



Sentencia 1834 de 2003 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE : TARSICIO CÁCERES TORO

Bogotá D.C., trece (13) de marzo de dos mil tres (2003).

Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1834-01

Actor: MARÍA NELSSY REYES SALCEDO
Demandado: NACIÓN ¿ RAMA JUDICIAL - DIR. EJECUTIVA DE ADMIN. JUDICIAL
Controv. INSUB. NOMBRAMIENTO JUDICIAL EN PROVISIONALIDAD
Ref. 4972-01 AUTORIDADES NACIONALES

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la P. Actora y el Procurador Delegado contra la sentencia de 27 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Exp. No.1998-1834, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

[Ver el Concepto del Consejo de Estado 1140 de 1998](#) , [Ver el Fallo del Consejo de Estado 3211 de 2005](#)

ANTECEDENTES :

LA PRIMERA INSTANCIA Y SU TRAMITE

LA DEMANDA.

MARÍA NELSSY REYES SALCEDO, mediante apoderado, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 85 del C.C.A., el 15 de marzo de 1999 demandó a la Nación ¿ Rama Judicial ¿ Administración Judicial y solicitó la nulidad de la Resolución No. 007 de julio 31 de 1998 de la Juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira, mediante la cual se dispuso declarar insubsistente el nombramiento de Asistente Jurídico Grado 19, que de manera provisional venía desempeñando la actora.

Que se condene al pago de los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir desde el momento de la desvinculación y hasta el reintegro, sumas debidamente indexadas de acuerdo al I.P.C.; se declare no haber existido solución de continuidad en la prestación del servicio, y que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 176 a 178 del C.C.A.

Hechos. Se narraron de folios 16 a 17 del expediente.

Normas violadas y concepto de la violación. Señaló como tales los artículos: 29 de la C. Po., así como el 132 num. 2 y el 167 de la Ley 270 de 1996. La violación al debido proceso, pues al no motivarse el acto de retiro se cercenó la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa, y la violación del Estatuto de la Administración de Justicia, en lo tocante al acceso a los cargos de carrera.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La P. Demandada se opuso a las pretensiones de la demanda (Fls.38 a 41).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El a-quo negó las pretensiones de la demanda. Consideró:

Que la actora, nombrada en provisionalidad, desempeñaba un cargo de carrera, circunstancia que se asimila según la ley a un nombramiento ordinario, de los que se realizan en los cargos de libre nombramiento y remoción, razón por la cual el nominador en cualquier momento podía declararla insubsistente primando el criterio del buen servicio, correspondiendo al actor demostrar que no fue este el fin perseguido por la autoridad, situación que no se demuestra en el sub lite.

Que aquello que la administración haga o deje de hacer en la realización del concurso respectivo para la provisión de cargos de carrera una vez se produzca el nombramiento en provisionalidad, probablemente tenga implicaciones disciplinarias o penales para el nominador, pero no confiere los derechos de carrera para el empleado ni le otorga fuero alguno de estabilidad, pues esto se alcanza únicamente cuando se presenta el concurso, se supera el período de prueba y se es inscrito en carrera.

LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

El Procurador Delegado y la P. Actora apelaron la sentencia (Fls. 65 a 68 y 69 a 71, respectivamente).

El Procurador Delegado ante el a-quo sustentó el recurso, así :

Que en parte alguna las disposiciones sobre carrera (leyes 270/96 y 443/98) disponen que los nombramientos en provisionalidad se asimilen a los nombramientos ordinarios, es decir, a los de libre nombramiento y remoción, luego, el acto de retiro debió ser motivado -sentencia SU-250/98-.

Que en el caso de autos, la actora tenía derecho a permanecer en el cargo hasta tanto culminara el proceso de selección de la carrera judicial, situación esta que no se había dado en el momento de la desvinculación.

La Parte Actora, a su vez, sostuvo :

Que al revisar las leyes 270/96 y 443/98, no se encuentra que estas dispongan que los nombramientos en provisionalidad se asimilen a los de libre nombramiento y remoción, lo cual resulta lógico, pues la Constitución Política consagra que por regla general todos los servidores públicos son de carrera y sólo excepcionalmente de libre nombramiento y remoción.

Que de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, -sentencia SU-250/98-, dentro de los actos administrativos que no requieren motivación, están la nominación y la declaratoria de insubsistencia de los empleos que tienen carácter de libre nombramiento y remoción. En el caso de autos el acto de retiro debió ser motivado, circunstancia que lo vicia y lo hace nulo.

Que la actora sólo podía ser retirada del servicio en caso de mediar calificación insatisfactoria, o, si habiendo concursado otro aspirante, este hubiera alcanzado mayor puntaje para acceder al cargo.

LA SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso se admitió y tramitó. Ahora, al no observarse causal de nulidad que invalide lo actuado, se procederá a dictar sentencia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

En el sub lite, se demandó la nulidad de la Resolución No. 007 de julio 31 de 1998 proferida por la Jueza Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira, mediante la cual se dispuso declarar insubsistente el nombramiento de Asistente Jurídico Grado 19, que de manera provisional había venido desempeñando la actora. El a-quo negó las pretensiones de la demanda. Compete ahora resolver los recursos de apelación interpuestos por la P. Demandada y el Procurador Delegado.

Para resolver se analizan los siguientes aspectos relevantes:

1º.) La controversia

El problema a resolver, conforme a los argumentos de los recursos de apelación, se circunscribe a dilucidar si a la actora, por desempeñar en provisionalidad un cargo de carrera, le cobijaba algún fuero de estabilidad, y si el acto en virtud del cual se declaró insubsistente su nombramiento requería motivación.

2º.) El régimen jurídico de la nominación y retiro en la Rama Jurisdiccional

Respecto de la nominación y retiro de servidores públicos (rama judicial), se destaca la siguiente normatividad:

La Constitución Política de 1991 manda:

"Art. 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. "
(Resaltado fuera de texto)

La Ley 270 de marzo 07 de 1996, estatuto de la administración de justicia, que rige a partir de la fecha de su promulgación (marzo 15 de 1996), en lo pertinente señala:

Art. 130 CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS. Son de período individual los cargos de Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, de Fiscal General de la Nación y de Director Ejecutivo de Administración Judicial.

Los funcionarios a que se refieren los incisos anteriores permanecerán en sus cargos durante todo el período salvo que antes de su vencimiento intervenga sanción disciplinaria de destitución por mala conducta o lleguen a la edad de retiro forzoso.

Es obligación de cada funcionario y del Presidente de la Corporación, informar con seis meses de anticipación a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de la fecha en que se producirá el vencimiento de su período, con el objeto de que se proceda a elaborar la lista de candidatos que deba reemplazarlo.

Son de libre nombramiento y remoción los cargos de Magistrado Auxiliar, Abogado Asistente y sus equivalentes; los cargos de los Despachos de Magistrados enunciados en los incisos anteriores, los adscritos a la Presidencia y Vicepresidencia de estas Corporaciones; los de los Secretarios de esas Corporaciones; los cargos de los Despachos de los Magistrados de los Tribunales; los cargos de Vicefiscal General de la Nación, Secretario General, Directores Nacionales; Directores Regionales y Seccionales, los empleados del Despacho del Fiscal General, del Vicefiscal y de la Secretaría General, y los de Fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia. Estos cargos no requieren confirmación.

Son de Carrera los cargos de Magistrado de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de los Tribunales Contencioso Administrativos y de las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura; de los Fiscales no previstos en los incisos anteriores; de Juez de la República, y los demás cargos de empleados de la Rama Judicial.

Parágrafo transitorio. Mientras subsistan el Tribunal Nacional y los Juzgados Regionales, son de libre nombramiento y remoción los magistrados, jueces a ellos vinculados, lo mismo que los fiscales delegados ante el Tribunal Nacional y los fiscales regionales. [Resaltado fuera de texto]

Art. 131. AUTORIDADES NOMINADORAS DE LA RAMA JUDICIAL.

Las autoridades nominadoras de la Rama Judicial, son:

8. Para los cargos de los Juzgados: El respectivo Juez.

.... "

Art. 132. FORMAS DE PROVISION DE CARGOS EN LA RAMA JUDICIAL. La provisión de cargos en la Rama Judicial se podrá hacer de las siguientes maneras:

1. En propiedad. Para los empleos en vacancia definitiva, en cuanto se hayan superado todas las etapas del proceso de selección si el cargo es de Carrera, o se trate de traslado en los términos del artículo siguiente.

2. En provisionalidad. El nombramiento se hará en provisionalidad en caso de vacancia definitiva, hasta tanto se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto, que no podrá exceder de seis meses, o en caso de vacancia temporal, cuando no se haga la designación en encargo, o la misma sea superior a un mes.

Cuando el cargo sea de Carrera, inmediatamente se produzca la vacante el nominador solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según sea el caso, el envío de la correspondiente lista de candidatos, quienes deberán reunir los requisitos mínimos para el desempeño del cargo.

En caso de vacancia temporal en la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Corte Constitucional o el Consejo Superior de la Judicatura o los Tribunales, la designación se hará directamente por la respectiva Corporación.

.... [Resaltado fuera de texto]

Art. 160. REQUISITOS ESPECIALES PARA OCUPAR CARGOS EN LA CARRERA JUDICIAL. Para el ejercicio de cargos de carrera en la Rama Judicial se requiere, además de los requisitos exigidos en disposiciones generales, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley y realizadas de conformidad con los reglamentos que para tal efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

El acceso por primera vez a cualquier cargo de funcionario de carrera requerirá de la previa aprobación del curso de formación judicial en los términos que señala la presente ley.

Parágrafo. Los funcionarios de carrera que acrediten haber realizado el curso de formación judicial, no están obligados a repetirlo para obtener eventuales ascensos y, en este caso, se tomarán las respectivas calificaciones de servicio como factor sustitutivo de evaluación.

Parágrafo transitorio. Con arreglo a la presente ley y dentro del año siguiente a su entrada en vigencia, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptará todas las medidas que sean necesarias para que el curso de formación judicial sea exigible, con los alcances que esta ley indica, a partir del 1º de enero de 1997.

Art. 161 REQUISITOS ADICIONALES PARA EL DESEMPEÑO DE CARGOS DE EMPLEADOS DE CARRERA EN LA RAMA JUDICIAL. Para ejercer los cargos de empleado de la Rama Judicial en carrera deben reunirse, adicionalmente a los señalados en las disposiciones generales y a aquellos que fije

la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre experiencia, capacitación y especialidad para el acceso y ejercicio de cada cargo en particular de acuerdo con la clasificación que establezca y las necesidades del servicio, los siguientes requisitos mínimos:

1. Niveles administrativo y asistencial: Título de abogado o terminación y aprobación de estudios de derecho.
2. Nivel profesional: Título profesional o terminación y aprobación de estudios superiores.
3. Nivel técnico: Preparación técnica o tecnológica.
4. Nivel auxiliar y operativo: Estudios de educación media y capacitación técnica o tecnológica.

Parágrafo 1º Cuando se trate de acceder a los cargos de empleados de carrera por ascenso dentro de cada uno de los niveles establecidos en este artículo, la experiencia judicial adquirida en el cargo inmediatamente anterior se computará doblemente. Este cómputo no tendrá efectos salariales.

Parágrafo 2º La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura determinará los casos en que, por tratarse de despachos judiciales situados en provincias de difícil acceso, puedan vincularse a cargos de empleados personas sin los títulos académicos mínimos señalados en este artículo.

Art. 162 ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCION. El sistema de ingreso a los cargos de Carrera Judicial comprende las siguientes etapas:

Para funcionarios, concurso de méritos, conformación del Registro Nacional de Elegibles, elaboración de listas de candidatos, nombramiento y confirmación.

Para empleados, concurso de méritos, conformación del Registro Seccional de Elegibles, remisión de listas de elegibles y nombramiento.

Parágrafo. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a lo dispuesto en la presente ley, reglamentará la forma, clase, contenido, alcances y los demás aspectos de cada una de las etapas. Los reglamentos respectivos deberán garantizar la publicidad y contradicción de las decisiones.

Art. 167 NOMBRAMIENTO. Cada vez que se presente una vacante en cargo de funcionario, la entidad nominadora comunicará la novedad, a más tardar dentro de los tres días siguientes, a la correspondiente Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional de la Judicatura, según el caso. Recibida la lista de candidatos, procederá al nombramiento dentro de los diez días siguientes.

Tratándose de vacantes de empleados, el nominador, a más tardar dentro de los tres días siguientes, solicitará a la Sala Administrativa del Consejo Superior o Seccional que corresponda, el envío de la lista de elegibles que se integrará con quienes ocupen los primeros cinco lugares en el correspondiente registro de elegibles, previa verificación de su disponibilidad. La Sala remitirá la lista dentro de los tres (3) días siguientes y el nombramiento se hará a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes.

Y en cuanto a otras normaciones relativas dispuso :

Art. 204 Normas sobre Carrera judicial. Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, continuarán vigentes, en lo pertinente el Decreto Ley 052 de 1987 y el Decreto 1660 de 1978, siempre que sus disposiciones no sean contrarias a la Constitución Política y a la presente ley. "

De conformidad con la normatividad arriba transcrita, se infiere :

Que en la administración ¿en general- existen los empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de elección popular, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la ley. (Art. 125 C. P.)

Y, en la administración judicial existen los "empleos" de carrera, período y libre nombramiento y remoción; a su vez, la legislación contempla diferentes clases de nombramientos respecto de ellos.

Que para "acceder" a los empleos de carrera, según la Constitución y la ley, se requiere, además de satisfacer los requisitos exigidos para cada cargo en particular, haber superado satisfactoriamente el proceso de selección (concurso de méritos, conformación del Registro Seccional de Elegibles, remisión de la lista de elegibles, y nombramiento), y aprobado las evaluaciones previstas por la ley.

Ahora, en cuanto a los empleos de carrera judicial, fuera de los requisitos generales, se debe superar satisfactoriamente el proceso de selección y aprobado las evaluaciones previstas por la ley. (Art. 160 Ley 270 de 1995)

Que las formas de "nombramiento" previstas en la ley para los empleos estatales tienen en cuenta la calidad del empleo (de elección, de período, de carrera, de libre nombramiento y remoción, etc.)

Y en cuanto a los empleos de carrera judicial la ley contempla los nombramientos en propiedad, en provisionalidad o en encargo. (Art. 132 Ley 270 de 1995), de la siguiente manera :

El nombramiento en propiedad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente (desde el punto de vista de la carrera) y la persona haya superado las etapas del proceso de selección; también se aplica en caso de traslado. (Art. 132-1 Ley 270 /95)

El nombramiento en provisionalidad se da cuando el empleo se encuentra vacante definitivamente (desde el punto de vista de la carrera) hasta que se pueda hacer la designación por el sistema de concurso (lo que hace relación a la facultad nominadora y no al derecho de permanencia del nombrado en esta condición); dicho nombramiento no puede exceder de seis meses. También opera en caso de vacancia temporal, cuando no se hace el nombramiento por encargo o esta clase de vacancia sea superior a un mes. (Art. 132-2 Ley 270 /95)

El nombramiento en encargo se realiza en un funcionario o empleado que se desempeñe otro cargo en propiedad, cuando las necesidades del servicio lo exijan, hasta por un mes, prorrogable hasta por un período igual.

Al vencer este término, se procederá al nombramiento en propiedad o provisional, según sea el caso y conforme a las normas aplicables. (Art. 132-3 Ley 270 /95)

Que para la "permanencia" de los empleados de carrera escalafonados, la normatividad establece evaluaciones periódicas y su remoción en caso de calificación insatisfactoria, fuera de las otras formas de desvinculación. La ley no consagra estabilidad para el personal sin escalafón que desempeña cargos de carrera judicial.

La jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Sobre el particular, cada Subsección de la Sección Segunda de esta Corporación, tiene una posición encontrada respecto de la otra, así:

La Subsección "A", en algunas providencias ha considerado que los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública y en ejercicio de empleos de carrera judicial, gozan de una estabilidad restringida, pues para su desvinculación debe mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso.

La Subsección "B" ha venido sosteniendo, que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio mediante concurso de méritos, y que, por ende, están sujetos al ejercicio de la facultad discrecional por parte de la autoridad nominadora, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.

Que la provisión de los cargos en provisionalidad (lo que tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto), no implica que la persona provisionalmente designada no pueda ser removida del servicio hasta que se produzca el nombramiento previsto legalmente. "Si quien desempeña un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aun no puede proveer el cargo definitivamente o en propiedad, [...], lo puede hacer, igualmente, en provisionalidad".

Ahora, esta Sección Segunda, teniendo en cuenta la normatividad señalada y atendiendo a la necesidad de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el tema, considera :

El efecto del nombramiento en provisionalidad en cuanto a la estabilidad en el empleo

Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo.

Se resalta que cuando el art. 132-2 de la Ley 270 de 1996 regla el nombramiento en provisionalidad judicial, hay que entender que esta facultad la tiene el nominador "hasta tanto se pueda hacer la designación mediante el respectivo concurso de méritos, .." y no significa que una vez hecho esta clase de nombramiento el designado obtenga "estabilidad" en el empleo hasta cuando sea reemplazado por la vía del concurso, ni que el Nominador pierda la facultad citada en ese evento. La norma legal no puede entenderse como otorgante de una estabilidad que solo existe para el personal de carrera, en cuanto se cumplan los requisitos constitucionales y legales para el ingreso y desempeño de esa clase de empleo.

En estas condiciones, se considera que para los empleos judiciales no es posible reconocer una estabilidad al empleado nombrado en provisionalidad.

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.

De otro lado, si de conformidad con los cánones legales aplicables a la carrera en la Rama Judicial, mientras se provee el empleo de carrera mediante concurso, dicho cargo se puede proveer con nombramiento en provisionalidad, esta circunstancia no implica que quien en esta forma ocupe el cargo quede bajo el gobierno de las normas que reglamentan el retiro del personal de carrera, porque así no lo dispuso la ley. Y no es posible acudir a normas extrañas a la Rama Judicial para llegar a conclusiones en materia de la carrera propia de esta Jurisdicción.

Admitir lo contrario, conllevaría a conferirle, si no el estatus de empleado de carrera a quien se halla nombrado en provisionalidad, sí las

garantías propias de tal condición, lo cual se opone a la preceptiva constitucional, pues ello implica un acceso automático a los derechos de la carrera judicial, lo que solamente puede ser el resultado de haber accedido al empleo mediante el sistema de concurso.

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

3º.) El caso sub-lite

La situación fáctica. Al respecto se encuentra:

-) Que, de conformidad con la Res. 004 de 17 de marzo del año 1995, la actora, desde esa fecha, ejercía en provisionalidad por vacancia absoluta del empleo, el cargo de Asistente Jurídica Grado 19 en el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Palmira (Fls 6 a 8 del exp.).

-) Que la demandante se inscribió en el concurso de méritos para empleados de carrera judicial en el cargo de Asistente Jurídico de Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Grado 19, siendo admitida por Res. 001 de mayo 15 de 1995.

-) Que el 17 de mayo de 1997 la accionante presentó prueba de conocimientos y aptitud en la cual obtuvo una calificación de 353.06 puntos.

-) Que la Res. No. 420 de junio 23 de 1998 del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, determinó que el registro de elegibles estaría conformado por las personas que obtuvieron un puntaje igual o superior a 600 puntos, razón por la cual el nombre de la actora no hizo parte de la lista de elegibles (Fl. 18 cuaderno 2).

-) Que la accionante, fue calificada satisfactoriamente en el período 1997-1998.(Fls. 6, 7, 8, y 5).

-) Que por Res. No. 007 de julio 31 de 1998, la Juez declaró insubsistente el nombramiento de la parte actora, a partir de la fecha y sin motivación alguna. (Fl. 2).

Análisis del caso sub-examine

Sea lo primero destacar que la actora accedió al servicio mediante nombramiento en provisionalidad al cargo del cual fue declarada insubsistente ¿Asistente Jurídico Grado 19- no a través del sistema de concurso, razón por la cual, no le asiste el fuero de inamovilidad propio de quienes ingresan al servicio por este medio.

Recuerda la Sala que la accionante se inscribió y participó en el concurso de méritos para proveer el cargo de Asistente Jurídico de Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Grado 19, siendo admitida por Res. 001 de mayo 15 de 1995, pero como su calificación fue inferior a 600 puntos, no hizo parte de la lista de elegibles para la provisión del cargo por la vía de la carrera judicial (Fl. 8).

Se agrega que la permanencia del servidor público en el cargo por encima del término previsto en la ley, NO le genera a éste ningún derecho de inamovilidad, ni al nominador la obligación de motivar el acto de insubsistencia, pues tal circunstancia carece de la virtualidad para modificar la condición que legalmente tenía la demandante, cual es la de estar nombrada en provisionalidad, sin ninguna clase de Estabilidad relativa. Lo contrario sería aceptar que la servidora judicial goza de las garantías de carrera, sin estar así señalado en la ley.

Las consecuencias de la vinculación en provisionalidad y la desvinculación del servicio.

Cabe aquí reiterar, que la provisión de los cargos de carrera judicial, mediante el nombramiento en provisionalidad, tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto ¿concurso de meritos-, sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente, porque así no lo consagra la ley. La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe.

Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Entonces, si quien ejerce un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, bien puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aun no puede proveerse el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.

Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables.

Ahora bien, esta clase de servidores públicos (nombrados en provisionalidad) no están exentos de ser removidos a través del ejercicio irregular de la facultad nominadora, v. gr., con desviación de poder, evento en el cual pueden, mediante la respectiva acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandar el acto de su remoción, pues, las causales de nulidad afectan los actos de remoción tanto del personal de carrera como de quienes no tienen estabilidad.

En el sub-lite se tiene que como la demandante, según se anotó, se hallaba nombrada en provisionalidad, por consiguiente, no puede tener los derechos del personal escalafonado que ha ingresado al servicio mediante concurso de méritos, ni puede someterse su remoción a las causales legales establecidas para este personal, como tampoco a las formas, requisitos y recursos que para ellos consagra el ordenamiento jurídico.

No es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de INDEBIDA MOTIVACIÓN, ni que esté incurso en la causal de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque, como ya se dijo, la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos es para el personal de carrera. Ahora, el juez en ejercicio del control de legalidad de un acto administrativo, al hacer las confrontaciones del caso, so pretexto de interpretar la normatividad, no puede extender al personal no escalafonado los derechos, requisitos, y procedimientos que la ley ha consagrados para los servidores públicos de carrera; pero, si lo hace, invade la competencia del Legislador, que tiene la facultad configuradora en esta materia.

En esas condiciones, no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, luego las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y, por ende, el proveído impugnado deberá ser confirmado.

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

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia de 27 de noviembre de 2000, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Exp. No.1998-1834, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda instaurada por MARÍA NELSSY REYES SALCEDO, contra la Nación ¿ Rama Judicial ¿ Administración Judicial.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha precitada.

ANA MARGARITA OLAYA FORERO
ALBERTO ARANGO MANTILLA
ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO

TARSICIO CÁCERES TORO
JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE
NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA

ENEIDA WADNIPAR RAMOS

Secretaria

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 20:02:12