⁹; no obstante, contraria a esa postura, la Corte Constitucional advirtió la necesidad de expresar las razones por las cuáles, la Administración decide dar por terminada la vinculación⁶⁰, con fundamento en los principios que

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 25000-23-25-000-2001-04098-01(4098-04) de 2006. (C.P. Alberto Arango Mantilla; Enero 26 de 2006).

⁶⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU – 250 de 1998. (M.P. Alejandro Martínez Caballero; Enero 28 de 1998)

En igual sentido, la sentencia Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371 de 1999. (MP José Gregorio Hernández Galindo; Mayo 26 de 1999), al estudiar la constitucionalidad (parcial) de los artículos 35 y 76 del Decreto 01 de 1984, la Corte Constitucional señaló que si “*el servidor público responde tanto por infringir la Constitución y las leyes como por exceso o defecto en el desempeño de su actividad (art. 6 C.P.), todo lo cual significa que en sus decisiones no puede verse reflejado su capricho o su deseo sino la realización de los valores jurídicos que el sistema ha señalado con antelación, es apenas una consecuencia lógica la de que esté obligado a exponer de manera exacta cuál es el fundamento jurídico y fáctico de sus resoluciones. Estas quedan sometidas al escrutinio posterior de los jueces, en defensa de los administrados y como prenda del efectivo imperio del Derecho en el seno de la sociedad*”. Y Agregó: [...] Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por

regulan la función pública previstos en el artículo 209 Constitucional⁶¹, y con el propósito de evitar la arbitrariedad de las autoridades públicas.

Para el Consejo de Estado, los empleados en provisionalidad no eran equiparables a los empleados en carrera, porque al no haber superado todas las etapas de un concurso de méritos no adquirirían los derechos de quienes se encontraban escalafonados, por lo tanto, al no gozar de un fuero de estabilidad laboral, se encontraban sujetos a la facultad discrecional del nominador, y su desvinculación no requería expresar las causas del retiro del servicio⁶². Es decir, que la exposición de motivos o motivación de los actos administrativos de retiro del servicio de los empleados en provisionalidad, en principio, por tratarse del ejercicio de una facultad discrecional, no era requerida porque se presumían las razones del buen servicio, correspondiéndole, en consecuencia, a la persona interesada desvirtuar dicha presunción, mediante la demostración de motivos ocultos, o contrarios al buen servicio.

No obstante, en vigencia de la Ley 909 de 2004, esa postura se morigeró teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13, 123 y 125 Constitucionales, 3 y 41 de la Ley 909 de 2004, y 10 del Decreto 1227 de 2005, para considerar que el retiro del servicio debía ampararse en un acto administrativo motivado, sin atender si la vinculación se produjo o no en vigencia de estas normas de carrera administrativa, toda vez que aquello supondría un trato desigual, y que la discrecionalidad sólo operaba respecto a los empleados de libre nombramiento y remoción. Así, se exigió la motivación del acto de retiro de un empleado vinculado en provisionalidad, al considerarse que el retiro es un acto reglado.

norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario, precisamente en los términos de la disposición examinada”.

⁶¹ **Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁶² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 68001-23-15-000-2000-03342-01(2048-07) de 2010. (C.P. Alfonso Vargas Rincón; Junio 24 de 2010).

En ese sentido, en sentencia de 23 de septiembre de 2010, C.P. Doctor Gerardo Arenas Monsalve⁶³, el Consejo de Estado expresó:

*“La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los **empleos de carrera** (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser **MOTIVADO**⁶⁴, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en **empleos de libre nombramiento y remoción**, la cual se efectuará mediante **acto no motivado** (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).”*
(Cursiva fuera del texto)

De lo anterior se desprende que, la motivación del acto administrativo de retiro del empleado en provisionalidad es una prescripción legal, la cual, debe reflejar las razones de la remoción en el correspondiente acto.

A su turno, la Corte Constitucional ha señalado que el ejercicio de la facultad discrecional en los actos de retiro de un empleado en provisionalidad, no anula el deber de motivar el acto

⁶³ . Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 2005-01341 de 2010 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve Septiembre 23de 2010).

⁶⁴ Decreto 1227 de 2005 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998. Abril 21 de 2005.

De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

administrativo⁶⁵, en garantía de los derechos fundamentales al debido proceso, en particular, al derecho de defensa y al acceso efectivo a la administración de justicia, máxime, los fines del Estado Social de Derecho cuales son hacer efectivos los principios y derechos consagrados en la Constitución, como los principios de publicidad, contradicción, defensa y debido proceso (arts. 1, 2, 29, 209 constitucionales).

Así, pues la Corte Constitucional amplió su argumento⁶⁶, en el sentido de indicar que la desvinculación sólo podía producirse por razones de interés general, lo que equivalía a un mejoramiento del servicio (grado de instrucción, experiencia, desempeño laboral, eficiencia, etc.), posición que evolucionó hasta consolidar la garantía y el respeto por los derechos fundamentales, con el propósito de eliminar cualquier duda sobre la actuación de la Administración. En este punto, en consecuencia, se ratifica el concepto de estabilidad relativa de los empleados en provisionalidad, con la salvedad de que la Administración sólo podrá desvincularlos por motivos disciplinarios, o porque se convoque a concurso de méritos para proveer la vacante de manera definitiva.

La Corte Constitucional en sentencia SU 053 de 2015⁶⁷, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la remoción de personal de la Policía Nacional, en ejercicio de la facultad discrecional, y unificó su postura frente al deber de motivación de los actos administrativos, en el entendido de que los jueces cuando evidenciaran la ausencia de motivación del acto de retiro, debían acudir a la jurisprudencia de dicha Corporación con el fin de disponer los eventuales reintegros y definir los límites a las indemnizaciones.

Esta regla consistente en el deber de motivar los actos administrativos que disponen el retiro del servicio de un empleado en provisionalidad, fue ratificada en la sentencia SU-556 de 2014⁶⁸,

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-053 de 2015. (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; Febrero 12 de 2015).

⁶⁶ *Ibíd*em

⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-053 de 2015. (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; Febrero 12 de 2015).

⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-556 de 2014. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Julio 24 de 2014).

sumada a la posibilidad de declarar la nulidad por configuración de alguna de las causales previstas en el inciso segundo del artículo 137 del CPACA.

Así pues, la *ratio decidendi* conforme a esta decisión, se soporta en el deber de las autoridades de motivar sus actos para evitar posibles arbitrariedades y permitir su control efectivo, lo cual, supone una expresión de la cláusula del Estado de Derecho, el principio de legalidad, el derecho al debido proceso y el principio de publicidad.

2.) Nulidad del acto administrativo y condiciones para el reintegro al servicio público del empleado declarado insubsistente.

En los términos del inciso primero del artículo 138 del CPACA⁶⁹, podrá solicitarse la nulidad del acto administrativo de contenido particular, y el consecuente restablecimiento del derecho, por lo tanto, una vez desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo de insubsistencia, el restablecimiento del derecho implicará el reintegro a un cargo igual o de similares condiciones, y el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, porque de lo que se trata es volver las cosas a su estado anterior⁷⁰.

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014⁷¹, estableció una regla *“orientada a atemperar la orden [judicial] de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir”* por los empleados vinculados en provisionalidad cuando su retiro se produjo sin motivación, y admitió una tensión entre *“el alcance de las medidas de protección de quien ha sido desvinculado con desconocimiento de su derecho a la estabilidad y, por otro lado, frente la proporcionalidad del reconocimiento que a título de indemnización está llamado a percibir, a la*

⁶⁹ Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Enero 18 de 2011. D.O. N° 47956.

El artículo 138 señala: *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. (...)”*

⁷⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 76001-23-31-000-2000-02046-02(IJ) de 2008. (C.P. Jesús María Lemos Bustamante; Enero 29 de 2008).

⁷¹ Corte Constitucional de Colombia.. Sentencia SU-556 de 2014. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Julio 24 de 2014).

luz del carácter precario de su estabilidad y de la necesidad de que tal reconocimiento tenga una efectiva conexidad con la afectación de los derechos que se encuentran en juego.” (Cursiva fuera del texto)

En el mismo pronunciamiento, la Corte Constitucional también consideró que para efecto de determinar el restablecimiento del derecho, las órdenes que debían adoptarse con relación al reintegro al servicio, son las siguientes:

“(…) El reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso” (Cursiva fuera del texto)

Es decir, que el reintegro operará siempre y cuando i) el cargo no haya sido provisto mediante concurso público, porque como se vio, éste es el medio de selección por excelencia⁷², a través del cual se accede a los empleos en los órganos del Estado, y ello desplaza a la persona nombrada en provisionalidad; ii) que el cargo ocupado en provisionalidad no haya sido suprimido, porque puede ser que en razón del interés general, ciertos cargos sean suprimidos al interior de las entidades públicas, con la salvedad de que se preservan los derechos de carrera de quienes, precisamente, han accedido a carrera administrativa⁷³, y iii) que el servidor desvinculado no haya llegado a la edad de retiro forzoso⁷⁴, pues ello impone una prohibición de

⁷² En ese sentido, el artículo 125 Constitucional establece; *“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”*

⁷³ Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 23 de 2004. DO. N° 45.680.

El artículo 44 de la Ley 909 de 2004, establece que los empleados públicos en carrera administrativa, como consecuencia de la liquidación, reestructuración o supresión del cargo, tienen derecho “preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización.

⁷⁴ Decreto 2400 de 1968 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones. Septiembre 19 de 1968.

El artículo 29 del Decreto 2400 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3074 de 1968, establece la edad de retiro forzoso en los siguientes términos: *“El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones. No obstante, el Gobierno podrá establecer*

mantener en el servicio a aquellas personas que reúnen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación, aspecto que se traduce también en la necesidad de renovar las plantas de personal⁷⁵.

excepciones para el retiro, cuando las necesidades del servicio lo exijan. La persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo, Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando que el empleado no sobrepase la edad de sesenta y cinco (65) años.”

⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-567 de 1997. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Noviembre 6 de 1997).

II. JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS ECONÓMICOS COMO CONSECUENCIA DEL REINTEGRO AL SERVICIO PÚBLICO DEL EMPLEADO VINCULADO EN PROVISIONALIDAD

Conviene señalar que el respeto al precedente jurisprudencial por parte de los funcionarios judiciales, va ligado al derecho a recibir un tratamiento igual y a la garantía de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, pues las personas que acuden a la Administración de justicia esperan que las decisiones judiciales resulten previsibles, al amparo de interpretaciones legales razonables, uniformes y congruentes.

Sin embargo, las diferencias entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la del Consejo de Estado, relacionadas con la indemnización de los perjuicios económicos como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que declaró la insubsistencia del empleado en provisionalidad, compromete el fin de la actividad jurisdiccional cuando al momento de impartir justicia, el fallador encuentra dos maneras de interpretar y aplicar las normas o la jurisprudencia.

Como la Corte Constitucional definió unos parámetros indemnizatorios que contrastan con la postura defendida por el Consejo de Estado, se abordarán los precedentes de dichas Corporaciones, así:

a. Precedente Jurisprudencial en materia de indemnización

Las posturas adoptadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a las consecuencias de la declaración de nulidad de los actos administrativos de insubsistencia de empleados en provisionalidad, se asemejan en cuanto admiten el reintegro del servidor al cargo que desempeñaba, o a uno de mayor categoría; no obstante, se diferencian en lo concerniente a la indemnización de los perjuicios materiales que se desprenden del daño causado por el acto administrativo ilegal, circunstancia que exige estudiar la evolución de la jurisprudencia sobre la materia, avances, cambios y posturas de dichas Corporaciones.

Para dilucidar la controversia entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, respecto de la indemnización de perjuicios materiales, se construyeron dos líneas jurisprudenciales, una por cada Corporación, de conformidad con el análisis dinámico del precedente propuesto por Diego Eduardo López Medina⁷⁶.

Con aplicación de esta metodología, el presente trabajo de investigación se concentra en establecer, cuáles son las reglas que se aplican en materia de indemnización de perjuicios materiales del empleado público en provisionalidad reintegrado al servicio por la expedición de actos administrativos declarados nulos.

Así el desarrollo de este trabajo, en torno al problema jurídico, comprenderá la enunciación de dos preguntas, una por cada Corporación y sus tesis o respuestas polares correspondientes; desarrollará la metodología de líneas jurisprudenciales, para mostrar conceptual y gráficamente el movimiento de la jurisprudencia, y efectuar el análisis de las mismas, para, finalmente, exponer la conclusión y la postura acogida.

1.) Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional

Problema jurídico:

¿El restablecimiento del derecho que se desprende de la anulación del acto administrativo que declaró la insubsistencia de un empleado público, admite limitaciones en la liquidación de salarios, prestaciones y demás emolumentos dejados de percibir durante el periodo por el cual se prolongó el retiro?

Planteamiento de las tesis

Tesis 1: No admite limitación alguna

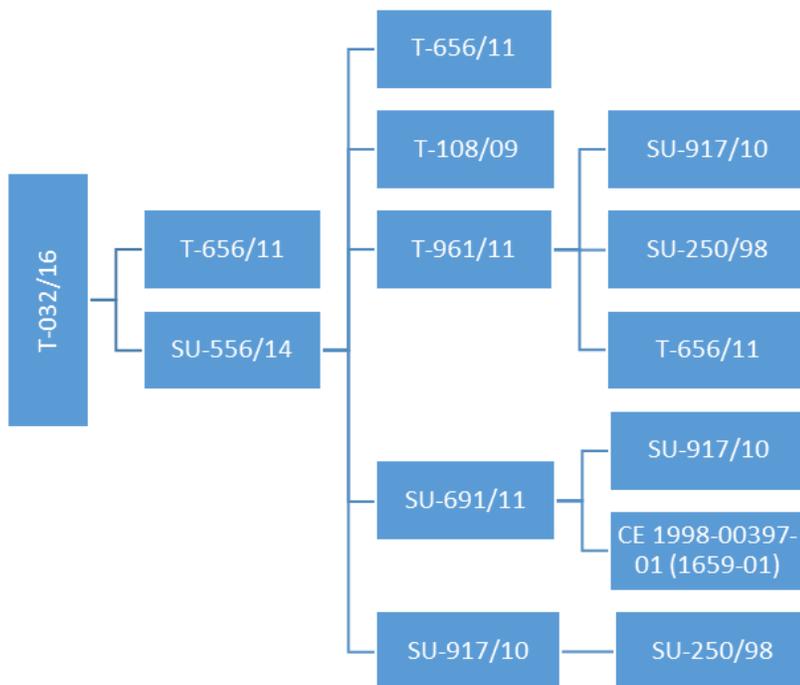
⁷⁶ Diego López Medina. El Derecho de los Jueces. Ed., LEGIS. (2006).

Tesis 2: Si admite limitaciones de 6 a 24 meses

a.) Identificación del punto arquimédico: Se trata de la sentencia más reciente posible, con un patrón fáctico similar al problema sometido a investigación. En este caso, se ha tomado como tal, la sentencia de la Corte Constitucional T-032 del 08 de febrero de 2016, Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

b.) Ingeniería reversa: Corresponde a la lista de citas jurisprudenciales extraídas del punto arquimédico, y a la réplica del mismo procedimiento sobre estas últimas, para obtener el nicho citacional.

c.) Nicho citacional:



Definido el nicho citacional, debe efectuarse un estudio del mismo, cuyo propósito es delimitar el universo de sentencias y subrayar la existencia de puntos nodales, los cuales, a su vez,

coinciden con las sentencias hito (decisiones que fijan postura, o que varían la misma). Así, del nicho citacional extraído de la sentencia arquimédica T-032/2016, se considera la sentencia SU-250/1998 como fundadora de línea, y como hitos las sentencias T-108/2009, SU-917/2010, SU-691/2011, T-961/2011, T-656/2011, SU-556/2014.

Análisis jurisprudencial

De manera inicial, la sentencia fundadora de línea SU-250 de 26 de mayo de 1998⁷⁷, se desarrolló alrededor de un fallo de tutela, por el cual la actora solicitó su reintegro al ser declarada insubsistente, a través de un acto administrativo que no tuvo motivación, del cargo de Notaria 25 del Círculo de Medellín, cargo que venía desempeñando en provisionalidad. En este evento, el fallador avizoró la necesidad de motivar los actos administrativos, cumpliendo con el principio de publicidad como norma sustancial, es decir, que se expresen los motivos de la desvinculación, respetando así el debido proceso. Respecto a los perjuicios ocasionados a la actora, la Corte Constitucional consideró que sólo era posible decretarlos en ausencia de otro mecanismo judicial, empero, en el caso bajo estudio, era la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la acción idónea que debía incoarse. Finalmente, ordenó a los accionados, a título de restablecimiento del derecho, que a través de acto administrativo se expliciten (motiven) las causas y hechos concretos de su desvinculación, sin reconocer los perjuicios solicitado.

Aquí, la subregla identificada hace alusión a que, en el evento de declarar insubsistente a un empleado público en provisionalidad, a través de un acto administrativo sin motivación, el afectado cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, para solicitar la indemnización a que haya lugar (pago del daño emergente, lucro cesante y perjuicios morales).

⁷⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-250 de 1998. (M.P. Alejandro Martínez Caballero; Mayo 26 de 1998).

Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia hito T-108 del 20 de febrero de 2009⁷⁸, centro su atención en la acción de tutela interpuesta en contra el Municipio de Mocoa, en esta providencia la actora consideró vulnerados sus derechos al debido proceso, a la defensa, al trabajo y al mínimo vital, por haber sido declarada insubsistente del cargo que desempeñaba en provisionalidad, sin motivación alguna; la protección de los derechos fue negada por el *Ad quo*, al considerar que los actos de declaratoria de insubsistencia sólo debían motivarse, cuando el funcionario que sea removido ocupe un cargo de carrera, de otra parte, argumentó que el reintegro no procedía por vía de tutela, dado que existía otro medio de defensa judicial. En el caso bajo estudio, la Corte Constitucional consideró que ya existían pronunciamientos al respecto, en los cuales se había tutelado transitoriamente los derechos de las accionantes cabeza de familia, ordenando su inmediato reintegro, sin solución de continuidad al cargo desempeñando, con efectos desde la fecha de su desvinculación, advirtiéndole a la accionante el deber que le asistía de interponer los recursos judiciales ordinarios correspondientes, dentro de los cuatro meses siguientes contados a partir de la notificación de esta decisión, si aún no lo había hecho.

De manera subsiguiente, la Corte Constitucional en la sentencia modificadora de línea SU-917⁷⁹ de 16 de noviembre de 2010, en sede de revisión estudió veinticuatro expedientes por conexidad temática, esto es, que todos los accionantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas (Fiscalía, CTI, Contraloría, DAS, Contraloría Distrital, Comisión Nacional de Regalías, ESE Centro de Salud Geovanni Cristini Municipio de El Carmen de Bolívar, Secretaria de Educación Distrital de la Alcaldía Mayor de Bogotá, Registraduría Nacional del Estado Civil, DEAJ), siendo desvinculados de sus empleos sin que los actos de retiro hubieran sido motivados. La alta Corporación en esta oportunidad confirmó que el medio de control idóneo y principal para dirimir la controversia planteada, era la nulidad y restablecimiento de derecho; realizó un análisis de la discrepancia que existía entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, respecto a determinar si el

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-108 de 2009. (. M.P. (E) Clara Helena Reales Gutiérrez; Febrero 20 de 2009).

⁷⁹ Corte Constitucional de Colombia . Sentencia SU-917 de 2010. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Noviembre 16 de 2010).

ordenamiento jurídico colombiano exigía motivar los actos de insubsistencia de servidores públicos nombrados en provisionalidad, situación sobre la cual reflexionó debía ser superada para encontrar una interpretación unificada sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales, y así asegurar su vigencia.

La alta Corporación a través de esta providencia, varió su postura mediante la declaración de nulidad de los actos de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó el reintegro de los servidores públicos a los cargos ocupados, o a uno equivalente sin considerar que había existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, con las actualizaciones pertinentes. Aclara que, lo anterior no generaba fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio, en todo caso, podría hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley (concurso de méritos, liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, edad de retiro forzoso), siempre con la motivación del acto de retiro; adicionalmente, explicó que los reintegros ordenados sólo serán procedentes, si estos no habían sido provistos mediante el sistema de concurso de méritos, pues, en tal evento, sólo habría lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que se hubiere efectuado la vinculación efectiva del servidor público, mediante el sistema de concurso.

Aquí se identifican varias subreglas, en primera instancia, declara la nulidad de los actos administrativos, lo cual, en un inicio, discurrió en que sólo le correspondía a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; como segunda medida, ordenó el reintegro sin solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando se produjere el reintegro efectivo, con las actualizaciones pertinentes, lo cual equivalía a realizar el reconocimiento de un perjuicio ocasionado, aspecto que, en principio, se indicó debía ser ventilado mediante la acción contenciosa pertinente; consecutivamente, advirtió que el reintegro no generaba fuero de inamovilidad a los servidores nombrados en provisionalidad; para, finalmente, señalar que los reintegros eran procedentes si los cargos no habían sido ocupados por el servidor público en propiedad, caso en el cual, el pago

de los emolumentos dejados de percibir, debería efectuarse hasta la fecha de posesión del nombrado por el concurso de méritos.

En la sentencia en cita, se presentó un salvamento de voto, en el cual se hacía hincapié en que la provisionalidad no era la regla general, por ende, no debía tomarse como un mecanismo para de libre nombramiento y remoción; reiteró que la tutela no era un mecanismo alterno, sino uno excepcional; finalmente, argumentó que su desacuerdo se centraba en que no se debía dejar vigente una sentencia revocada, sino que debía dictarse otra providencia, pese a que ésta fuese igual a la revocada en primera instancia.

Al año siguiente, la Corte Constitucional reiteró su posición en la sentencia T-656⁸⁰ de 2011, en dicha oportunidad la Corte se concentró en la declaración de insubsistencia del nombramiento en el cargo de Profesional Especializado de la Dirección Nacional del Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI), el cual, la demandante venía desempeñando en provisionalidad, y cuya desvinculación se produjo mediante acto administrativo sin motivación; en este caso, se destaca que la tutelante, con anterioridad, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual fue resuelta favorablemente por primera instancia, empero, en segunda instancia la decisión fue revocada.

En este caso, el fallador exteriorizó que los operadores judiciales tenían *prima facie*, la obligación de aplicar el precedente sentado por los órganos encargados de unificar jurisprudencia, y expresó que si los funcionarios judiciales pretendían apartarse del mismo, en ejercicio de su autonomía, debían asumir una carga de argumentación más estricta que la usual, porque debían demostrar adecuada y suficientemente las razones por las cuales se separaban de dicha postura, pues, contrariamente, se configuraría un defecto que hacía procedente la acción de tutela. En relación con el tema de los servidores públicos nombrados en provisionalidad, la Corte Constitucional manifestó que los empleos de carrera no contaban con las garantías que de ella se desprendían, en la medida que no habían superado las etapas para proveer un empleo en forma

⁸⁰.Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-656 de 2011. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Septiembre 05 de 2011).

definitiva; sin embargo, contaban con el derecho a la motivación del acto de retiro, ya que éste se constituía en una garantía mínima que se derivaba del derecho fundamental al debido proceso y del control a la arbitrariedad de la Administración; razón por la cual, la orden impartida fue dejar sin efecto la sentencia proferida en segunda instancia, y confirmar la decisión del *A quo*, en la que se ordenó a la Fiscalía General de la Nación reintegrar a la accionante al cargo que desempeñaba al momento de su retiro, y efectuara el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde el momento de su desvinculación hasta el momento de su efectivo reintegro.

La providencia confirmó que el reintegro sólo procedería cuando el cargo desempeñado, no hubiere sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, caso en el cual sólo sería procedente el pago de salarios y prestaciones, hasta el momento en que tuvo lugar la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso.

De manera subsiguiente, la Corte Constitucional varió su postura en la sentencia modificadora de línea SU-691⁸¹ de 21 de septiembre de 2011, aquí el escenario constitucional se desarrolló a partir de la remoción de los demandante del servicio (SENA, CTI, Fiscalía), por declaración de insubsistencia de los nombramientos sin motivación de los actos administrativos, para lo cual acudían a la jurisdicción de lo contencioso administrativa quien desestimó sus pretensiones, motivando así la interposición de la acción de tutela contra las providencia judiciales. La Corte Constitucional, en la *ratio decidendi* expuso que el descuento de lo percibido por el actor, por concepto de desempeño en otros cargos públicos, durante el intervalo del tiempo que estuvo desvinculado del servicio, resultaba ajustado a derecho, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa, dado que la indemnización fruto del restablecimiento del derecho, por nulidad del acto acusado debía ser tasada con base en parámetros objetivos que atendieran a la justicia material. A partir de este razonamiento, ordenó a título de restablecimiento del derecho; el reintegro de los actores al cargo que se encontraban desempeñando al momento del retiro, sin solución de continuidad; el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir, con el descuento de las sumas que hubieren devengado los peticionarios proveniente del tesoro público,

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-691 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Septiembre 21 de 2011).

entre el momento de la desvinculación hasta cuando efectivamente se surtiera el reintegro o supresión del cargo según el caso, lo que debería hacerse con las actualizaciones pertinentes. La subregla aquí decantada estimó que, al valor de la indemnización, se le debía descontar lo percibido por el actor, por concepto de desempeño en otros cargos públicos, durante el intervalo del tiempo que estuvo desvinculado del servicio.

Sobre esta decisión, no obstante, se formuló un salvamento parcial y una aclaración de voto. En el salvamento de voto, el disidente consideró necesario morigerar las sentencias, específicamente frente al impacto presupuestal que las mismas pudieran acarrear, con fundamento en aspectos tales como la prescripción, u otros ingresos que hubieren percibido los demandantes; de otra parte, en la aclaración de voto, el magistrado discrepó de la fórmula utilizada por la sala a título de restablecimiento del derecho, al considerar que el reintegro de los accionantes debía estar supeditado a que dichos cargos no hubieren sido provistos mediante el sistema de concurso de méritos, caso en el cual no habría lugar al reintegro, y sólo se reconocerían los salarios y prestaciones dejados de percibir, desde la fecha de retiro hasta la fecha en que se hubiere producido la posesión del servidor público, mediante el sistema de concurso de méritos.

Al finalizar el año 2011, mediante sentencia T-961⁸² del 16 de diciembre de 2011, la Corte Constitucional analizó una declaración de insubsistencia de un cargo desempeñado en provisionalidad, a través de acto administrativo sin motivación, ocasión en la cual, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, se apartó del criterio fijado inicialmente por la Corporación, y ordenó pagar el reconocimiento de emolumentos dejados de percibir a partir de la fecha en la que solicitó la protección de sus derechos fundamentales (interposición de la tutela) y no desde su desvinculación, como se había realizado.

En el caso bajo estudio, el máximo Tribunal Constitucional estableció que la autonomía judicial, estaba supeditada al respeto del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, esto con la finalidad de ofrecer un mínimo de seguridad jurídica a los ciudadanos; al referirse al tema de

⁸² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-961 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Diciembre 16 de 2011).

reintegro e indemnización del accionante, consideró que sólo serían procedentes cuando los cargos específicamente desempeñados no hubieran sido provistos mediante el sistema de concurso de méritos, en tal evento, solo habría lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en el que se hubiere efectuado la vinculación efectiva del servidor público mediante el sistema de concurso; por lo que en el presente caso, no ordenó el reintegro, sino únicamente el pago de los salarios y demás emolumentos desde la presentación de la acción de tutela, hasta la fecha en que el cargo se proveyó por concurso de méritos.

La Corte Constitucional, mediante auto No. 381 de 04 de diciembre de 2014⁸³, declaró la nulidad parcial de la sentencia T-961 de 16 de diciembre de 2011⁸⁴ proferida por la Sala Cuarta de Revisión respecto a la modalidad de indemnización, y ordenó a la entidad demandada pagar a la accionante, los salarios y demás emolumentos dejados de percibir, a partir del despido y hasta la fecha de su reintegro, salvo que el cargo hubiere sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, caso en el cual no habría reintegro y la entidad pagaría a la tutelante, los salarios y demás emolumentos a partir de la desvinculación hasta la fecha en que el cargo se proveyó por concurso de méritos.

En el año 2014, la Corte Constitucional cambió su posición en la sentencia modificadora de línea SU-556⁸⁵, en dicha oportunidad los demandantes fueron removidos del servicio (FGN, DAS, SENA), sin motivación de los actos administrativos de insubsistencia. La Corte estableció que en estos casos, la Administración debía dar cuenta de la razón que justificaba la adopción de decisiones, que finiquitaran la vinculación con el servicio, toda vez que el daño que se derivaba de la declaración de insubsistencia, era la pérdida del empleo y la causación de un perjuicio material (lucro cesante); por ende, para que existiera una verdadera reparación integral, es decir, una indemnización del daño efectivamente sufrido, se debía evaluar la expectativa de

⁸³ Para efecto de este trabajo, dicho auto al declarar la nulidad parcial de la decisión de tutela, y mantener la subregla establecida respecto a las condiciones en que debe surtir el restablecimiento del derecho, se estima como confirmador de principios, esto es, que reitera la subregla ya establecida por la Corte Constitucional.

⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-961 de 2011. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Diciembre 16 de 2011).

⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-556 de 2014. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Julio 24 de 2014).

permanencia en el cargo unida a la estabilidad laboral, y el deber de asumir el propio auto-sostenimiento, en virtud del carácter excepcional y temporal de la vinculación con el servicio.

En mentada providencia, se implantó que de la suma indemnizatoria era preciso descontar todo lo que la persona hubiere percibido como retribución por su trabajo, durante el periodo de desvinculación, bien proviniera de fuente pública o privada, como dependiente o independiente.

Así, a título indemnizatorio, reconoció la suma equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el reintegro efectivo, con el descuento de las sumas que, por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, hubiere recibido el actor, sin que la suma a pagar por indemnización fuese inferior a seis (6) meses, ni excediera de veinticuatro (24) meses de salario.

La Corte en esta oportunidad instituyó como subregla, que la indemnización a reconocer no podrá ser inferior a los seis (6) meses, pues, según la Ley 909 de 2004, es el término máximo de duración de la provisionalidad; asimismo, el límite superior se establece hasta veinticuatro (24) meses, atribuible a la ruptura del nexo causal entre la ausencia de ingresos, o el nivel de los mismos y la desvinculación del servicio.

Esta sentencia tuvo dos aclaraciones de voto, la primera, expuso sobre los motivos de la reducción del monto de la indemnización solicitada por los tutelantes, con sustento en razones de innecesaridad, autocontradicción y poca convicción; el segundo, a su turno, objetó que la sentencia confundiera la indemnización por despido injusto del Código Sustantivo del Trabajo, con los efectos de nulidad de un acto administrativo de desvinculación del servicio público; señaló que se reprochaba al trabajador el pago de salario sobre servicios que efectivamente no prestó, y que esta tesis desconocía que la falta de prestación material del servicio, no se debía a un comportamiento caprichoso del trabajador, sino a una decisión de la Administración pública que dispuso su desvinculación, mediante un acto que quebrantaba el ordenamiento jurídico;

finalmente, sostuvo que la disminución de la suma en la indemnización, estimularía, de alguna manera, la producción de actos contrarios a la Constitución⁸⁶.

Finalmente, en la sentencia arquimédica (confirmadora de línea) T-032⁸⁷ del 08 de febrero de 2016, la Corte Constitucional abordó el tema sobre la aplicación del precedente jurisprudencial, respecto a la limitación de la indemnización de perjuicios económicos frente al empleado público en provisionalidad, reintegrado al servicio por la expedición de actos administrativos declarados nulos; en este caso, el Tribunal Administrativo de Nariño profirió una sentencia en segunda instancia, señalando que el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir ostentaban un carácter indemnizatorio.

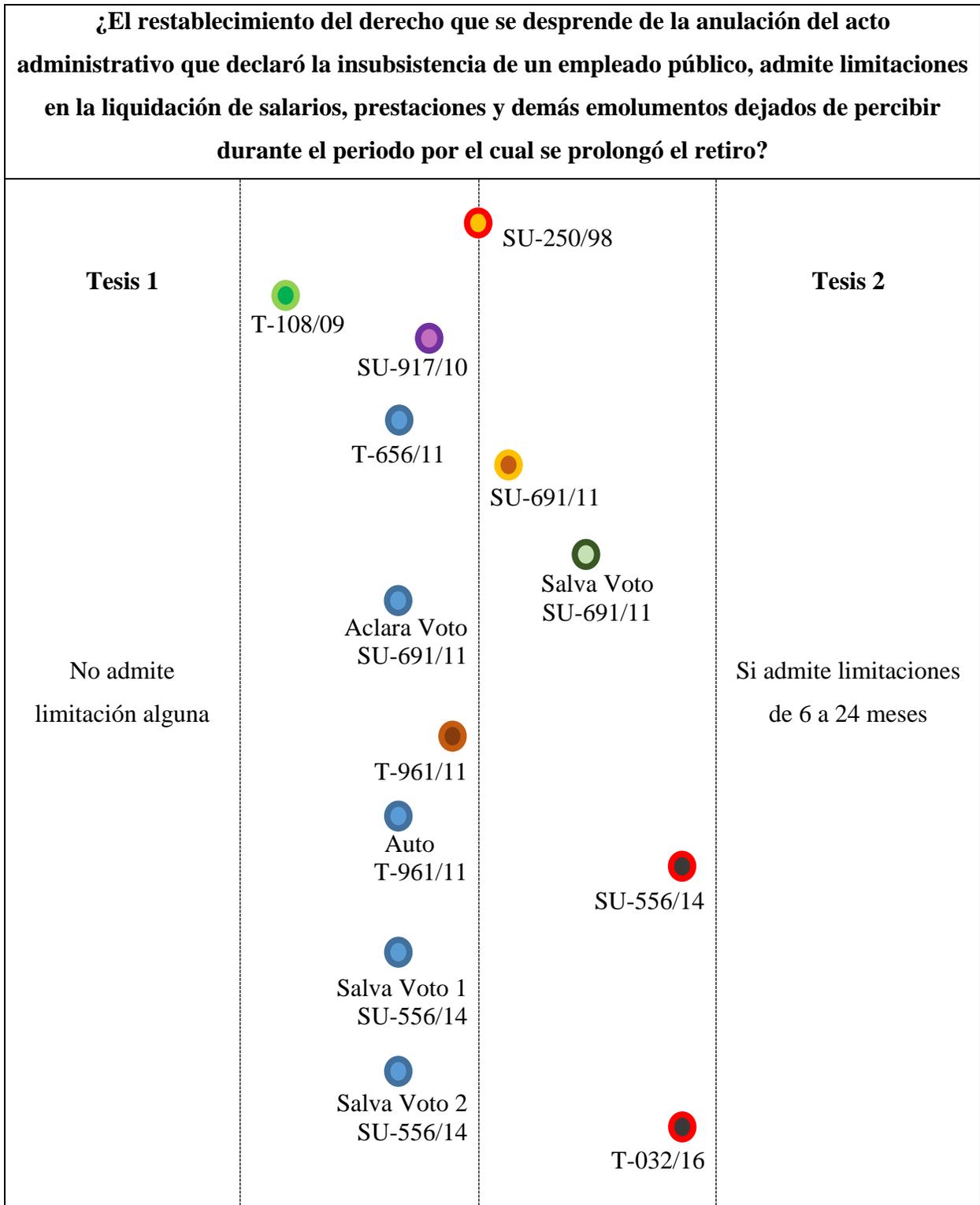
No obstante, la Corte Constitucional consideró que la condena era desproporcionada y excesiva, lo cual surgía del análisis de las diferentes modalidades de indemnización de perjuicios previstas por la ley, y desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina; que en determinados contextos, la indemnización no se vinculaba exclusivamente a la reparación de los perjuicios generados por la conducta dañosa, sino que tenía un componente sancionatorio en razón de la ilicitud de la conducta, y advirtió que si bien la disciplina fiscal no podía desconocer los derechos fundamentales del demandante, tampoco debía afectarse gravemente los recursos públicos, al punto de afectar la materialización de los fines esenciales del Estado.

Bajo estos argumentos, la Corte decidió dejar sin efectos la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el día 19 de agosto de 2014, y ordenó proferir una nueva decisión que tuviera en cuenta la actual regla indemnizatoria dictada en sentencia SU-556 de 2014, es decir, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

⁸⁶ Entre las razones que el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva presenta en su salvamento de voto, se encuentra el aumento en la producción de actos contrarios a la Constitución, refiriéndose a los actos administrativos que declaran insubsistente a un servidor públicos en provisionalidad, argumenta que determinar los límites de la indemnización, disminuyendo la suma que debe pagar la entidad, estimularía la elaboración de los acto antijurídico en que incurre.

⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-032 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Febrero 8 de 2016).

Gráfica de la línea jurisprudencial



2.) Línea jurisprudencial del Consejo de Estado

Problema jurídico:

¿El restablecimiento del derecho que se desprende de la anulación del acto administrativo que declaró la insubsistencia de un empleado público, admite descuentos sobre la suma liquidada por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el periodo por el cual se prolongó el retiro, cuando se ha desempeñado otro empleo público en el mismo lapso?

Planteamiento de las tesis

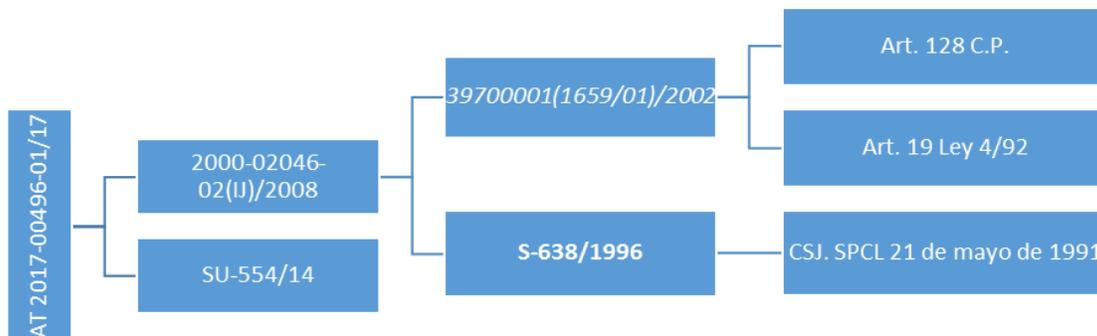
Tesis 1: De la liquidación de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir no es susceptible descontar la remuneración proveniente del desempeño de otro empleo público durante el periodo que duró el retiro del servicio, porque la suma liquidada tiene carácter indemnizatorio, en virtud del daño derivado de la ilegalidad del acto.

Tesis 2: De la liquidación de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir debe descontarse la remuneración proveniente del desempeño de otro empleo público durante el periodo que duró el retiro del servicio, por la prohibición contenida en el artículo 128 Constitucional, según la cual, ninguna persona puede percibir una doble erogación con cargo al tesoro público.

a) Identificación del punto arquimédico: se trata de la sentencia más reciente posible, con un patrón fáctico similar al problema sometido a investigación. En este caso, se ha tomado como tal, la sentencia de tutela 2017-00496-01.

b) Ingeniería reversa: corresponde a la lista de citas jurisprudenciales extraídas del punto arquimédico, y a la réplica del mismo procedimiento sobre estas últimas, para obtener el nicho citacional.

c) Nicho citacional:



Este nicho citacional se encuentra integrado por normas, teniendo en cuenta que la construcción de una línea jurisprudencial no parte de cero, sino que debe identificar los materiales normativos relevantes, con el propósito de estructurar a partir de ellos, una narración que dé cuenta de la doctrina jurisprudencial vigente⁸⁸. Así, en este caso, resulta importante incluir la remisión normativa a los artículos 128 Constitucional y 19 de la Ley 4 de 1992, efectuada en la sentencia con radicación 19001-23-31-000-1998-0397-01(1659-01), porque aquellas establecen la prohibición de desempeñar más de un empleo público y la prohibición de percibir una doble erogación con cargo al erario, y estos aspectos sustentan el por qué debe limitarse la indemnización de un empleado en provisionalidad que retorna al servicio público.

Delimitado lo anterior, corresponde señalar que del nicho citacional extraído con fundamento en la sentencia arquimédica, se considera como sentencia fundadora de línea la S-638 de 1996⁸⁹, modificadora de línea la sentencia 1998-397000-01 (1659/01)⁹⁰ y controladora de línea la sentencia 2000-02046-02 (IJ)/2008⁹¹.

⁸⁸ Diego López Medina. El Derecho de los Jueces. Ed., LEGIS. (2006).

⁸⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia S-638 de 1996. (C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora; Agosto 28 de 1996).

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 19001-23-31-000-1998-0397-01(1659-01) de 2002. (C.P. Ana Margarita Olaya Forero; Mayo 16 de 2002).

⁹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 76001-23-31-000-2000-02046-02(IJ) de 2008. (C.P. Jesús María Lemos Bustamante; Enero 29 de 2008).

Análisis jurisprudencial:

En 1996, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se pronunció sobre la nulidad de un acto administrativo, por medio del cual, la demandante fue declarada insubsistente en el cargo de abogado auxiliar para la vigilancia administrativa de la Personería Municipal de Cúcuta, que ocupaba en provisionalidad, pese a que la Administración conocía de su estado de gestación; en este caso, la Corporación concluyó que la desvinculación obedeció al estado de embarazo de la demandante, y que el acto demandado al declararse nulo, llevaba aparejado el pago de las sumas que indemnizaran el daño causado por la Administración; el reintegro al cargo del cual fue separada, y la declaración de que no hubo solución de continuidad, entre la fecha de retiro y el reintegro efectivo.

El Consejo de Estado estimó que las sumas reconocidas resarcían el perjuicio derivado del acto ilegal, y que no había prohibición para recibir el sueldo y la indemnización al mismo tiempo, porque una erogación provenía de la prestación personal del servicio a través de una relación legal y reglamentaria, y la otra del hecho ilegal de la Administración; adicionalmente, porque no existía una disposición legal que ordenara a la jurisdicción contencioso administrativa este tipo de pronunciamientos. En este caso, la subregla consiste en la improcedencia de los descuentos por razón de cualquier relación legal y reglamentaria desempeñada durante el lapso que permaneció desvinculada de la entidad, y que hubiere dado lugar al pago de salarios y prestaciones por el servicio efectivamente prestado.

Sobre esta decisión se presentaron unos salvamentos de voto, en el siguiente sentido:

i).- El restablecimiento del derecho no es jurídicamente un resarcimiento de los perjuicios causados al empleado despedido ilegalmente, como lo sostiene la sentencia; es simplemente la consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto que, al desaparecer de la vida jurídica, impone restablecer las cosas al mismo estado que tenían cuando fue expedido. La ley prohíbe la percepción de dos o más asignaciones provenientes del tesoro público, por ello no es necesario

que haya una ley expresa que habilite a la jurisdicción para que ordene el cumplimiento del artículo 128 de la Constitución (prohibición de doble asignación). Consejeros: Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro y Dolly Pedraza de Arenas. A este salvamento se adhirió la consejera Miren de la Lombana de Magyaroff

ii).- Los sueldos y prestaciones que se ordena pagar no son realmente indemnizaciones, sino clara y llanamente lo que son: sueldos y prestaciones. La ficción que establece la decisión judicial no es para efecto de indemnizar, sino para restablecer el derecho, esto es, para volver las cosas a su estado anterior. La indemnización propiamente dicha corresponde al reajuste y actualización de las sumas correspondientes a sueldos y prestaciones dejados de percibir oportunamente, más las indemnizaciones especiales (60 días de salario). Consejero: Libardo Rodríguez Rodríguez. A este salvamento se adhirió la Dra. Consuelo Sarria Olcos.

iii).- El reconocimiento judicial de naturaleza económica en materia de sueldos, primas, vacaciones y demás prestaciones tiene el propósito de restablecer plenamente el derecho vulnerado, como si la persona no hubiera nunca dejado de ser servidor público. Los sueldos y demás prestaciones recibidos por el interesado en calidad de servidor público en otro cargo o empleo, distinto de aquel en el cual fue declarado insubsistente de su nombramiento, durante el período que va entre la declaratoria de insubsistencia y el reintegro al servicio, deben ser descontados del monto de la condena. Si se considera como indemnización el restablecimiento del derecho decretado, es evidente que ella estaría constituida por asignaciones o sueldos, por lo cual resultaría incompatible el otorgamiento de dicha indemnización con la percepción de otras asignaciones procedentes del tesoro público. Consejero: Manuel S. Urueta Ayola.

iv).- La suma fijada se equipara en sus efectos a los que corresponden a la cláusula penal indemnizatoria cuando se pacta con una cuantificación previa aplicable en caso de incumplimiento a una relación contractual, la cual no sabría ser objeto de reajuste monetario. En consecuencia, quien pretenda perjuicios mayores los solicite y los pruebe independientemente para obtener tal beneficio, y si, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento pura y simple, tiene éxito, obtendrá la restitución en sus funciones y el beneficio de la sanción

pecuniaria a cargo del Estado igual a una suma nominativa que equivale a los salarios dejados de devengar, sin que haya lugar a reajustes monetario de sumas que debieran reajustarse en su valor histórico y traerse a valor presente. Consejero: Jesús María Carrillo Ballesteros

Posteriormente, el dieciséis (16) de mayo de dos mil dos (2002), con ponencia de la Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero, radicación número: 19001-23-31-000-1998-0397-01(1659-01), la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda⁹² abordó el estudio de un acto administrativo, por medio del cual, el demandante fue declarado insubsistente el nombramiento en el cargo de asistente de presupuesto de la Industria Licorera del Cauca. En este caso, la primera instancia declaró la nulidad del acto demandado, por encontrar configurada la causal de desviación de poder, consistente en persecución política; consecuentemente, ordenó el reintegro del actor y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo que estuvo retirado del servicio, y el descuento de lo percibido por el desempeño de otros cargos oficiales, durante el interregno entre el retiro y el reintegro al servicio. Aquí, la Sección Segunda rectificó el criterio jurisprudencial que venía sosteniendo, al considerar que las sumas que se ordenaba pagar, bien sea a título de salarios o de prestaciones, constituían la materialización de la decisión restablecedora, consustancial al hecho simulado de que el empleado nunca fue retirado, y por ello mismo se hacía acreedor a los emolumentos laborales propios de esa relación. Para la Sección no podía pretenderse que las sumas cuyo pago se ordenaba a título de restablecimiento del derecho, que además se reconocían indexadas teniendo en cuenta su causación mes por mes, tuvieran carácter indemnizatorio, porque se desnaturalizaría la decisión misma.

Cuando el juez ordenó como consecuencia de la nulidad de un acto de retiro, el reintegro al cargo, el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar, que se tuviera para todos los efectos legales el tiempo que permaneció desvinculado de la administración, y la indexación de las sumas, no está disponiendo nada distinto que hacer efectiva la consecuencia de volver las

⁹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda. Sentencia 19001-23-31-000-1998-0397-01(1659-01) de 2002. (C.P. Ana Margarita Olaya Forero; Mayo 16 de 2002).

cosas a su estado anterior, como si el empleado nunca hubiere sido retirado del servicio, es decir, que se restableció el derecho.

Sobre este pronunciamiento se formuló un salvamento de voto (Dr. Alejandro Ordoñez), en el sentido de estimar que la sentencia declaratoria de nulidad de un acto de retiro, cuando dispone el reintegro al cargo, nada impedía equiparar la indemnización por el perjuicio inferido materializado en lo dejado de percibir durante el lapso en que tuvo vigencia el acto de retiro, al restablecimiento del derecho. La no prestación del servicio era lo que permitía subsumir en la naturaleza indemnizatoria el reconocimiento de los salarios y prestaciones, como sanción por la expedición del acto ilegal, mientras que la prestación efectiva y real del servicio comportaba todos los rasgos de la “asignación”, cuya causa era la contraprestación por el desempeño de un empleo público.

Posteriormente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 29 de enero de 2008⁹³, se abordó el estudio de un acto administrativo, por el cual se ordenó el retiro de la demandante por supresión del cargo.

Si bien, en este caso se trata de una empleada inscrita en carrera administrativa, la Sala rectificó el criterio jurisprudencial mayoritario que sostuvo la Sección Segunda de esta Corporación, en sentencia de 16 de mayo de 2002, con ponencia de la Dra. Ana Margarita Olaya Forero⁹⁴.

Así pues, estableció que el pago ordenado como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de retiro ostenta un carácter indemnizatorio, y la remisión que se hace a los salarios dejados de percibir, se utiliza como medida o tasación de la indemnización, a la cual se acude porque la indemnización debe corresponder al daño sufrido, y tiene correspondencia con los salarios y prestaciones de la relación laboral que se extinguió.

⁹³ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 760012331000200002046 02 de 2008. (C.P. Jesús María Lemos Bustamante; Enero 29 2008).

⁹⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029) de 2002. (C.P. Ana Margarita Olaya Forero; Julio 16 de 2002).

Para el Consejo de Estado cuando se dispone el reintegro de un trabajador, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones dejados de recibir desde la fecha del retiro hasta la del reintegro efectivo, implica que las cosas vuelven a su estado anterior, y si durante ese lapso el servidor público desempeñó otro cargo y recibió el salario a él asignado, este valor no debe descontársele porque su causa es diferente, esto es, la efectiva prestación del servicio como empleado público.

Finalmente, estimó que del artículo 128 de la Carta Política no podía deducirse la prohibición para ordenar el pago de las sumas de dinero que, por concepto de salarios y prestaciones provenientes de un empleo público, hubiese recibido el demandante durante el lapso transcurrido entre el retiro y el cumplimiento de la orden de reintegro impartida por el juez contencioso administrativo.

Adoptar como política el descuento de los salarios percibidos por el servidor público en otro cargo público equivaldría a obligarlo a permanecer sin empleo si quiere obtener la reparación o a considerar que esta no corre a cargo de la administración sino del propio interesado, o a devolver el valor del salario percibido como consecuencia del trabajo por él realizado, cuando uno de los elementos básicos de la relación laboral es la remuneración.

Gráfica de la línea jurisprudencial

¿El restablecimiento del derecho que se desprende de la anulación del acto administrativo que declaró la insubsistencia de un empleado público, admite descuentos sobre la suma liquidada por concepto de salarios y prestaciones dejados de percibir durante el periodo por el cual se prolongó el retiro, cuando se ha desempeñado otro empleo público en el mismo lapso?			
Tesis 1 NO	 S-638/96 * Salvamentos Joaquín Barreto Ruíz Clara Forero de Castro * Dolly Pedraza Miren de la Lombana Libardo Rodríguez Consuelo Sarria Olcos Manuel Urueta Ayola Jesús María Carrillo	 Art. 128 C.P.  Art. 19 L. 4/92  1659-01/02 * Salvamento Alejandro Ordóñez M.	Tesis 2 SI
De la liquidación de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir no es susceptible descontar la remuneración proveniente del desempeño de otro empleo público durante el periodo que duró el retiro del servicio, porque la suma liquidada tiene carácter indemnizatorio, en virtud del daño derivado de la ilegalidad del acto.	 2000-02046/08 IJ	De la liquidación de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir debe descontarse la remuneración proveniente del desempeño de otro empleo público durante el periodo que duró el retiro del servicio, por la prohibición contenida en el artículo 128 Constitucional, según la cual, ninguna persona puede percibir una doble erogación con cargo al tesoro público.	

Sentencia fundadora

Sentencia modificadora de línea

Sentencia controladora

b.) Discrepancia en la aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado

El precedente se constituye por las sentencias previas que resultan pertinentes para solucionar o resolver una cuestión jurídica concreta, cuya fuerza vinculante reposa en la *ratio decidendi* o formulación del principio – que manda, prohíbe o permite algo – y que constituye la decisión judicial específica⁹⁵.

Con relación a la aplicabilidad de un fallo anterior a un caso concreto posterior, la Corte Constitucional ha establecido tres aspectos que deben verificarse: i) la semejanza entre los hechos relevantes de los dos casos, el anterior y el que va a resolverse, ii) que la consecuencia jurídica aplicada al caso anterior resulte adecuada para el caso en examen y, iii) la permanencia o modificación de la regla fijada en el pronunciamiento anterior⁹⁶.

Las razones para seguir el precedente residen en la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, en la eliminación de la ambigüedad del lenguaje, la realización del derecho a la igualdad y la materialización de la seguridad jurídica y la confianza legítima⁹⁷, y en el caso de las sentencias de unificación, éstas efectúan una interpretación del derecho preexistente y se orientan a la aplicación de casos determinados; obligan al respeto por el trato igualitario y al sometimiento del precedente fijado por los órganos de cierre⁹⁸.

Sin embargo, de acuerdo con el análisis de las líneas jurisprudenciales que antecede, la aplicación de una de las dos subreglas que regulan el mismo escenario jurídico, ponen, precisamente, en contraposición diversos principios, tales como el de seguridad jurídica, confianza legítima, buena fe, e igualdad.

⁹⁵ Manuel Fernando Quinche Ramírez. *El Precedente Judicial y sus Reglas*. Ed., LEGIS. (2016).

⁹⁶ *Ibídem*

⁹⁷ *Ibídem*

⁹⁸ *Ibídem*

Para rememorar recuérdese que, la Corte Constitucional ha estimado que el restablecimiento del derecho, consistente en el reintegro al cargo de personas que estuvieron vinculadas en provisionalidad al servicio, y el pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, no puede prolongarse de manera indefinida; de esa manera, el criterio vigente consiste en que esa indemnización debe hacerse por un período no menor de seis (6) ni mayor a veinticuatro (24) meses, porque esa erogación sin limitación alguna entre el retiro y el reintegro efectivo al servicio – resultante del tiempo que toma la resolución de un proceso contencioso administrativo –, desconoce la posibilidad que tiene la persona de proveer su propio sustento⁹⁹.

A su vez, el Consejo de Estado no ha estimado la limitación temporal del restablecimiento del derecho, y ha considerado que, de la liquidación de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, no debe descontarse aquellas sumas devengadas por concepto del desempeño de otro empleo público, porque la fuente de estas obligaciones es distinta. En el primer caso, se trata de una indemnización derivada del daño irrogado por el acto administrativo ilegal, y en el segundo caso, la remuneración corresponde a la prestación personal del servicio, aspectos que no suponen desconocer la prohibición de recibir más de una asignación con cargo al tesoro público¹⁰⁰.

Así, pues, para el propósito de este trabajo, y con el fin de resaltar la discrepancia en la aplicación del precedente, a continuación este estudio se enfocará en el contenido del principio de seguridad jurídica, porque éste responde a una pretensión de estabilidad, predictibilidad y permanencia de las decisiones judiciales, y al considerar que en él ya se encuentran contenidos otros principios, tales como el de igualdad, en virtud de la necesidad de que decisiones similares se resuelvan de igual forma; o el de confianza legítima y buena fe, que se encuentran ligados entre sí, porque suponen un escenario o medio jurídico predecible, en el cual no se sorprende al

⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-556 de 2041. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Julio 24 de 2014).

¹⁰⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 76001-23-31-000-2000-02046-02(II) de 2008. (C.P. Jesús María Lemos Bustamante; Enero 29 de 2008).

usuario de la Administración de justicia con actuaciones contrarias a las expectativas derivadas de actuaciones precedentes.

1.) El principio de seguridad jurídica en la adopción de decisiones judiciales.

De acuerdo con Fernando Arrázola Jaramillo¹⁰¹, el principio de seguridad jurídica implica la certeza del derecho en cuanto al conocimiento de cuáles serán las normas aplicables a un caso concreto y, a algún grado de seguridad en cuanto a la interpretación uniforme que jueces y tribunales darán a dichas normas, de tal forma que tenga realización el principio de igualdad ante la ley, es decir, que ante hechos similares deberán adoptarse pronunciamientos jurisdiccionales análogos. Así, pues, la seguridad jurídica se traduce en la confianza por la estabilidad de las normas, de tal manera que la actividad humana pueda planificarse con arreglo a la ley vigente, porque se trata de una razonable certeza de estabilidad, sin que implique la petrificación del Derecho.

Para la Corte Constitucional¹⁰², la seguridad jurídica reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces; de modo que la previsibilidad de las decisiones judiciales confieren certidumbre sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se adquiere confianza¹⁰³ es cuando se sabe que, en principio, los jueces han

¹⁰¹ Fernando Arrázola Jaramillo. *El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho*. Revista de Derecho Público. Enero - Junio de 2014. At 7

¹⁰² Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-543 de 1992. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Octubre 1 de 1992).

¹⁰³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-308 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Abril 28 de 2011).

Respecto al principio de confianza legítima, la Corte manifestó: *“La confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro periodo, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que “el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración.” Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello.”*

interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente, conllevando a que las personas actúen libremente, conforme a lo que la práctica judicial les permite inferir que es un comportamiento protegido por la ley.

Reitera la Corte Constitucional¹⁰⁴ que, la falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones. Si en virtud de su autonomía, cada juez tiene la posibilidad de interpretar y aplicar el texto de la ley de manera distinta, ello impide que las personas desarrollen libremente sus actividades, pues al actuar se encontrarían bajo la contingencia de estar contradiciendo una de las posibles interpretaciones de la ley; de suerte que, en palabras del profesor Carlos Arturo Gallego Marín¹⁰⁵, la seguridad jurídica se convierte en un valor teleológico a través de dos vías que la soportan, vale decir, la seguridad de los ciudadanos entre sus relaciones y, sus relaciones frente al poder estatal.

2.) Falta al principio de seguridad jurídica por la aplicación indistinta del precedente vertical del Consejo de Estado y la regla jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional.

Con el propósito de resaltar la falta de coherencia en la aplicación del precedente, sea menester señalar que dicha pugna se encuentra especialmente evidenciada en decisiones adoptadas por el Consejo de Estado, en sede de tutela, en cuanto ha ordenado la aplicación del precedente de la Corte Constitucional y de su propio precedente.

Aunque estas providencias no se encuentran contenidas en las líneas jurisprudenciales estudiadas, resultan importantes porque reflejan la inconsistencia en la aplicación del precedente, así podemos ver, por ejemplo, que el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sus

¹⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-836 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Agosto 09 de 2001).

¹⁰⁵ Carlos Arturo Gallego Marín. *El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social*. Revistas Jurídicas. Julio – Diciembre de 2012. At 70.

diferentes secciones, se ha inclinado por uno u otro criterio jurisprudencial, de la siguiente manera:

Radicación	2014-03482-00	
	Corporación	Precedente aplicado
Tutela contra providencia judicial	Tribunal Administrativo de Nariño	La Corporación no aplicó la limitación de la indemnización entre 6 y 24 meses (SU-556/14), sino que dispuso el restablecimiento del derecho íntegramente, sin descuento alguno.
Primera instancia	CE. SIV	Dejó sin efecto la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño y ordenó proferir una nueva decisión, con el fin de determinar la aplicación o no de la sentencia SU-556/14 o del precedente del Consejo de Estado.
Segunda Instancia	CE. SV	Revocó la decisión impugnada, y dejó sin efectos la decisión de la Sección Cuarta. Dejó en firme la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, en aplicación del principio de autonomía judicial.
Revisión	Sala Segunda de Revisión – Corte Constitucional	Revocó la decisión adoptada por la Sección Quinta del Consejo de Estado; confirmó parcialmente la decisión de la Sección Cuarta; dispuso dejar sin efecto la decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, y ordenó proferir una nueva decisión que contenga como referente la

		regla indemnizatoria contenida en la sentencia SU-556/14.
--	--	---

Radicación	2015-02761-00	
	Corporación	Precedente aplicado
Tutela contra providencia judicial	Tribunal Administrativo de Nariño	Limitación de la indemnización entre 6 y 24 meses (SU-556/14)
Primera instancia	CE. SII. Subsección B	Consideró desconocido el precedente jurisprudencial del CE. Dejó sin efecto la decisión y ordenó aplicar precedente consistente en la improcedencia de descuentos sobre la indemnización.
Segunda Instancia	CE. SIV	Revocó la decisión impugnada. Consideró que la decisión del Tribunal demandado es acertada en cuanto aplicó el precedente de la Corte Constitucional contenido en la sentencia SU-556/14, en virtud de la libertad interpretativa judicial, y en atención a los principios de seguridad jurídica e igualdad.

Radicación	2017-00496-00	
	Corporación	Precedente aplicado
Tutela contra providencia judicial	Tribunal Administrativo del Cauca	La Corporación ordenó el reintegro de la demandante en provisionalidad, y a pagar todos los emolumentos dejados de percibir, entre el retiro del servicio y la fecha de designación por el sistema de

		mérito o hasta la supresión del cargo; en todo caso, señaló que el período a indemnizar no podría ser inferior a 6 ni mayor de 24 meses, según la regla prevista en la sentencia SU-556/14.
Primera instancia	CE. SI	Denegó el amparo solicitado. Concluyó que el Tribunal acogió el precedente jurisprudencial de la sentencia SU-556/14, y su decisión fue debidamente sustentada, no sólo en las normas aplicables al caso concreto, sino también en la jurisprudencia relacionada con la materia.
Segunda Instancia	CE. SII – Subsección A	Confirmó la sentencia impugnada. Estimó que el CE no ha emitido un pronunciamiento respecto a la aplicación de la sentencia SU-556/14. No existe un único criterio del Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la indemnización de empleados en provisionalidad que son reintegrados al servicio. En virtud de la autonomía judicial y la libertad de interpretación, el Tribunal accionado podía adoptar el criterio que consideraba apropiado para definir el restablecimiento del derecho.

Cuadros elaborados por Ángela María Jojoa Velásquez, Lalo Ordoñez López y Yenni María Alexandra Romo Torres

Examinado lo anterior, estos asuntos reflejan que el Consejo de Estado en la resolución de tutelas contra providencias judiciales, efectuó la aplicación indistinta tanto de su precedente jurisprudencial, como del precedente de la Corte Constitucional, y justificó la observancia de una u otra regla jurisprudencial, en atención al principio de autonomía judicial y libertad interpretativa del juez, siempre que resultara razonada suficientemente la postura adoptada.

Valga recordar que el precedente está constituido por un conjunto de sentencias que presentan similitudes en cuanto al patrón fáctico y al problema jurídico concreto, cuya *ratio decidendi* establece una regla o principio que sirve para solucionar la controversia sometida a estudio; sin embargo, la actuación del Consejo de Estado, en sede de tutela, compromete el principio de seguridad jurídica, porque, tal como se dijo de manera preliminar, el ciudadano espera contar con decisiones judiciales iguales en casos similares.

De esta manera, en acatamiento a los principios de seguridad jurídica, igualdad, buena fe y confianza legítima, el juez se encuentra obligado a seguir el precedente jurisprudencial y a reconocer el carácter vinculante del mismo, en especial, si es fijado por órganos cuya función es la de unificar jurisprudencia, con lo cual se le otorga la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto.

En este sentido, debe recordarse que la Corte Constitucional, a través de la sentencia SU-047/99¹⁰⁶, estableció que el respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, por ello, dicha corporación, y en especial el juez constitucional, deben ser consistentes con sus decisiones previas por cuatro razones: i) por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico; ii) para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico; iii) en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez; y iv) el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a

¹⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-047 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; Enero 29 de 1999).

decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente, pero que presente caracteres análogos.

Cuando los funcionarios judiciales encuentren cumplidos los tres criterios mencionados líneas atrás – i) semejanza entre los hechos relevantes, ii) que la consecuencia jurídica aplicada al caso anterior resulte adecuada para el caso en examen y, iii) verificación de la permanencia de la regla fijada en el pronunciamiento anterior –, tiene la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia en vigor, siempre y cuando hagan referencia al precedente que no van a aplicar y ofrezcan una justificación razonable, seria, suficiente y proporcionada, que dé cuenta del por qué se apartan de la regla jurisprudencial previa, protegiendo así el carácter dinámico del derecho y la autonomía e independencia de que gozan los jueces.

Debe recordarse que la fuerza vinculante del precedente judicial, en todo caso, constituye un límite a la autonomía e independencia judiciales, razón por la cual, en aquellos casos en los cuales, el Consejo de Estado se ha separado del precedente de la Corte Constitucional, además de configurarse una causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, puede habilitarse la adopción de sentencias sustitutivas o de reemplazo por la falta de uniformidad de las decisiones de dicho Tribunal, como aconteció en la sentencia SU-917 de 2010 ya examinada en la línea jurisprudencial correspondiente a la Corte Constitucional, al encontrar probado que el Consejo de Estado, de manera insistente, se negó a proferir decisiones ceñidas al precedente.

III.CONCLUSIONES

Identificados los aspectos relacionados con la vinculación al servicio público, encontramos la provisionalidad como una modalidad de ingreso excepcional, caracterizada por una estabilidad laboral relativa, porque sin otorgar las prerrogativas de la carrera administrativa, concede el derecho de no ser removido por la discrecionalidad del nominador; cuando se declara la nulidad del acto administrativo que dispone la insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad por encontrarse incurso en alguna causal de nulidad, surge para la Administración la obligación de reparar el daño, a través del reintegro al servicio y al pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir.

Al caracterizar las líneas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, relacionadas con la indemnización de perjuicios materiales derivados de la declaración de nulidad de los actos administrativos ya mencionados, se evidenció la existencia de posturas contrarias en la jurisprudencia de estas altas Cortes, en cuyo desarrollo, únicamente se tuvo en cuenta el sometimiento al texto constitucional, las leyes y/o la jurisprudencia nacional, pero ningún fundamento en convenios de la OIT legalmente vinculantes para Colombia, o recomendaciones o directrices, o jurisprudencia internacional como criterios hermenéuticos de interpretación.

La existencia de decisiones contrarias en casos que son fácticamente similares, por aplicación de uno u otro precedente jurisprudencial, conlleva al desconocimiento de los principios constitucionales de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad, y ha sometido a jueces y magistrados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -como jueces naturales de los actos administrativos-, máxime, que el Consejo de Estado no ha emitido un nuevo pronunciamiento de unificación, a la dificultad en la aplicación de las subreglas indemnizatorias.

En sede del medio de control de nulidad y restablecimiento, la inaplicación del precedente vertical ha conllevado a la revocatoria de la decisión por parte del superior funcional, y en sede de tutela, las mismas decisiones han sido dejadas sin efecto por inobservancia del precedente de

la Corte Constitucional, lo que finalmente se traduce en una limitación al goce efectivo de los derechos y el acceso a la administración de justicia.

IV. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Carlos Arturo Gallego Marín. *El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social*. Revistas Jurídicas. Julio – Diciembre de 2012. At 70.

Carlos Betancur Jaramillo. Derecho Procesal Administrativo. Pág. 56. Ed., Señal. (1999).

Diego López Medina. El Derecho de los Jueces. Ed., LEGIS. (2006).

Diego Younes Moreno. Derecho Administrativo Laboral. Evolución de la carrera Administrativa en Colombia. Ed., Temis. (1998).

Fernando Arrázola Jaramillo. *El concepto de seguridad jurídica, elementos y amenazas ante la crisis de la ley como fuente del derecho*. Revista de Derecho Público. Enero - Junio de 2014. At 7.

Manuel Fernando Quinche Ramírez. El Precedente Judicial y sus Reglas. Ed., LEGIS. (2016).

LEYES

Constitución Política de Colombia [Const]. Arts. 26, 125, 126. Julio 7 de 1991 (Colombia).

Ley 4 de 1913. Sobre régimen político y municipal. Agosto 22 de 1913. DO. N° 14.974.

Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones. Septiembre 23 de 2004. DO. N° 45.680.

Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Enero 18 de 2011. D.O. N° 47956.

DECRETOS

Decreto 2350 de 1944 [Ministerio de Justicia]. Por el cual se dictan lagunas disposiciones sobre Convenciones de Trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. Septiembre 30 de 1944.

Decreto 2400 de 1968 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones. Septiembre 19 de 1968.

Decreto 3135 de 1968. Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Diciembre 26 de 1968.

Decreto Reglamentario 1848 de 1969 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968. Noviembre 4 de 1969.

Decreto 1950 de 1973 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamentan los Decretos-Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil. Septiembre 24 de 1973.

Decreto 2504 de 1998 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifican los artículos 2, 4 y 12 (transitorio), 130, 131, 135, 149, 151, 154, 155 y 156 del Decreto 1572 de 1998. Diciembre 10 de 1998.

Decreto 1572 de 1998 [Presidencia de la Republica]. Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998. Agosto 5 de 1998.

Decreto 1227 de 2005 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998. Abril 21 de 2005.

Decreto 3820 de 2005 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifica el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005. Octubre 27 de 2005.

Decreto 4500 de 2005 [Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta el artículo 24 de la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2004. Diciembre 06 de 2005.

Decreto 1937 de 2007 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifica el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005. Mayo 29 de 2007.

Decreto 4968 de 2007 [Presidencia de la República]. Por el cual se modifica el artículo 8° del Decreto 1227 de 2005. Diciembre 27 de 2007.

Decreto 1083 del 2015 [Presidencia de la República]. Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública. Mayo 26 de 2015.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL:

Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena. Sentencia C-543 de 1992. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Octubre 1 de 1992).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-498 de 1994. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Noviembre 4 de 1994).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-567 de 1997. (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Noviembre 6 de 1997).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; Mayo 26 de 1998).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-371 de 1999. (MP José Gregorio Hernández Galindo; Mayo 26 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-047 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero; Enero 29 de 1999).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1063 de 2000. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Agosto 16 de 2000).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-836 de 2001. (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Agosto 09 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1310 de 2005. (M.P. Álvaro Tafur Galvis; Diciembre 13 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-279 de 2007. (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Abril 18 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-108 de 2009. (M.P. (E) Clara Helena Reales Gutiérrez; Febrero. 20 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-917 de 2010. (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Noviembre 16 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-656 de 2011. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Septiembre 05 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-691 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Septiembre 21 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-308 de 2011. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Abril 28 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-961 de 2011. (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Diciembre 16 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-017 de 2012. (M.P. María Victoria Calle Correa; Enero 20 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-147 de 2013. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Marzo 18 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-317 de 2013. (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Mayo 28 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-556 de 2014. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Julio 24 de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-053 de 2015. (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; Febrero 12 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-032 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Febrero 8 de 2016).

CONSEJO DE ESTADO:

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia S-638 de 1996. (C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora; Agosto 28 de 1996).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 2459-99 de 2000. (C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; Mayo 19 de 2000).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 19001-23-31-000-1998-0397-01(1659-01) de 2002. (C.P. Ana Margarita Olaya Forero; Mayo 16 de 2002).

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 23001-23-31-000-1997- 8732-02 (IJ 029) de 2002. (C.P. Ana Margarita Olaya Forero; Julio 16 de 2002).

Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sección Segunda. Sentencia 25000-23-25-000-1997-47519-01(471-05) de 2007. (C.P. Jaime Moreno García Agosto 23 de 2007).

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 76001-23-31-000-2000-02046-02(IJ) de 2008. (C.P. Jesús María Lemos Bustamante; Enero 29 de 2008).

Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia 68001-23-15-000-2000-03342-01(2048-07) de 2010. (C.P. Alfonso Vargas Rincón; Junio 24 de 2010).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 2005-01341 de 2010 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve Septiembre 23 de 2010).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08) de 2011. (C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Enero 27 de 2011).