

**RODRIGO GUERRERO ROBAYO**

**LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO DE LOS  
EMPLEADOS QUE OSTENTAN NOMBRAMIENTO TEMPORAL Y EL LÍMITE  
DE LA ADMINISTRACIÓN FRENTE AL PRINCIPIO DE LA ESTABILIDAD  
LABORAL**

**Maestría en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo**

**Bogotá D.C., Colombia  
2020**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO DEL TRABAJO**

<b>Rector</b>	<b>Dr. Juan Carlos Henao Pérez</b>
<b>Secretaria General</b>	<b>Dra. Martha Hinestroza Rey</b>
<b>Decana de Derecho</b>	<b>Dra. Adriana Zapata G.</b>
<b>Director Departamento Derecho Laboral</b>	<b>Dr. Jorge Eliecer Manrique V.</b>
<b>Directora de Tesis</b>	<b>Dra. Claudia Ortiz Cabrera</b>
<b>Examinadores</b>	<b>Dra. Luisa Fernanda Rodríguez</b>

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco de manera especial y sincera a la doctora Claudia Ortiz, docente de la Universidad Externado de Colombia, por aceptar ser la directora de esta tesis. Su diligente asesoría, orientación y paciencia para guiar mis ideas han sido un aporte invaluable en mi formación como investigador. Nuestras reuniones de análisis enriquecieron no solo mi trabajo, también mi vida personal.

De igual manera, agradezco a mis padres, Rodrigo Julián Guerrero Benavidez y María Giomar Robayo Portilla, y a mi hermana, Luz Myriam, por enseñarme a conocer a Dios y el valor de la filosofía en la vida del ser humano, para continuar el camino que me lleve a la felicidad. Así mismo a mi novia Yovana Jiménez por su paciencia en este trabajo.

Muchas gracias a ustedes. ¡Qué Dios los bendiga siempre!

## CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>GLOSARIO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. LA ESTABILIDAD LABORAL.....</b>	<b>11</b>
1.1 Definición de estabilidad laboral.....	11
1.2 Principios de la estabilidad laboral.....	14
1.3 Limitaciones a la estabilidad .....	23
1.4 Clases de estabilidad laboral .....	26
1.5 Normativa internacional relacionada con la estabilidad laboral.....	28
1.6 La estabilidad laboral en la Constitución Política.....	34
<b>2. NATURALEZA JURÍDICA, CONSTITUCIONALIDAD Y ESTABILIDAD LABORAL EN EMPLEOS TEMPORALES Y EN LOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA PROVISTOS CON SERVIDORES NOMBRADOS PROVISIONALMENTE .....</b>	<b>39</b>
2.1 Naturaleza jurídica de los empleos de carácter temporal .....	39
2.2 Revisión de la constitucionalidad de los empleos de carácter temporal.	47
2.3 Estabilidad en empleos temporales .....	49
2.4 Naturaleza jurídica de los empleos de carrera administrativa provistos con servidores nombrados provisionalmente .....	53

2.5 Revisión de la constitucionalidad de los empleos de carrera administrativa provistos con servidores nombrados provisionalmente .....	55
2.6 Estabilidad en empleos de carrera administrativa provistos con servidores nombrados provisionalmente .....	58

**3. RETIRO DEL SERVICIO EN LOS EMPLEOS TEMPORALES Y EN LOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA PROVISTOS CON SERVIDORES NOMBRADOS PROVISIONALMENTE ..... 61**

3.1 Regulación constitucional .....	61
3.2 Algunas causales generales de retiro del servicio .....	62
3.3 Normativa acerca de las causales de retiro .....	64
3.4 Insubsistencia del nombramiento de los empleados vinculados en empleos temporales .....	77
3.5 Insubsistencia del nombramiento de los empleados vinculados mediante nombramiento provisional .....	82

**CONCLUSIONES.....92**

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....96**

## INTRODUCCIÓN

El presente documento guarda importancia en el entendido de que, a pesar de contar con una normativa relativamente clara relacionada con las causales de retiro de los servidores públicos; en Colombia, los funcionarios encargados de aplicarla, y que cuentan con la competencia legal y funcional para nombrar y remover a sus servidores, no la aplican o lo hacen de manera equivocada, generando demandas contra el Estado. Según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (28, mayo, 2019), para el cierre del primer trimestre de 2019 existían 406.358 procesos en contra de la nación, por una cuantía de \$385,94 billones, de los cuales 653 corresponden a cuantías indexadas, que suman \$110.435.001.864.

La declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los servidores que ostentan empleo temporal de los diferentes órdenes y jerarquías, por fuera del marco legal o jurisprudencial, se ha convertido en un problema de congestión para la Jurisdicción Contencioso Administrativa, encargada de tramitar los procesos laborales de los que hace parte un empleado público. Esto se debe a que un gran porcentaje de los procesos que cursan en la jurisdicción tienen como pretensión principal la nulidad de actos administrativos tendientes a solicitar el reintegro de los empleados temporales, por considerar que dichos actos son ilegales.

Además, cuando sus nombramientos son declarados insubsistentes sin el lleno de los requisitos legales o jurisprudenciales, se afectan los derechos laborales de los empleados públicos, causando perjuicios no solo para el trabajador, sino para su familia, al impactarse principios como el del mínimo vital y móvil y el de estabilidad laboral en el empleo.

Entonces, el problema jurídico a resolver en el presente trabajo consiste en determinar cuál es el grado de estabilidad de los empleados públicos que

desempeñan empleos temporales y el límite de la Administración frente al principio de la estabilidad laboral.

Como objetivo general se fijó determinar el grado de estabilidad de los empleados públicos que desempeñan cargos temporales y establecer si la jurisprudencia relacionada con la estabilidad de los servidores que ostentan nombramiento provisional puede hacerse extensiva a los primeros. Para resolverlo se analiza la normativa vigente, la doctrina, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, con relación a la estabilidad laboral de los empleados públicos que se desempeñan provisionalmente.

Para llevar a cabo este propósito se analiza en primera medida el estudio conceptual de la estabilidad laboral y de algunas causales generales de retiro que contempla la Ley 909 de 2004, profundizando en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de los empleados provisionales y los de empleados temporales. Asimismo, se estudian algunos conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública, del Consejo de Estado y de la Comisión Nacional del Servicio Civil —CNSC—, que aclaran algunos ítems relacionados con la estabilidad laboral de los servidores provisionales y de quienes ostentan nombramiento temporal.

El presente trabajo está constituido por tres capítulos. En el primero, se describe y analizan la doctrina y la normativa relativa a la estabilidad laboral y alguna jurisprudencia sobre la misma, para definirla, establecer sus principios y limitaciones y las clases de estabilidad laboral; en el segundo, se representa y examina la naturaleza jurídica, la constitucionalidad y estabilidad laboral de los empleos temporales y de carrera administrativa provistos con servidores nombrados provisionalmente; para terminar, con un tercer capítulo, en donde se expone la regulación constitucional y aquella relacionada con las causales de retiro, se analiza la insubsistencia del nombramiento de los empleados nombrados provisionalmente,

así como la de los vinculados en empleos temporales y se emiten las conclusiones respectivas.



## GLOSARIO

**ACTO ADMINISTRATIVO:** “[...] Según el concepto doctrinal y jurisprudencial tradicionalmente reconocido, se entiende por acto administrativo la expresión de voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de sus funciones administrativas, que modifique el ordenamiento jurídico, es decir, que por sí mismo cree, extinga o modifique una situación jurídica [...]” (Consejo de Estado, Auto de Sala Unitaria, Sección Primera, exp. 3195, 1995).

**CARRERA ADMINISTRATIVA:** De acuerdo con el tratadista Jairo Villegas Arbeláez (2016a), se trata de una institución jurídica que sirve para lograr un Estado eficaz, buscar un buen servicio para la sociedad, y la profesionalización o estabilidad de los empleos públicos, mediante un sistema que regula deberes y derechos de las personas que lo adquieren, a través del cual, el ingreso y los consecuentes ascensos se da mediante el principio del mérito.

**EMPLEO:** “[...] Legalmente, se entiende por empleo el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser atendidos por una persona natural, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública [...]. [Dec.-Ley 2400, 1968, art. 2º; Dec.-Ley 1042, 1978, art. 2º, inc. 1º; Ley 909, 2004, art. 19].” (Villegas Arbeláez, 2016a, p. 375).

**ENCARGO:** “[...] Derecho que tienen los empleados de carrera, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, a ocupar tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente o en su defecto satisfactorio. [...]”. (Ley 909, 2004, art. 24 modificada por la Ley 1960, 2019, art. 1º).

ESTABILIDAD LABORAL: De acuerdo con Villegas Arbeláez, en su obra *Derecho Administrativo Laboral 1* (2016a), representa: “[...] El derecho de permanencia de quien trabaja, mientras subsista la materia de la relación del trabajo y no se la aduzca y compruebe una justa causa de terminación de la relación de trabajo”. (p. 296).

SENTENCIA: Según el diccionario de la Real Academia Española (s.f.), sentencia definitiva es “aquella en que el juzgador, concluido el juicio, resuelve finalmente sobre el asunto principal declarando, condenando o absolviendo”.

SERVIDORES PÚBLICOS: De acuerdo con el artículo 123 de la Constitución de 1991 son: “[...] Los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios [...]”.

SITUACIONES ADMINISTRATIVAS: En la legislación vigente no existe una definición, pero Diego Younes Moreno, en *Derecho Administrativo Laboral* (2013), afirma que se pueden entender “[...] como las diversas modalidades que toma la relación de servicio de derecho público. Las enumera el artículo 18 del Decreto-Ley 2400 de 1968, y las complementa el Decreto Reglamentario 1950 de 1973, que incluye también como situaciones administrativas las vacaciones y la suspensión en el ejercicio de las funciones, previstas, la primera como prestación social, y la segunda bien como sanción o bien como medida cautelar en los procesos disciplinarios [...]” (p. 357).

## 1. LA ESTABILIDAD LABORAL

En el presente capítulo se describe y analiza la doctrina relativa con la estabilidad laboral y, en algunos casos, la jurisprudencia sobre la misma, así como la normativa internacional y la de la Constitución Política relacionada con esta figura, para establecer su definición, sus principios, limitaciones y clases, y así emitir una conclusión general acerca del grado de estabilidad de los empleados públicos que desempeñan empleos temporales.

### 1.1 DEFINICIÓN DE ESTABILIDAD LABORAL

Sobre la estabilidad laboral, dice Jairo Villegas Arbeláez, en *Derecho Administrativo Laboral (2016a)*: “[...] Genéricamente, corresponde al derecho de permanencia de quien trabaja, mientras subsista la materia de la relación del trabajo y no se le aduzca o compruebe una justa causa de terminación de la relación de trabajo” (2006<sup>a</sup>, p. 295).

Según el profesor Diego Machado Arias (2013), la estabilidad laboral se evidencia cuando los servidores de carrera administrativa tienen la garantía de permanecer en sus cargos. Este concepto se sustenta en una doble vía; por un lado, porque para el Estado es fundamental contar con servidores públicos idóneos, con la formación académica y la experiencia necesarias para cumplir con los objetivos que señala cada plan de Gobierno cuatrienal, de acuerdo con la naturaleza y funciones de las diferentes entidades públicas y, por otro, en virtud del goce de un salario, con el que los funcionarios puedan mejorar su calidad de vida y la de su familia.

Para el caso de los servidores públicos, lo anterior se explica en que mientras subsista la causa que dio origen a la relación laboral, entre otras: el cargo no haya sido suprimido, las funciones del mismo estén vigentes, o no opere ninguna de las

causales de retiro que establece la Ley 909 de 2004, en su artículo 41<sup>1</sup> —como se desarrollará posteriormente—, el servidor deberá tener estabilidad en el empleo. Esto, claro está, dependiendo de la clasificación de los empleos públicos establecidos por el artículo 1° de la Ley 909 de 2004<sup>2</sup> —el que será sujeto de ampliación en el tercer capítulo—.

Es decir, la aplicación del principio de estabilidad laboral está sujeto a la clase de empleo que ostente el servidor público, según lo señalado en la norma precedente: de carrera, libre nombramiento y remoción, período fijo y temporal; así como a la atención legal de alguna de las causales de retiro o situación excepcional, como puede ser el caso de las mujeres en estado de gestación o de los servidores próximos a pensionarse —circunstancias que se ampliarán en los capítulos siguientes—.

---

<sup>1</sup> *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;
- n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Parágrafo 1°. *Inexequible.*

<sup>2</sup> [...] 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 [...].

Por su parte, en Sentencia T-320 de 2016, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente frente al concepto de estabilidad laboral:

[...] (i) El derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz [...].

Con lo anterior, es posible afirmar que la estabilidad laboral es el derecho que tiene el trabajador para permanecer en el empleo siempre y cuando no se establezca una causal de retiro legalmente contemplada; para el caso de los servidores públicos, las enmarcadas en la Ley 909 de 2004, que el servidor no se encuentre en situación de vulnerabilidad manifiesta o que se autorice la terminación de la relación laboral por autoridad competente. De efectuarse el despido con violación de estos requisitos, este se tornaría ilegal, caso en el cual, el servidor estaría facultado para accionar ante el Contencioso Administrativo, procurando la nulidad de los actos administrativos de retiro.

En resumen, para quien adelanta este estudio, la estabilidad laboral es el derecho que tiene todo servidor público para permanecer en el empleo, siempre y cuando el objeto del mismo, para lo cual fue vinculado, se mantenga incólume y que no opere alguna de las causales de retiro contempladas en la ley.

## **1.2 PRINCIPIOS DE LA ESTABILIDAD LABORAL**

### **1.2.1 Definición.**

La tratadista Clara Dueñas Quevedo (2009) frente al principio de la estabilidad laboral menciona que la garantía de la estabilidad en el empleo se enmarca dentro de lo normado en el artículo 53, así como en el artículo 125 de la Constitución Política.

Este principio ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional “[...] como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación de su desempeño, no será removido del empleo [...]” (Corte Constitucional, Sent. C-479, 1992).

Uno de los objetivos para lograr el principio de la estabilidad laboral, lo constituye el establecimiento de la carrera administrativa, como sistema favorable para buscar la eficiencia y eficacia en el servicio estatal y, por ello, para conseguir los fines primordiales del Estado Social de Derecho (Const., 1991, art. 2º)<sup>3</sup>, se hace indispensable que el mérito sea la principal fuente en el acceso a los cargos públicos. De manera que los fines propios de la carrera administrativa resultan quebrantados cuando el Estado pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo o desconoce su estabilidad como presupuesto indispensable para que opere el sistema.

Sobre los principios de la estabilidad, sus limitaciones y las clases de estabilidad, se encontró que el único doctrinante que aporta en este sentido es Villegas Arbeláez (2016a), quien los trata en su obra, entre los cuales menciona:

---

<sup>3</sup> *Artículo 2º.* Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

### 1.2.2. Principio de la primacía de la realidad.

Constituye el principio, según el cual, el hecho subjetivo de la subsistencia en el trabajo prevalece sobre el subjetivo de la voluntad contractualista o la discrecional del nominador. Este ha sido ampliamente desarrollado por las Altas Cortes de Colombia, en especial por la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, la Sección Segunda del Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

Precisamente, la Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, extrajo los antecedentes del contrato realidad, que se cita textualmente:

[...] Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, *para que aquel se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.*

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales —contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo— se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, *el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de*

*servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la Administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la Administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. (Destaca la Sala)*

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios *puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador*, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación [...]. (Resalta la Sala)

A juicio de quien escribe, esta posición de la Corte Constitucional es la más acertada, tratándose de proteger derechos de los contratistas a quienes en ciertas ocasiones se les vulneran garantías de índole laboral, como el pago de prestaciones sociales a las que en realidad tienen derecho, al ser contratados bajo continua subordinación del empleador, pagándoles mes a mes por la prestación del servicio. Con este fallo la Corte deja clara la diferencia entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios y, en cada caso, cuándo opera y cuándo no el pago de prestaciones sociales, al demostrarse la existencia de los tres elementos de la



relación laboral.

En reciente sentencia de unificación (Corte Constitucional, Sent. SU-040, 2018), el máximo tribunal constitucional, al estudiar un caso sobre un supuesto contrato realidad y de estabilidad laboral, donde se ordena el pago de prestaciones a la accionante que tuvo una relación contractual mediante un programa de inclusión de personas en condición de discapacidad, previsto en el plan de desarrollo de la Alcaldía de Bogotá, dio por probado que se configuró un verdadero contrato de trabajo, dado que debía desarrollar su función cumpliendo turnos, acorde con instrucciones impartidas y subordinación de la entidad empleadora y en ejercicio de una labor misional.

La novedad de este fallo consiste en que, si bien se da por probada la relación laboral con la administración distrital (principio de la primacía de la realidad), la Corte determinó que la estabilidad laboral no opera en los casos en los que la vinculación se produce en ejercicio de una política pública de inclusión social y, por esta causa, la situación de discapacidad de la persona es determinante para la firma del contrato, por cuanto no existe discriminación negativa en el desarrollo o terminación de la relación laboral.

En este caso, para el autor de esta monografía, la postura de la Corte es acertada, en la medida en que los programas especiales creados por los Gobiernos nacional o distrital en beneficio de la población con discapacidad tienen una duración determinada, normalmente comprendido por el período cuatrienal del presidente, alcalde o gobernador. No se debe ampliar una estabilidad laboral a servidores que no la tienen, pues la misma deviene únicamente de la duración del programa específico de inclusión, el cual, una vez finalizado, tiene como consecuencia obvia la terminación de la relación contractual con la entidad.

Por otro lado, de la sentencia del Consejo de Estado (Sección Segunda, Subsección

A, Rad. 05001-23-31-000-2002-04865-01 [1923-12], 2015), donde se analiza un caso de contrato realidad, se concluye que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual puede incluir el cumplimiento de un horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones o tener que reportar informes sobre sus resultados, lo cual no significa que exista el elemento de subordinación.

El anterior fallo no es compartido en este trabajo, habida cuenta de que una de las formas de probar el elemento de subordinación es precisamente el cumplimiento de un horario, como en varias ocasiones lo ha manifestado la Corte Constitucional. Además, el hecho de que el contratista reciba orientaciones del contratante constituye una clara manifestación de la existencia de contrato laboral, que incluye la relación de dependencia, a diferencia del contrato de prestación de servicios, donde existe plena autonomía e independencia del contratista con relación al contratante. Al perderse la autonomía del contratista, entonces, se estaría frente a una efectiva subordinación y, por consiguiente, ante una verdadera relación laboral.

El principio de la primacía de la realidad ha sido ampliamente utilizado por las Altas Cortes del país, especialmente para evidenciar verdaderas relaciones laborales disfrazadas de contratos de prestación de servicios, a través de los cuales el Estado evade el pago de las prestaciones sociales. No obstante, aunque las mencionadas instancias han venido sosteniendo que, en virtud de este principio constitucional, se debe probar que el contratista prestó sus servicios en las instalaciones del empleador, fue sometido al cumplimiento de un horario y recibió órdenes de sus jefes inmediatos, dando ocurrencia a una relación de subordinación, que conlleva el reconocimiento de las prestaciones propias de los servidores públicos; como se observa, aún perviven posiciones como la del Consejo de Estado plasmada en la Sentencia de 2015, criterio que —se reitera— no se comparte.

### **1.2.3 Principio de continuidad o de vocación de permanencia: la relación de trabajo es de naturaleza de ejecución sucesiva e indefinida.**

Según el tratadista Villegas Arbeláez (2016a), menciona que, si la necesidad del contrato no ha fenecido, se habla de continuidad laboral. El hecho no es fijar un término del contrato o de la relación laboral, sino de analizar las verdaderas circunstancias del contrato.

Un claro ejemplo puede verse en aquellas relaciones laborales donde se fijan extremos de duración limitados de la relación legal y reglamentaria, con algunas prórrogas sucesivas, como en el caso de las plantas temporales, donde a pesar de que la planta de personal sigue vigente, en algunos casos, dan por terminados los nombramientos, por una causal diferente a la extinción misma de la planta o del deficiente desempeño del servidor, presentándose una clara violación del principio de continuidad y de la estabilidad laboral —como se verá cuando se analice la estabilidad en los empleos temporales—.

### **1.2.4 Principio de asunción de riesgos del empleador.**

El principio de asunción de riesgos del empleador determina que si el empleado fue vinculado y superó su período de prueba debe permanecer en el cargo. Frente al nombramiento en este período, la Ley 909 de 2004, establece:

*Artículo 31. Etapas del proceso de selección o concurso.* El proceso de selección comprende:

[...]

5. *Período de prueba.* La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba,

por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de la Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el registro, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral, en caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. 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 [...].

En este sentido, el funcionario público que no aprueba dicho período, una vez en firme la calificación, su nombramiento debe ser declarado insubsistente por resolución motivada del nominador o jefe del organismo respectivo, *contrario sensu*, si el servidor lo supera, adquiere derechos de carrera con las consecuentes garantías propias de dichos servidores, como el derecho a permanecer en el cargo siempre que no haya obtenido resultado no satisfactorio en alguna de las evaluaciones del desempeño laborales anuales.

### **1.2.5 Principio de protección al trabajo.**

Este principio va encaminado a buscar la debida estabilidad para balancear la diferencia económica que existe entre empleador y trabajador, lo que se explica cuando en el derecho laboral existe una vocación de protección hacia la parte más débil que, en todo caso, siempre será el trabajador. Ello es así, hasta el punto de considerar cómo este último constituye la razón de ser del derecho del trabajo.

En relación con lo anterior, es dable afirmar que el empleado siempre estará en situación de desventaja frente al empleador. De ahí que las normas promovidas por el Congreso de la República, así como las leyes reglamentadas por el Estado, deben dirigirse a garantizar los derechos de los más débiles de la relación laboral. Por ello, es indispensable que este principio esté en armonía con el principio de progresividad, el cual implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos laborales se ve restringida, al menos en un aspecto, y todo retroceso frente a la protección alcanzada es constitucionalmente equívoco, puesto que contradice el mandato de progresividad.

#### **1.2.6 Principio de efectividad del derecho del trabajo.**

Dado que resultarían ineficaces las garantías laborales, como salarios y prestaciones, entre otras, si el funcionario no puede acceder a ellas en virtud del despido.

Por consiguiente, al finalizar una relación laboral, a consecuencia de la declaratoria de insubsistencia, como una causal de retiro del servicio, el servidor entra en una situación crítica, al quedarse sin el mínimo vital, entendido este como un derecho de categoría fundamental, reconocida como tal desde el año 1992 (Corte Constitucional, Sent. T-426, 1992).

Así, en forma repetida, la máxima instancia constitucional ha consagrado el mínimo vital como un derecho que procede de los principios del Estado Social de Derecho, la dignidad humana y la solidaridad, en concordancia con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta<sup>4</sup>.

Es clara la afectación de los derechos laborales de un servidor cuando pierde su empleo, pues se ven menoscabados sus derechos y los de su familia, al ser el empleo propiamente dicho la única fuente de manutención del entorno familiar. De ahí la importancia del derecho a la estabilidad laboral como principio de rango superior para lograr los fines de un Estado Social de Derecho.

### **1.2.7 Principio de la realización de la justicia social.**

Este concepto de justicia social deviene del siglo XIX para referirse a la necesidad de lograr una división equitativa de los bienes sociales. Esto sumado a que la certidumbre en el empleo conlleva a una estabilidad laboral y por ende social.

La idea de que justicia equivale a paz y la conciencia de ello en los individuos es todo componente de un sistema social justo, por ello, se hace necesario encontrar un balance de las diferencias sociales en protección de los menos favorecidos, dando a la justicia la categoría de equidad, como preocupación social para el ser humano y por ende de la sociedad. Problemas relacionados con la inequidad, como el desempleo, promueven el uso de la violencia para evitar situaciones consideradas socialmente injustas. De ahí la necesidad de normalizar las relaciones laborales, como las presentadas en los contratos de prestación de servicios, así como la

---

<sup>4</sup> Cfr, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-005 de 1995, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz; T-015 de 1995, magistrado ponente Hernando Herrera Vergara; T-144 de 1995, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell; T-198 de 1995, magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero; T-500 de 1996, magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell; T-284 de 1998, magistrado ponente Fabio Morón; SU-062 de 1999, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

procura que los empleos de carrera administrativa sean provistos por funcionarios que ingresen por mérito a través de los concursos que realiza la Comisión Nacional del Servicio Civil, evitando así la provisionalidad como factor de desestabilidad laboral.

Los principios relacionados son normas jurídicas que sirven para solucionar casos concretos. En términos generales, ningún principio pesa más que otro y su aplicación y efectividad dependen del caso específico a solucionar. En su conjunto, para el derecho laboral son de suma importancia, pues constituyen la base de aplicación e interpretación de normas de rango inferior.

Ahora bien, estos principios sirven para dar solución a la problemática planteada en este trabajo, consistente en determinar el grado de estabilidad de los empleos temporales y el límite de la administración frente a este, pues los fallos proferidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la materia en cuestión surgen, en muchos casos, de la aplicación de estos principios del trabajo.

### **1.3 LIMITACIONES A LA ESTABILIDAD**

Para Villegas Arbeláez (2016a) existen unas limitaciones, unas desvirtuaciones y unas clases de estabilidad, a saber:

Respecto a las limitaciones, afirma que se predicen de los empleados de confianza especial, que para el caso de servidores públicos vendrían a ser los que ostentan cargos de libre nombramiento y remoción; dentro de los cuales están los directivos, asesores y aquellos que hacen parte del despacho de un ministerio, por ejemplo; puesto que, a juicio de quien escribe, este tipo de servidores tienen una estabilidad precaria, al poder ser removidos libremente por el nominador en cualquier momento y sin necesidad de motivar el acto administrativo, en aplicación de la facultad discrecional.

Sobre las desvirtuaciones, el autor señala que es viable desvirtuar la estabilidad si se dan aspectos tales como:

### **1.3.1 Aspecto sustancial.**

Entendida como la justa causa para dar por terminada una relación laboral, siempre y cuando guarde relación con la eficiencia del trabajador, la cual debe ser de una entidad mayor y de una gravedad suficiente.

Como se habla de empleados de confianza especial, que vendrían a ser los que ostentan cargos de libre nombramiento y remoción, la causal para desvincular a aquellos de estos servidores “ineficientes” es la consagrada en el literal a) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que señala la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción, en todo caso, por acto administrativo no motivado.

### **1.3.2 Aspecto procedimental previo.**

Hace referencia al procedimiento interno de la entidad para iniciar y llevar hasta su culminación la actuación administrativa disciplinaria. En todo caso debe estar precedida del debido proceso, consagrado en el artículo 29 constitucional y, por ende, los derechos que de él se derivan, entre otros, el de defensa y contradicción.

Este aspecto se evidencia con mayor frecuencia al interior de las entidades públicas y de la Procuraduría General de la Nación cuando se hace uso de lo normado en el literal h) del mencionado artículo 41 de la Ley 909 de 2004, por destitución, como consecuencia del proceso disciplinario; pues entraña la aplicación de lo previsto en el artículo 66 del Código Disciplinario Único, al mencionar que el procedimiento disciplinario debe aplicarse por las respectivas oficinas de control interno



disciplinario, personerías municipales y distritales, la jurisdicción disciplinaria y la Procuraduría General de la Nación.

Como se dijo, este tipo de procedimientos debe estar precedido por un debido proceso, entendido como la manifestación del Estado que busca proteger al servidor público frente a las actuaciones de las autoridades, encaminando a proteger el respeto a las formas propias del juicio. El artículo 29 de la Constitución de 1991 lo consagra expresamente: “Para toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”.

En conclusión, las situaciones de discusión que emanen de cualquier tipo de proceso requieren de una norma jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y las obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley y el reglamento interno. Respecto de los servidores públicos, la Ley 734 de 2002, por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, señala los principios rectores de la ley disciplinaria y el procedimiento que debe ser tenido en cuenta por el Ministerio Público en cabeza de la Procuraduría General de la Nación y de las oficinas de control interno disciplinario de las entidades.

Es preciso aclarar que la Ley 734 de 2002 estará vigente hasta el 30 de junio de 2021, dado que fue derogada por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario. Inicialmente, la vigencia de la Ley 734 iba hasta el 30 de mayo de 2019; sin embargo, durante el debate al Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, se introdujo el artículo 147, para prorrogar la entrada en vigencia de este estatuto hasta el 1 de julio de 2021.

#### **1.4 CLASES DE ESTABILIDAD LABORAL**

De acuerdo con Villegas Arbeláez (2016a) existen dos clases de esta figura:

#### **1.4.1 Plena.**

Esta procede por vía judicial, cuando mediante un proceso contencioso, iniciado y llevado a feliz término ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se emite un fallo que hace tránsito a cosa juzgada, con el cual se anula un acto administrativo emitido por una entidad pública, a través del cual se había declarado insubsistente el nombramiento de un servidor, y a título de restablecimiento del derecho se ordena el reintegro del mismo sin solución de continuidad, ordenando el pago de todos los salarios y prestaciones dejadas de percibir.

#### **1.4.2 Relativa.**

A su vez, la estabilidad laboral relativa puede ser propia o impropia:

**1.4.2.1 Propia:** procede cuando no se hace efectivo el reintegro, el trabajador queda en situación de disponibilidad, no presta el servicio, pero se le paga el salario.

En la realidad Colombiana es difícil que se evidencie esta clase de estabilidad, pues regularmente el pago del salario de los servidores públicos debe estar precedido de una debida prestación del servicio, así lo dispone el artículo 33 del Decreto-Ley 1042 de 1978, cuando expresa que la asignación mensual fijada en las escalas de remuneración corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales; y lo normado en el artículo 22 de la Ley 909 de 2004, que establece la ordenación de las jornadas de trabajo del sector público, los empleos de tiempo completo como regla general y los empleos de medio tiempo como excepción. De ahí que solo es viable el pago del salario al servidor que cumpla con estas condiciones.

Además, es necesario aclarar que el reintegro a un cargo es viable en la medida en que este exista en la planta de personal, si no es así, como ocurre en ciertos casos en que es suprimido, y por orden judicial se ordena el reintegro, el cargo debe ser creado previo a la restitución de quien ha de ocuparlo.

**1.4.2.2 Impropia:** cuando se le paga una indemnización en lugar de ejercer la acción de restablecimiento del derecho.

Podría acontecer en el caso de la supresión de empleos, causal que opera cuando la Administración, en uso de las facultades legales, modifica la planta de personal, bien sea para transformarla a las nuevas necesidades, para redistribuir los cargos o para eliminar algunos que no son ya necesarios. En este evento, la norma faculta a la Administración a pagar una indemnización tarifada al servidor de carrera administrativa al que se le suprime el cargo y no pueda ser incorporado a la nueva planta de personal de la entidad, caso en el cual, el funcionario tiene la posibilidad de optar por la reincorporación o la indemnización, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

Se trata entonces de una compensación económica que recibe el servidor público como consecuencia de haber sufrido un perjuicio de índole laboral, al darse por terminada la relación legal y reglamentaria que tenía con la Administración, siempre y cuando este no opte por la reincorporación o, habiendo optado por la reincorporación, esta no fuera posible.

Como se puede observar, existen varias clases de estabilidad laboral, las cuales, en muchos casos, dependen del tipo de cargo que ostente el servidor público. Frente al caso específico de quienes ostentan empleos temporales, desde ya se advierte una estabilidad relativa, como se verá con posterioridad.

## **1.5 NORMATIVA INTERNACIONAL RELACIONADA CON LA ESTABILIDAD LABORAL**

Algunas de las normas internacionales del derecho del trabajo relacionadas con la estabilidad laboral son:

### **1.5.1 Recomendación 119 de 1963 de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, sobre la terminación de la relación del trabajo.**

[...] No debería procederse a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio (2.1).

La definición o interpretación de dicha causa justificada debería dejarse a los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1.

Entre las razones que no deberían constituir una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran las siguientes:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en sus actividades fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;
- b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en dicha calidad;
- c) presentar de buena fe una queja o participar en procedimientos entablados contra un empleador por razón de violaciones alegadas de la legislación;

d) la raza, el color, el sexo, el estado matrimonial, la religión, la opinión política, la procedencia nacional o el origen social.

El trabajador que considere haber sido objeto de una terminación injustificada de su relación de trabajo debería, a menos que la cuestión haya sido resuelta de modo satisfactorio mediante los procedimientos que pudieran existir o que puedan establecerse de conformidad con la presente Recomendación en la empresa, establecimiento o servicio, tener derecho, dentro de un plazo razonable, a recurrir contra su terminación, asistido, si así lo desea, por una persona que lo represente, ante un organismo instituido en virtud de un contrato colectivo o ante un organismo neutral, tal como un tribunal, un árbitro, una junta de arbitraje u otro organismo análogo (...). (OIT, Recomendación 119, 1963)

En este punto se resalta que, en Colombia, los servidores públicos de carrera administrativa que son sujeto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento a través de resolución motivada cuentan con los recursos de que trata la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), mediante la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —CPACA—. Como normalmente este acto administrativo lo emite la máxima autoridad de la entidad, solo procede el recurso de reposición, en virtud de lo normado en el inciso 2° del artículo 2° de la citada ley<sup>5</sup>.

De igual manera, en los procesos disciplinarios de los funcionarios públicos se garantiza la defensa técnica, entendida como aquella de un profesional idóneo que garantice la protección de los derechos del disciplinado.

---

<sup>5</sup> No habrá apelación de las decisiones de los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-051 de 2016, manifestó sobre el derecho al debido proceso: “[...] Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: en primer lugar, el derecho de contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica [...]”.

Frente a las características y la naturaleza jurídica de las recomendaciones de la OIT, el doctrinante Carlos Ernesto Molina, en su obra *Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano* (2005), ha manifestado que la doctrina internacional las ha diferenciado de los convenios. De las primeras, enseña que tienen como función sobresaliente constituirse en pautas de orientación práctica de los países a la hora de aplicar un convenio que se encuentre ratificado. Sobre este último, afirma que tiene influencia sobre los Estados que lo ratifican y sus diferentes entes administrativos, llámense, para el caso de Colombia, los ministerios, legislativos, como en el evento del Congreso, y los órganos jurisdiccionales encargados de impartir justicia ante un caso en concreto.

### **1.5.2 Convenio 158 y Recomendación 166 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación del trabajo por iniciativa del empleador.**

#### **1.5.2.1 Aspecto sustantivo.**

[...] No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio [...]. (OIT, Convenio 158, 1982, art. 4°)

Como se vio anteriormente, esta normativa tiene su sustento legal en Colombia, en lo normado en el literal b) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que señala la declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado

no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa. La norma justifica dar por terminada la relación legal y reglamentaria cuando la Administración evidencia el bajo rendimiento del funcionario público, y como consecuencia en la evaluación de desempeño laboral obtiene un resultado insatisfactorio.

Por necesidades de la empresa, en el país, existe la causal denominada supresión de empleos, la cual se presenta cuando la Administración modifica las plantas de personal para ajustarla a la nueva necesidad de la entidad, para redistribuir los cargos o para eliminar algunos que ya no le resultan necesarios.

#### ***1.5.2.2 Aspecto procedimental.***

[...] No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad [...]. (OIT, Convenio 158, 1982, art. 7°)

La Organización Internacional del Trabajo prohíbe el despido injustificado y pone límites a la arbitrariedad del empleador. Respecto de los servidores públicos, estos deben atender las obligaciones y prohibiciones que establece el Código Disciplinario Único. Igualmente, señala las faltas gravísimas, en su artículo 48. No obstante, el mismo Código señala el procedimiento que deben seguir las autoridades y la propia Procuraduría General de la Nación, previo a la destitución como consecuencia de proceso disciplinario, proceso vigente en la legislación colombiana y que cuenta con las garantías constitucionales necesarias para los disciplinados, como previamente se observó.

#### ***1.5.2.3 Reintegro o indemnización.***

[...] Si los organismos mencionados en el artículo 8° del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada [...]. (OIT, Convenio 158, 1982, art. 10)

En la legislación del país, el servidor con derechos de carrera tiene el derecho preferente de ser incorporado a un empleo igual o equivalente. De no ser posible dicha incorporación, puede optar por ser reincorporado a un empleo de la misma categoría o recibir la indemnización correspondiente, según lo normado en el párrafo 2° del artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

#### **1.5.2.4 Oportunidad y causalidad.**

[...] Se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de este si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período razonable desde que tuvo conocimiento de la falta [...]. (OIT Recomendación 166, 1982, art. 10)

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 38272 del 30 de enero de 2013, con ponencia del magistrado Carlos Ernesto Molina, al tratar el denominado principio de inmediatez entre la ocurrencia de la falta y el despido del trabajador, concluyó que debe haber un término razonable entre la ocurrencia de la falta y la imposición de la sanción por parte de la entidad. En caso de que no se ejecuten las acciones necesarias para imponer la sanción con base en la causal dentro de dicho término, se entenderá que esta ha sido condonada.



Según el fallo, en estos casos no debe quedar duda de que la terminación unilateral de la relación laboral se originó por determinada conducta del trabajador, lo que le impide al empleador invocar incumplimientos indultados o faltas olvidadas como causales de un despido que tenía una motivación distinta.

Igualmente, se expresa en el fallo que los convenios de la OIT no ratificados por Colombia solo pueden ser aplicados subsidiariamente, cuando el asunto no esté regulado por la normativa interna y tales convenios puedan ser aplicados frente a un caso específico por el sistema jurídico laboral colombiano.

### **1.5.3 Carta Interamericana de la Función Pública.**

Fue adoptada en la V Conferencia de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, junio 26 y 27 de 2003.

[...] El mero cambio de Gobierno o la concurrencia de circunstancias o decisiones de exclusiva apreciación discrecional no serán, por sí mismas, causas suficientes para justificar despidos o rescisiones de empleo [...]. (Carta Interamericana de la Función Pública, 2003, art. 45).

Con lo anterior, es correcto afirmar que el poder público debe ser ejercido dentro de un marco preciso de principios y normas que derivan de las leyes vigentes, por tanto, no existe funcionario o actuación administrativa que actúe con plena libertad en el ejercicio de sus funciones, todo lo contrario, deben apegarse a las reglas expresadas en el mandato constitucional y legal.

[...] Cuando se establezca la posibilidad de despido por incapacidad manifiesta o bajo rendimiento, se crearán los mecanismos necesarios para garantizar la acreditación objetiva de tales circunstancias [...]. (Carta Interamericana de la Función Pública, 2003, art. 46)

Con lo visto, es clara la importancia de las normas internacionales del trabajo como parte de la legislación interna. No solo los convenios de la OIT, sino cualquier instrumento internacional aprobado por los países pueden ser ejercidos a sus anchas en el derecho del trabajo local. Lo que acá se denota es la influencia de estas normas internacionales al expedir las leyes internas, como en el caso específico de los empleos temporales. El artículo 21 de la Ley 909 de 2004, adicionado por el numeral 6° del Decreto-Ley 894 de 2017, constituye normas que en criterio de quien escribe guardan estrecha relación, al menos, con el Convenio 158 de la OIT.

Este punto será objeto de desarrollo y análisis cuando se trate el tema de la declaratoria de insubsistencia de los funcionarios públicos.

## **1.6 LA ESTABILIDAD LABORAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

La Carta Magna colombiana cuenta con el preámbulo y los siguientes artículos que tratan la estabilidad laboral:

[...] Asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo [...]. (Const., 1991, preámbulo)

La garantía del trabajo se puede encontrar desde el preámbulo de la constitución, donde se consagra como un derecho de todas las personas y una obligación social, que se debe ofrecer en condiciones dignas y justas. Hacia el fin es indispensable que el acceso a los cargos públicos de carrera administrativa tenga lugar en

condiciones de igualdad de oportunidades y merito, como base fundamental del ingreso, el ascenso y la permanencia en el servicio.

[...] Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo [...]. (Const., 1991, art. 1°)

La protección que brinda la Constitución Política al trabajador se expresa mediante el derecho a obtener un empleo, y a la facultad intrínseca para trabajar en condiciones dignas, ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad del trabajo desarrollado.

[...] El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas [...]. (Const., 1991, art. 25)

Todo individuo está en la libertad de escoger profesión u oficio y a recibir todas las condiciones que se requieran para que el trabajo sea digno y decente. Le corresponde al Ministerio del Trabajo, como entidad encargada de expedir las políticas públicas, velar por que el trabajo decente sea una realidad palpable ante los administrados.

[...] El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: [...].

Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, el Constituyente era consciente de la necesidad de renovar la legislación laboral del país, cuya fuente

normativa, el Código Sustantivo del Trabajo, data del año 1950. Se trata de una deuda que el Congreso de la República tiene con el pueblo colombiano desde hace veintisiete años, y que a la fecha no ha podido cumplir.

“[...] Estabilidad en el empleo [...]” (Const., 1991, art. 53). Frente al caso específico de los empleos públicos, la Constitución ordena:

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. (Const., 1991, art. 125) [...].

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 [...]. (Const., 1991, art. 125).

La Corte Constitucional, como guarda de la Constitución, mediante Sentencia C-161 de 2003, respecto a la carrera administrativa y los cargos de libre nombramiento y remoción señaló:

[...]

3.1. La Constitución Política en su artículo 125 consagró como regla general para la vinculación de los servidores públicos a los empleos en los órganos y entidades del Estado el sistema de carrera, cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. En todo caso, el propósito fundamental del

sistema de carrera es garantizar el ingreso y ascenso en los cargos públicos en condiciones de igualdad a fin de hacer efectivos los principios en que se funda el Estado Social de Derecho.

Con todo, la regla general de carrera que establece el artículo 125 de la Constitución tiene unas excepciones contenidas en la propia Carta, como son los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley. Corresponde entonces al legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado (art. 150-23 C.P.), sujeto a los parámetros consagrados en la Constitución Política, lo que significa que su competencia se encuentra limitada en el sentido de que las excepciones no pueden ser convertidas en la regla general, pues con ello se violaría no solo el principio general de la carrera administrativa, sino otros principios de orden sustantivo y derechos fundamentales que el ordenamiento superior busca proteger [...].

El inciso 4° del artículo 125 constitucional —“Declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria de servidor público”— es desarrollado por el artículo 43 de la Ley 909 de 2004, en el cual se señala el procedimiento administrativo a tener en cuenta cuando ello ocurra.

De otro lado, para contar con funcionarios calificados, se hace indispensable que la Comisión Nacional del Servicio Civil —CNSC— continúe desarrollando las convocatorias, a través de las cuales se dé cumplimiento al principio del mérito contenido en el artículo 125 de la Carta Magna<sup>6</sup>. De esta manera, asegurar que las

---

<sup>6</sup> *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

personas en igualdad de condiciones accedan a los cargos de carrera y, como resultado de los concursos públicos, puedan ingresar los mejores a los empleos del Estado, tornándose, igualmente, en un beneficio para ellos, en la medida que se les garantiza el principio de la estabilidad laboral.

Como se vio a lo largo de este capítulo, la estabilidad laboral depende del tipo de cargo que ostenta el servidor público, tal es el caso de aquellos que tienen empleos temporales que, a modo de ver del investigador, tienen una estabilidad relativa, dado que este tipo de empleos tienen una duración definida. De igual forma, es clara la aplicación de las normas internacionales del trabajo en la legislación interna, verbigracia, el Convenio 158 OIT, el cual podría ser invocado por parte de un funcionario con empleo temporal declarado insubsistente, cuando no medie una “causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (OIT, Convenio 158, 1982, art. 4°).

La estabilidad laboral es entonces de suma importancia para el servidor público, pues de ella depende su subsistencia y la de su familia. Al verse diezmada, eventualmente se vulnerarían derechos fundamentales como el mínimo vital; el derecho a la seguridad social; a la salud, al no poder pagarla; e inclusive el de la educación de los menores, que no pueden acceder a ella; entre otros. De allí que resultan trascendentes las conclusiones a las que se llegará en los capítulos segundo y tercero de este trabajo, a fin de que sirvan de guía para la no vulneración de los derechos laborales por parte de las entidades estatales.

---

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. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido. (Resaltado fuera de texto).

## **2. NATURALEZA JURÍDICA, REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y LA ESTABILIDAD LABORAL EN EMPLEOS TEMPORALES Y DE CARRERA ADMINISTRATIVA PROVISTOS CON SERVIDORES NOMBRADOS PROVISIONALMENTE**

En este capítulo se analiza la naturaleza jurídica de los empleos de carácter temporal, la constitucionalidad de los mismos, la estabilidad laboral en los empleos temporales y los de carrera administrativa provistos con servidores nombrados provisionalmente. Hacia el fin se tendrá en cuenta la normativa vigente, la doctrina y, en algunos casos, la jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional. Con esto, se podrá tener un mínimo de certeza acerca de cuál es el grado de estabilidad laboral de los servidores que tienen un empleo temporal.

### **2.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL**

Según el artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en las entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Por su parte, la Ley 909 de 2004 dispone que todos los empleos son de carrera administrativa, a excepción de los de elección popular, período fijo, libre nombramiento y remoción, temporales y de los trabajadores oficiales.

#### **2.1.1 De carrera administrativa.**

Se accede a este empleo público por concurso de méritos. La permanencia en la carrera administrativa se determina también por el mérito y se verifica con la evaluación del desempeño laboral.

### **2.1.2 De elección popular.**

El titular que ocupa el empleo de elección popular, lo hace fruto de la decisión de una mayoría, tras una contienda electoral.

### **2.1.3 De libre nombramiento y remoción.**

Son aquellos que, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, se crean para cumplir un papel directivo, de manejo, conducción u orientación institucional, encargados de adoptar políticas o directrices institucionales y que implican cierto grado de confianza, de quien tiene las responsabilidades.

### **2.1.4 Trabajadores oficiales.**

Los trabajadores oficiales son los que se vinculan a las entidades públicas mediante contrato laboral, quienes pueden negociar sus condiciones laborales mediante convenciones colectivas.

### **2.1.5 De período fijo.**

Como su nombre lo indica, los empleados ocupan los cargos por un período determinado por la Constitución o la ley. Implica que las personas designadas en estos empleos no pueden ser removidas antes de la finalización del período, salvo que se presenten situaciones extraordinarias.

### **2.1.6 Empleos temporales.**



Dentro de la clasificación anterior, también se incluyen los empleos temporales, los cuales, según el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, tienen como fin cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la Administración, desarrollar programas o proyectos de duración determinada, suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo o desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total no superior a doce meses.

Esta clase de empleos fueron creados para legalizar las llamadas “nóminas paralelas”. En la Sentencia C-614 de 2009, la Corte Constitucional se refirió ampliamente al tema, pues, según los principios constitucionales de la función pública, en las relaciones contractuales con el Estado el ejercicio de funciones permanentes de la administración pública debe realizarse con personal de planta.

En el fallo, la Corte instó a los órganos de control a acatar el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada, contenida en el artículo 2º del Decreto-Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º del Decreto-Ley 3074 de 1968, y que menciona: “[...] Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones [...]”.

Los contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la Administración se han convertido en un medio para violar las normas de derecho laboral, en la medida que mediante este tipo de contratación: (i) por un lado, se disfrazan verdaderas relaciones laborales; (ii) se evita el pago de

prestaciones sociales, y (iii) se convierte en una forma de precarización de las relaciones laborales con el Estado.

De acuerdo con datos publicados en el *Informe final de la Comisión del Gasto y la Inversión Pública, diciembre de 2017* (Bernal *et al.*; marzo, 2018), basados en la información de la Función Pública (Sigep, marzo de 2017 —contratistas—) y Colombia Compra Eficiente (Secop, diciembre de 2016), los contratistas del orden nacional son 74 149 y del orden territorial 169 278. La proporción de contratistas es más alta en la jerarquía territorial, con el 47.6% del total de empleados, frente a un 7.1% en el orden nacional, contando la totalidad de empleados, y un 24.6%, sin tener en cuenta a los maestros y la fuerza pública.

La totalidad de los contratos en el territorio nacional asciende a 243 427, mientras se registran 360 705 cargos de planta, esto quiere decir que el porcentaje de los contratistas por prestación de servicios frente al número de servidores públicos es del 67.48% (Bernal *et al.*; marzo, 2018). Ello explica la acuñación del término nómina paralela, situación que se ha querido normalizar con la creación de los empleos temporales.

El artículo 21 de la Ley 909 de 2004 consagra que las entidades pueden contemplar excepcionalmente en sus plantas empleos de carácter temporal. Su creación debe responder a una de cuatro condiciones: (i) cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la Administración; (ii) desarrollar programas o proyectos de duración determinada; (iii) suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; (iv) desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Para la creación de este tipo de empleos temporales se debe contar con el aval técnico del Departamento Administrativo de la Función Pública, y la respectiva autorización presupuestal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que garantice el pago de salarios y prestaciones sociales.

Asimismo, la norma dispone que el ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de estas listas. Para lo cual, la entidad, previo al nombramiento de los empleos, debe enviar solicitud a la Comisión Nacional del Servicio Civil —CNSC— con el fin de solicitar listas de elegibles vigentes de empleos similares y proceda a efectuar los nombramientos. Si la CNSC manifiesta que no existen estas listas de elegibles, se autoriza a la entidad proceder a efectuar un proceso de evaluación de capacidades y competencias de candidatos, que finalice con los nombramientos temporales.

El artículo 21 de la Ley 909 de 2004 fue adicionado por el numeral 6° del Decreto-Ley 894 de 2017, indicando que en el acto administrativo de nombramiento se debe especificar el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Igualmente señaló que, no obstante, antes de cumplirse dicho término, el nominador podrá declarar la insubsistencia del nombramiento cuando: (i) el servidor no cumpla las metas del proyecto, y mediante acto administrativo motivado; o (ii) darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal. El artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-527 de 2017, a excepción de las expresiones “o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación” —será objeto de desarrollo en el tercer capítulo—.

Por su parte, el Decreto 1083 de 2015, al reglamentar la Ley 909 de 2004, estableció, en su artículo 2.2.1.1.1, la definición de empleos temporales, como aquellos creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento. Generalmente, la duración de estos empleos corresponde a períodos cuatrienales, es decir, por el período de elección del mandatario nacional o local en cuyo término crean proyectos de duración definida y para lo cual se necesita la creación de estos empleos.

Con relación al régimen salarial de los empleos temporales, el artículo 2.2.1.1.2 del Decreto 1083 de 2015 dispone que debe ser el mismo que el de los servidores que hacen parte de la planta permanente de la entidad. En este sentido, debe entenderse que la nomenclatura de códigos y grados de identificación de los empleos será la misma.

De otro lado, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-288 de 2014, en la que declaró exequible en forma condicionada el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, dejó sentados los parámetros para proveer empleos temporales, manifestando que inicialmente es preciso solicitar a la CNSC las listas de elegibles y, en caso de que no existan listas, debe darse prioridad a personas que ostenten derechos de carrera, siempre y cuando cumplan los requisitos y laboren para la misma entidad, y, como última opción, estará la posibilidad de publicar en la página web de la entidad una convocatoria pública para garantizar la libre concurrencia.

La sentencia mencionada dio origen al Decreto 648 de 2017, que derogó el artículo 2.2.1.1.3 del Decreto 1083 de 2015. En tal sentido, el artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 648 menciona que, previo al nombramiento de empleos temporales, las entidades deben solicitar listas de elegibles a la CNSC, entidad que a su vez debe revisar si existen listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que

correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer.

Continuando con el procedimiento, la norma es clara al señalar que, en el evento de no existir listas, los empleos temporales se deberán proveer mediante la figura del encargo con empleados de carrera administrativa de la entidad. En este punto, es preciso aclarar que, según la Comisión Nacional del Servicio Civil (Criterio Unificado; 19, septiembre, 2017), la figura del encargo de que trata el inciso 2° del artículo 2.2.5.3.5 del Decreto 648 de 2017, bajo la cual las entidades y organismos del Estado podrán proveer en segundo orden los empleos temporales, corresponde a una de encargo especial, que difiere de la naturaleza de lo establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, por lo tanto, se requiere precisar cuáles son los requisitos que el nominador debe verificar para otorgar esta situación administrativa.

Para efectuar el encargo, las entidades, con el fin de verificar uno de los requisitos, como lo es si el aspirante posee las aptitudes y habilidades para su desempeño, pueden evaluar las capacidades y competencias de los candidatos. Estas evaluaciones generalmente se hacen a través de terceros con el fin de que sean objetivas y transparentes.

La norma también señala que en caso de que no haya servidores de carrera administrativa que puedan ser encargados, la entidad debe efectuar una publicación a través de su página web por mínimo diez días, con el fin de garantizar que los ciudadanos que cumplan requisitos se puedan postular a los cargos en igualdad de condiciones y presenten unas pruebas objetivas para que la entidad verifique el cumplimiento de las aptitudes y habilidades para el cargo.

La duración del nombramiento se determinará por lo que señale el estudio técnico y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal, que debe ser definida en el acto de designación. En la práctica, el decreto de creación de la planta, acto administrativo

de carácter general, fija la fecha límite de finalización de la planta temporal. Normalmente se señala la duración por un año y es prorrogada hasta cuando finalice el proyecto en forma definitiva. Otra cosa, es lo que se debe determinar en los actos administrativos de carácter particular y concreto, es decir, en las resoluciones de nombramiento del empleo temporal, donde la finalización del mismo debería estar atada a la duración de la planta temporal, aspecto que no siempre pasa, generando en algunos casos declaratorias de insubsistencia y el problema jurídico, sobre la estabilidad de los servidores con empleo temporal, que se pretende resolver en esta monografía.

Mediante Concepto del 16 de agosto de 2012, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente William Zambrano Cetina (Rad. 11001-03-06-000-2011-00042-00 [2105]), en respuesta a una consulta del Ministerio de Educación Nacional, respecto a la provisión de empleos de carácter temporal, indicó que lo esencial del empleo temporal es la transitoriedad, por lo que no se crea una vinculación definitiva con el Estado y, por lo tanto, este no genera derechos de carrera administrativa y su desempeño está supeditado a las labores para las que fue creado. Asimismo, resalta que se trata de un vínculo precario, que no goza del mismo grado de protección de un empleo de carrera administrativa.

Después de lo expuesto es dable concluir que el empleo de carácter temporal fue creado inicialmente para formalizar las plantas de personal antaño provistas por contratistas de contrato de prestación de servicios, de los cuales, se sabía, cumplían funciones de carácter permanente en la Administración, y en aras de mantener un mínimo de derechos laborales, figura legalmente amparada en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

En relación con los beneficios salariales y prestacionales de este tipo de empleos corresponde a aquellos previstos para los empleos de carácter permanente que rigen para la entidad.

Como se dijo, los empleos temporales entraron en vigencia con la Ley 909 de 2004, es decir, hace 14 años, y al día de hoy la figura es muy utilizada, pues se presenta como una alternativa para suplir necesidades excepcionales y transitorias. No obstante, al ser una forma de vinculación *sui generis*, otras circunstancias derivadas de un vínculo legal y reglamentario, como el derecho de sindicalización, la condición de prepensionado y la protección de la maternidad, se contraponen en ella, con la desvinculación automática al vencimiento de duración del nombramiento, poniendo en riesgo al Estado, con la posibilidad de que sea demandado, cuando se presente alguna de estas situaciones.

## **2.2 REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL**

Tal como se ha reiterado en esta monografía, la Constitución Política de 1991 señala en su artículo 125 que los empleos públicos son de carrera administrativa, con las excepciones propias que señala la ley. En lo relacionado con el acceso de los ciudadanos al servicio público, la Corte Constitucional ha estimado que:

En el Estado Social de Derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento jurídico”, lo cual, ante todo, ha de ser tenido en cuenta por el legislador. (Sent. T-406, 1992).

En este sentido, la Sentencia C-618 de 2015, proferida por el alto tribunal constitucional manifestó:

[...] En lo que toca con el acceso de los ciudadanos al servicio público la Corte ha estimado que “en el Estado Social de Derecho la carrera

administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento jurídico”, lo cual, ante todo, ha de ser tenido en cuenta por el legislador.

Contrapartida del régimen reforzado que constitucionalmente se le asigna a la carrera administrativa y de las especiales funciones hermenéuticas que le atañen en cuanto principio especial del ordenamiento, es la limitación de la facultad configurativa del legislador cuando se trata de introducir excepciones al régimen de carrera o de conferirle a algunos empleos un tratamiento jurídico distinto del correspondiente al que ha sido reconocido como regla general.

Desde luego, la propia Constitución ha reconocido algunas excepciones a la carrera administrativa y también ha facultado a la ley para que las establezca, al señalar, en su artículo 125, que se exceptúan de la carrera los cargos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”, pero esa determinación encargada al legislador, con todo y tener respaldo constitucional, se encuentra “sujeta a precisos límites”, pues la atribución “es per se limitada” [Sent. C-1177, 2001] y “para que el legislador pueda optar por un sistema de vinculación distinto al de carrera administrativa, deberá tener razones constitucionales suficientes para ello, en los términos del artículo 125 y demás normas que sean aplicables según la Entidad de que se trate” [Sent. C-532, 2006]. (Corte Constitucional, Sent. C-618, 2015)

Podemos concluir de lo anterior que la ley permite la creación de empleos de carácter temporal, lo cual debe darse bajo los parámetros legales y constitucionales



destinados para este tipo de empleos y, en consecuencia, las entidades que los crean no pueden salirse de los criterios señalados con anterioridad.

De otro lado, de lo descrito en el artículo 53 superior se puede evidenciar que esta clase de empleos se orienta a los principios previstos en la norma, como la igualdad de oportunidades para los trabajadores, pues —como se manifestó antes— gozan de los mismos beneficios salariales y prestacionales previstos para los empleos permanentes de la entidad, esto es, derecho a vacaciones, seguridad social y capacitación.

De otro lado, en este caso, las entidades tienen un gran reto y es impedir que las excepciones a los empleos de carrera administrativa, como es el caso de los empleos temporales, abarquen más derechos frente a la estabilidad laboral del que por ley les corresponde.

### **2.3 ESTABILIDAD EN EMPLEOS TEMPORALES**

Para Villegas Arbeláez (2010), la regla general es que todos los empleos sean permanentes, a excepción de los empleos temporales. Su creación depende de alguna de las siguientes condiciones, tal como lo señala el artículo 21 de la Ley 909 de 2004:

[...]

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la Administración;
- b) desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución [...].

La causal más usada por las entidades de los órdenes nacional y territorial para la creación de plantas temporales es el desarrollo de programas o proyectos de duración determinada. Por lo regular, se trata de proyectos que duran el cuatrienio del período presidencial o de alcaldía.

La creación de este tipo de plantas —recuérdese— debe tener una justificación técnica y la respectiva apropiación presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Y, el ingreso a estos empleos se hace a través de listas de elegibles dispuestas por la Comisión Nacional del Servicio Civil —CNSC—, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de la lista. De no ser posible la utilización de listas de elegibles, se autoriza a la entidad para realizar un proceso de evaluación de competencias de los candidatos, entre los cuales tendrán prelación los servidores de carrera administrativa, y posteriormente, los nombramientos temporales por el término de duración de la planta temporal, por lo general no más de cuatro años.

Para Dueñas Quevedo (2009), este tipo de empleos, según se establece del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario, es diferente a los de libre nombramiento y remoción, a los de período fijo y a los de carrera administrativa, porque se trata de una clasificación de empleos diferentes que determina la ley, creados, entre otros, para desarrollar programas o proyectos de duración determinada, como por ejemplo los cuatrienales de presidentes, alcaldes o gobernadores, los cuales, una vez finalizados, tienen como consecuencia lógica la terminación de la planta temporal y por ende la finalización automática de las

relaciones laborales. De igual forma, el autor señala que la estabilidad es precaria en razón al enunciado contenido en el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto 1083 de 2015<sup>7</sup>, según el cual, al vencimiento del término de duración del empleo temporal, quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

Es preciso aclarar que el Decreto-Ley 894 de 2017 adicionó un numeral al artículo 21 de la Ley 909 de 2004, relacionado con los empleos de carácter temporal, así:

[...]

4. El nombramiento en los empleos temporales se efectuará mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y mediante acto administrativo motivado; o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación.

De igual manera, el retiro del servicio de los empleados temporales se podrá efectuar por las causales consagradas en los literales d), h), i), j), k), m) y n) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 [...]. (Dec.-Ley 894, 2017, art. 4°)

---

<sup>7</sup> El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

De lo normado se observa que se adicionan dos nuevas causales para declarar la insubsistencia de un funcionario nombrado en un cargo temporal, por falta de cumplimiento de las metas u objetivos para la cual fue creada la planta o cuando esta no cuente con las apropiaciones presupuestales. Y, en todo caso se debe expedir acto administrativo debidamente motivado.

El Decreto-Ley 894 de 2017, a través del cual se fijaron los instrumentos para facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y construcción de una paz estable y duradera, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-527 de 2017, a excepción de las expresiones “o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación”, contenidas en el artículo 6°.

La anterior inexecutable se fundamenta en que los empleos temporales deben tener una duración determinada, por lo cual es obligatorio que antes de su creación se apropien las partidas presupuestales para pagar los sueldos de los servidores, en aras de proteger el derecho al trabajo. Por consiguiente, si el nombramiento es temporal no debería haber ajustes en los montos aprobados para su financiación.

Además, es claro que previo a la creación de una planta temporal, se requiere, entre otros: (i) que exista aval técnico o autorización por parte del Departamento Administrativo de Función Pública —DAFP— y (ii) la respectiva disponibilidad presupuestal para el pago de salarios y prestaciones. Entonces, no se entiende cómo podrían justificar la declaratoria de insubsistencia de un servidor por este aspecto, si la planta tiene una duración definida por el decreto de creación, acto administrativo que debe estar respaldado por un certificado de disponibilidad presupuestal.

Por lo tanto, antes del vencimiento del término del empleo temporal, es posible dar por terminado el nombramiento cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación del mismo, para lo cual estos servidores deberán ser sujetos de evaluación en la gestión de sus funciones y tareas a cargo.

Así entonces, se tiene que la estabilidad laboral obedece al tipo de empleo público que ostente el servidor. En términos generales, los funcionarios de carrera administrativa tienen mayor estabilidad, pues su relación legal y reglamentaria puede ser terminada por evaluación de desempeño insatisfactoria; los de libre nombramiento pueden ser removidos en cualquier tiempo, dada la discrecionalidad legal que tiene el nominador; los que son nombrados en empleos temporales dependen de la duración de la planta temporal; y los de período fijo, del término constitucional o legal previsto para su desempeño.

Para efectos de verificar la posibilidad de que ciertos criterios de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sean aplicados a casos similares, en donde se da por terminado un nombramiento hecho en un empleo temporal, es preciso revisar los casos de estabilidad de los empleos con nombramiento en provisionalidad, lo que se emprende a continuación.

## **2.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LOS EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA PROVISTOS CON SERVIDORES NOMBRADOS PROVISIONALMENTE**

Para Dueñas Quevedo (2009), de acuerdo con lo normado en el artículo 125 superior, por regla general, los empleos del Estado pertenecen al régimen de carrera administrativa; el cual, desde sus inicios, se concibió para garantizar la eficiencia y eficacia en la prestación de los servicios y funciones a cargo del Estado, con servidores, cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen la

prestación del servicio en términos de excelencia y cuyo ingreso, ascenso y retiro, estén determinados por el mérito demostrado.

Según lo normado en el primer inciso del artículo 125 constitucional, se encuentran excluidos del régimen de carrera administrativa, los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de período fijo, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la ley, como los empleos temporales y aquellos cuyas funciones deben ser ejercidas por las comunidades indígenas (Ley 909, 2004).

De otro lado, frente al nombramiento provisional, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 contempla que únicamente para los casos en que el empleo se encuentre *vacante en forma temporal*, solo por el tiempo que dure la situación administrativa del titular del cargo que origina la vacancia y siempre que el cargo no se pueda proveer mediante el encargo de empleados con derechos de carrera se pueden efectuar dichos nombramientos.

Asimismo, el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015 establece que, mientras se surte el proceso de selección, el empleo de carrera *vacante de manera definitiva* podrá proveerse transitoriamente a través de las figuras del encargo o del nombramiento provisional.

De las normas mencionadas se extrae que el nombramiento provisional es una forma de proveer el empleo de carrera de forma temporal o definitiva, siempre que no haya servidores de carrera que puedan acceder al cargo mediante la figura de encargo, ya que dichos servidores tienen un derecho preferencial, en los términos del artículo 24 de la Ley 909 de 2004, modificado por el artículo 1º de la Ley 190 de 2019<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Artículo 24. Encargo. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido

Es claro que existe extensa jurisprudencia respecto de la insubsistencia de los servidores provisionales, mas no la hay, o no en buena cantidad, frente a aquellos que se desempeñan de forma temporal. De ahí que las consideraciones de la Sentencia SU-017 de 2010, en criterio del autor de esta monografía, podrían tenerse en cuenta para desvincular a un servidor que ostenta un empleo temporal. En consecuencia, podría ser admisible una motivación donde se invoquen argumentos como la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario.

## **2.5 REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA PROVISTOS CON SERVIDORES NOMBRADOS PROVISIONALMENTE**

Se puede decir que, en Colombia, desde la primera mitad del siglo XX, ha existido el interés de implementar un servicio civil profesional y meritocrático. Por esta razón, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, fueron consignadas las orientaciones de política que marcan el rumbo de la implementación de la carrera administrativa en el país.

En consecuencia, se dio una mutación hacia un Estado mucho más descentralizado, con entes administrativos autónomos, en comparación a la forma organizacional del

---

*sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.*

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

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

Estado anterior. Así, quedó dispuesta en el artículo 130 del texto constitucional la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil —CNSC—, como ente encargado de administrar y vigilar la carrera administrativa, sobre la base de principios como la igualdad y la meritocracia.

Además —como se ha mencionado—, el artículo 125 de la Constitución define los elementos del sistema de carrera administrativa en el país, destacando al respecto, la consigna de que los empleos en los órganos del Estado sean de carrera, considerando las excepciones de ley; el nombramiento por concurso público; la igualdad de condiciones en los requisitos para el ingreso, sin que medie distinción por algún tipo de filiación, y la evaluación objetiva. Con todo ello, mientras se llevan a cabo las convocatorias de cargos de carrera administrativa, la administración está facultada para efectuar nombramientos provisionales.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sent. C-720, 2015) ha calificado el mérito como un principio fundamental. Dicha corporación llegó a esta conclusión con base en tres criterios:

[...]

(i) El criterio histórico, por el cual es fácil identificar que la historia del constitucionalismo colombiano, a través de diversas reformas, se ha encaminado a fortalecer y privilegiar el sistema de carrera administrativa como la regla general para el ingreso al servicio público. Ello se justifica en las distintas reformas en el propósito de eliminar las prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo, contrarias al acceso a los cargos del Estado de modo equitativo, transparente y basado en la valoración del mérito de los aspirantes.



(ii) El criterio conceptual, por el cual la carrera administrativa se entiende como un principio constitucional, con el doble objetivo de: servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público y; conformar una fórmula interpretativa para que de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, cumplan las finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito.

(iii) El criterio teleológico, por el cual se entiende que las finalidades que cumple la carrera administrativa en el Estado constitucional, genera una función articuladora de variados fines valiosos para el ordenamiento constitucional colombiano [...]. (Corte Constitucional, Sent. C-720, 2015)

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que el régimen de carrera apunta a la realización de varios fines constitucionalmente valiosos, como cumplir aquellos “de transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa y, de manera más amplia, del servicio público” (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; 17, mayo, 2012; Rad. 2009-00141-00 [2120-09]; C.P Víctor Hernando Alvarado Ardila) a través del concurso de méritos, que permita la escogencia de los aspirantes más idóneos; protege el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (Const., arts. 13 y 40-7), con la exigencia de un concurso público y democrático en el que solo se deben evaluar las aptitudes y capacidades de los aspirantes; y, por último, hace efectivos los derechos subjetivos de los empleados públicos, en especial en cuanto a su estabilidad laboral (Const., art. 53).

De estos fallos es posible resaltar que quienes ostentan nombramiento provisional tienen una estabilidad relativa, dado que prevalece el mérito en el acceso a cargos públicos. Esto, porque, después de finalizada una convocatoria de las administradas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, acceden al servicio público los mejores servidores, de quienes en principio se cree que ostentan las mejores calidades, por medio de las cuales se quiere mejorar el servicio público. Finalizadas estas convocatorias, en muchos casos, son declarados insubsistentes los nombramientos

provisionales, ya que entran a ocupar los cargos quienes lo ganaron en franca lid, ocupando el primer puesto.

Como es posible observar, existe una clara diferencia en el ingreso a los cargos de carrera administrativa, sobre todo cuando son provistos de manera provisional, en comparación con el ingreso a los cargos temporales, pero para efectos de su declaratoria de insubsistencia, en algunos casos podrían guardar similitud. De esto se hablará en el capítulo 3.

## **2.6 ESTABILIDAD EN EMPLEOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA PROVISTOS CON SERVIDORES NOMBRADOS PROVISIONALMENTE**

En relación con la desvinculación de empleados nombrados en provisionalidad, la máxima instancia de la justicia constitucional ha expresado que estos gozan de una estabilidad relativa:

[...] La jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras *(i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o (ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y (iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado* [...]. (Corte Constitucional, Sent. T-289, 2011)

De otra parte, de admitirse que la sola motivación, sin determinar si es válida o no, es justa causa para la desvinculación, se llegaría al absurdo jurídico de aceptar que incluso cuando la Administración ha cometido errores (ilegalidades) en la producción del acto administrativo, puede corregirlos declarando insubsistente el nombramiento. Entonces, esta afirmación violentaría el principio de legalidad,

entendido como aquel en el que los actos administrativos que expide la Administración están provistos de un estudio riguroso ceñido al ordenamiento jurídico.

En esta medida, la jurisprudencia apunta a determinar que, en cuanto hace a la tercera causal, esto es, “la desvinculación se produzca mediante acto motivado”, la justificación debe ser la de mejorar el servicio (Corte Constitucional, Sent. SU-017, 2010).

Si bien es cierto no existe obligación legal de evaluar el desempeño de empleados provisionales, en concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC, Sala Plena, 2016), esta resulta procedente, siempre y cuando se desarrolle con instrumentos específicos diseñados al interior de la entidad, los cuales harían parte de la política institucional y de las direcciones de talento humano, pudiendo utilizar como guía de orientación los formatos establecidos para los servidores de carrera administrativa. La CNSC ha aclarado que dichos formatos no son aprobados o validados por ella.

De acuerdo con Villegas Arbeláez (2016a), al empleo de carrera administrativa le corresponden dos clases de nombramientos; por un lado, en período de prueba, cuando se ha realizado concurso público de méritos y, por otro, en provisionalidad, cuando no se ha iniciado y finalizado concurso. El autor está de acuerdo con la actual postura del Consejo de Estado, cuando afirma que la terminación del vínculo laboral de los servidores nombrados en provisionalidad solo es posible por acto administrativo motivado.

Conforme a lo anterior, se concluye que una entidad estatal no puede declarar insubsistente el nombramiento de un servidor vinculado en provisionalidad, sin haber motivado su acto administrativo, y con las causales expresas antes señaladas: la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u

otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Lo anterior no obsta para que se apliquen otras causales de retiro que señala la Ley 909 de 2004, que más adelante se verán.

Conforme a lo anterior, y en la medida en que, tanto los servidores nombrados provisionalmente como lo que tienen nombramiento temporal, poseen una estabilidad precaria, se podría llegar a afirmar que, en los dos casos, su desvinculación, aparte de las causales regladas que establece la ley para cada uno, como se verá en el siguiente capítulo, solo sería admisible por acto administrativo debidamente motivado por la administración.

### **3. EL RETIRO DEL SERVICIO**

En el presente capítulo se analiza la regulación constitucional y legal del retiro del servicio, así como algunas de sus causales. Se estudia, asimismo, la declaratoria de insubsistencia de los empleados vinculados mediante nombramiento provisional y en empleos temporales, para emitir las conclusiones que tienen como fin determinar cuál es el grado de estabilidad de los funcionarios que ostentan empleos temporales, y si es admisible que la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado frente a la desvinculación de servidores provisionales, pueda ser aplicada a quienes ostentan empleos temporales.

#### **3.1 REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DEL RETIRO DEL SERVICIO**

Según lo establece el artículo 125 de la Constitución Política de 1991:

[...] 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, y agrega que en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción [...].

El mismo artículo constitucional dispone reglas claras sobre el empleo público en Colombia y, referente al retiro del servicio de un empleo de carrera, contempla cómo este únicamente se puede dar por calificación no satisfactoria en el desempeño, violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. Esta norma conlleva a que ningún empleado público puede ser cesado del cargo que ocupa, por la sola voluntad del jefe inmediato o de la entidad a la cual está vinculado o por cualquier causa que no esté expresamente consagrada constitucionalmente o a través de ley. Finalmente, el artículo 125 de la

Constitución dispone que la filiación política de una persona no puede determinar su ingreso o la remoción de su cargo.

Las anteriores constituyen reglas superiores básicas regulatorias del empleo público en Colombia. Al pie de estas disposiciones, el legislador expidió la Ley 909 de 2004, por medio de la cual se reguló el sistema de carrera administrativa en el país, desarrollando una serie de pautas de obligatoria observancia en el Régimen General de Carrera Administrativa.

Villegas Arbeláez (2010) expone cómo existen unos eventos constitucionales referidos por la categoría laboral de los funcionarios, como la del presidente de la república, los magistrados de las Altas Cortes y el fiscal general de la nación, por acusación de la Cámara de Representantes, por hechos u omisiones ocurridos en el ejercicio de sus funciones (Const., 1991, arts. 174 y 175, num. 2°). De la misma manera, respecto de los que ocupan cargos de ministro opera la moción de censura, consagrada en los artículos 135, numeral 9°, y 141 de la Carta de 1991.

Los anteriores son claros ejemplos de causales de retiro consagradas en la Constitución Política para cierto tipo de altas magistraturas que cuentan con fuero constitucional. De otro lado existen unas causales de origen legal, como las que se verán a continuación.

### **3.2 ALGUNAS CAUSALES GENERALES DE RETIRO DEL SERVICIO**

Según el tratadista Diego Younes Moreno (2013), para evitar arbitrariedades por parte del nominador estatal, el legislador se ha encargado de señalar las causales de retiro del servicio público de forma taxativa.

Debe tenerse en cuenta que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, y por consiguiente el principio de legalidad hace que las actuaciones de

los servidores públicos, en tanto su naturaleza reglada, solo se puedan ejercer en la forma prevista en la Constitución, la ley o el reglamento. Aun en aquellos casos en que se ejercen facultades de naturaleza discrecional, el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo<sup>9</sup>, prevé límites y condiciones.

Entonces, dada la importancia que tiene para el servidor público la decisión de retirarlo del servicio, es claro que la misma debe expedirse con precisa observancia de principios, derechos, prerrogativas y procedimientos fijados para tal efecto por la Constitución y la ley, de modo tal que se puedan garantizar la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo y un orden político, económico y social justo (Const., 1991, preámbulo<sup>10</sup>).

El trabajo goza de una especial protección por parte del Estado (Const., 1991, arts. 25<sup>11</sup> y 53<sup>12</sup>), y por tanto, si bien el trabajador no tiene estabilidad absoluta, sí le asiste una legítima expectativa de continuar ejerciendo su labor cuando subsisten las circunstancias que dieron origen a su nombramiento, hecho de ninguna manera

---

<sup>9</sup> *Artículo 44. Decisiones discrecionales.* En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

<sup>10</sup> [...] En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana [...].

<sup>11</sup> *Artículo 25.* El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

<sup>12</sup> [...] Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad [...].

contrario con los principios de mérito e idoneidad indispensables para ejercer la función pública.

En el siguiente título se revisan la evolución normativa y los desarrollos relativos a estas causales.

### **3.3 NORMATIVA ACERCA DE LAS CAUSALES DE RETIRO**

La Ley 909 de 2004, en su artículo 41, señala las causales para retirar del servicio a quien esté desempeñando empleos de carrera administrativa y de libre nombramiento y remoción.

De la mano de los doctrinantes Younes Moreno (2013), Clara Cecilia Dueñas (2009), y Villegas Arbeláez (2010), se explican a continuación algunas de las causales relacionadas con la desvinculación de servidores con nombramiento provisional y temporal:

a) Por renuncia regularmente aceptada:

Su consagración constitucional se encuentra en el artículo 26 de la Constitución<sup>13</sup>, y regulada por el artículo 27 del Decreto-Ley 2400 de 1968, el cual dispone que todo el que sirva a un empleo puede renunciar libremente. La misma norma indica que esta se produce cuando el servidor público manifiesta en forma escrita e indiscutible su voluntad de separarse del servicio.

Teniendo en cuenta la normativa anterior, es posible concluir que la renuncia al empleo es un acto unilateral, libre y espontáneo del servidor público, mediante el

---

<sup>13</sup> Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de estos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles. (Resaltado fuera de texto)



cual este expresa su voluntad de dejar el cargo que ocupa, para que la entidad acepte la solicitud y lo desvincule del empleo que ejerce. Por ende, debe aclararse que la renuncia a un empleo no debe motivarse y, si en algún momento el funcionario incluye en el escrito de renuncia cualquier tipo de motivación, la entidad debe proceder a rechazarla, hasta que el empleado la presente de manera libre y espontánea.

De igual forma, para Villegas Arbeláez (2010, pág. 455), el elemento que caracteriza la renuncia es la voluntariedad, y de ella se emanan unas características<sup>14</sup>.

Por consiguiente, puede afirmarse que, si llegase a faltar uno de los requisitos citados, la renuncia se tornaría ilegal.

Legalmente, el artículo 112 del Decreto 1950 de 1973 establece que la renuncia voluntariamente aceptada la hace irrevocable y en este sentido es claro que antes de que la Administración acepte la renuncia el funcionario puede retirarla, sin ninguna consecuencia por parte de la Administración.

Dueñas Quevedo (2009) expresa que suele presentarse en algunos casos la insinuación respecto de renunciar del jefe inmediato, lo que en principio la tornaría involuntaria e ilegal, por vicios en el consentimiento. En tal caso, frecuentemente se demanda la resolución que aceptó la renuncia por desviación de poder, bajo el argumento de la presión ejercida por el empleador, quien vulnera la libre capacidad de decidir sobre el empleado.

De otro lado, en relación con las llamadas renunciaciones protocolarias, las cuales se dan por los funcionarios de libre nombramiento y remoción de cargos directivos o

---

<sup>14</sup> Esta debe ser espontánea, expresión del libre albedrío, libre de toda coacción; individual, propia de cada persona; expresa, en tanto se debe consignar en forma exacta y precisa; escrita, como única forma jurídica de expresión.

de asesoría, el Consejo de Estado ha señalado que se producen por la voluntad indiscutible del funcionario de dejar en autonomía al nominador para reformar la respectiva entidad, nombrando a las personas que a su juicio sean las más aptas para ejercer el cargo. En este caso, no se observa la voluntad propiamente dicha del empleado de separarse del servicio, sino su presentación, para dejar que el nominador conforme su equipo de confianza.

Estas renunciaciones precedidas de la solicitud de la Administración no podrían conllevar el vicio de la desviación de poder, dado que se formulan a quienes ostentan cargos de libre nombramiento y remoción, como una medida para evitar la facultad discrecional de la declaratoria de insubsistencia.

b) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez<sup>15</sup>.

Frente a este punto es preciso mencionar lo normado en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, cuando dice:

[...] Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener

---

<sup>15</sup> [literal e), artículo 41 de la Ley 909 de 2004]. Declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-501 de 2005, en el entendido de que no se puede dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente

derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones<sup>16</sup> [...].

Mediante el fallo C-501 de 2005, se dejó claro que cuando el empleado ha laborado por el tiempo que le permita acceder a los requisitos de pensión, resulta razonable que se prevea la terminación de la relación laboral; no obstante, el retiro se condiciona a que el servidor esté incluido en la nómina de pensionados de la entidad, es decir, el Estado debe garantizarle una de dos: el pago del salario o la inclusión en la nómina de pensionados, pero en todo caso no debe dejar al servidor sin el derecho al mínimo vital.

En innumerables fallos de tutela, el alto tribunal constitucional ha garantizado el derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas próximas a pensionarse, la cual opera también para funcionarios de libre nombramiento y remoción (Sent. SU-003, 2018), entre otros, en el de Sentencia T-357 de 2016, cuando manifestó:

Tiene la condición de prepensionable el trabajador tanto del sector público como del privado que le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. La Corte ha protegido los derechos de las personas cuando con su desvinculación se afecten derechos como el mínimo vital derivado del hecho de que su salario y

---

<sup>16</sup> Siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente. (Corte Constitucional, Sent. C-1037, 2003)

ocasional pensión son la fuente de su apoyo económico de él y de su familia.  
(Corte Constitucional, Sent. T-357, 2016).

De acuerdo con Villegas Arbeláez (2010), el derecho a la pensión de jubilación siempre ha sido una causal de retiro del servicio, frente a lo cual, es el empleado con derecho pensional reconocido, quien opta o no por retirarse del servicio, con el fin de que la Administración proceda a aceptar la renuncia por la causal legal de retiro con derecho a la jubilación.

De lo anterior se infiere que es el trabajador y no el empleador quien puede hacer un uso efectivo de esta causal; es decir, en la práctica no existe una iniciativa de la Administración que conlleve a que el trabajador se retire si no existe una verdadera voluntad del empleado de separarse del servicio.

c) Por invalidez absoluta:

Para el mismo autor (2010), la cesación definitiva de funciones por motivo de invalidez se rige por las leyes sobre prestaciones económicas y asistenciales referentes a los empleados públicos, contenidas en el artículo 30 del Decreto-Ley 2400 de 1968, y los artículos 38 a 45 y 69 a 72 de la Ley 100 de 1993.

En los casos de retiro por invalidez, la pensión se debe desde cuando cese el subsidio monetario por incapacidad para trabajar y el pago se comenzará a hacer después del señalamiento de la incapacidad.

Por lo anterior, y según lo normado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993<sup>17</sup>, se considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no

---

<sup>17</sup> *Artículo 39.* Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la

provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral. A este requisito se suman los mencionados en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Esta mesada pensional se paga por la respectiva entidad de prestación social, con los procedimientos que señala el Decreto 1848 de 1969.

Es de aclarar que la Corte Constitucional garantizó que el retiro del servicio por pensión de invalidez solo se puede hacer efectivo cuando el funcionario sea incluido en la nómina de pensionados de la entidad respectiva.

d) Por edad de retiro forzoso:

Según Dueñas Quevedo (2009), de acuerdo con el artículo 31 del Decreto-Ley 2400 de 1968, el servidor público que haya cumplido 65 años de edad será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado al cargo; pero, a partir del 30 de diciembre de 2016 entró en vigencia la Ley 1821 de 2016, que modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas, de 65 a 70 años.

Lo anterior generó un problema jurídico frente a los servidores públicos que antes de la entrada en vigencia de la ley de 2016 no hubieran cumplido la edad de 65 años y desearan continuar o no laborando para el Estado. El conflicto fue resuelto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Radicado interno 2326. Radicado 11001-03-06-000-2017-00001-00, 2017, donde se manifestó:

[...] Como se observa, esta parte de la norma, a pesar de las deficiencias que presenta en su redacción, contiene un supuesto de hecho y una

---

fecha de la primera calificación del estado de invalidez. 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. *Parágrafo 1º.* Los menores de veinte (20) años de edad solo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

consecuencia jurídica. El supuesto de hecho consiste en que una persona, a la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016, "acceda" al ejercicio de funciones públicas o se encuentre ejerciéndolas y haya cumplido o cumpla los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de jubilación. La consecuencia jurídica, por su parte, consiste en que tal persona puede permanecer en el ejercicio de su cargo o de las funciones respectivas, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social. Aunque la norma no dice explícitamente hasta cuándo podría permanecer aquella persona en su cargo o en el ejercicio de las funciones que ejerce, la integración de esta disposición con el artículo 1° de la misma ley, permite deducir, sin mayores esfuerzos, que puede hacerlo hasta llegar a la edad de retiro forzoso que la Ley 1821 establece (70 años) [...].

De lo transcrito se infiere que a los servidores públicos que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1821 de 2016 no hayan cumplido la edad de 65 años, así cuenten con requisitos de pensión de jubilación, no se les haya reconocido la pensión y no hayan sido incluidos en nómina de pensionados, les será aplicable la nueva norma (Ley 1821 de 2016). En consecuencia, si el empleado desea continuar trabajando, deberá informar a la entidad para la cual labora su voluntad de permanecer en el cargo hasta los 70 años, con la obligación de seguir contribuyendo al régimen de seguridad social.

e) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario:

Se trata de una causal exclusiva del proceso disciplinario, que se aplica a quienes desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa e incluso de período, que estén incurso en las faltas gravísimas que consagra el Código Disciplinario Único contenido en la Ley 734 de 2002.

La destitución genera inhabilidad para ejercer cargos públicos, de conformidad con lo normado en el artículo 37 de la Ley 734 de 2002, al relacionar las inhabilidades presentadas cuando, al quedar en firme la sanción de destitución, el sujeto disciplinable sancionado se encuentra ejerciendo cargo o función pública diferente de aquel o aquella en cuyo ejercicio cometió la falta objeto de la sanción.

La finalidad del retiro del servicio del funcionario público es impedirle volver a la Administración durante el período que se fije en la providencia respectiva. Según Dueñas Quevedo (2009), acorde con el artículo 45 de la Ley 734 de 2002<sup>18</sup>, la destitución e inhabilidad generan serias implicaciones para el funcionario.

En lo relacionado con la inhabilidad permanente, la Corte Constitucional la ha restringido a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que no limiten ilegalmente los derechos fundamentales de las personas que aspiren a ocupar cargos de la función pública.

De otra parte, es claro que el Ministerio Público es quien tiene la competencia disciplinaria desde dos puntos de vista: por un lado, como ejercicio del poder preferente del poder disciplinario y, por otro, como ejercicio de la competencia exclusiva para investigar e imponer las sanciones respectivas por las faltas que expresamente estén señaladas en la ley. Esto no obsta para que al interior de las entidades existan oficinas de control interno disciplinario con la competencia de disciplinar a sus servidores cuando el Ministerio Público no asume el poder preferente.

---

<sup>18</sup> [...] a) La terminación de la relación del servidor público con la Administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) la desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1°, de la Constitución Política, o c) la terminación del contrato de trabajo, y d) en todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera [...].

f) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo<sup>19</sup>.

Ante las circunstancias que ocasionan el abandono del cargo, el artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 establece:

“[...]”.

*Artículo 126.* El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:

1. No reasuma sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión, o dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar;
2. deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos;
3. no concorra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de que trata el artículo 113 del presente decreto, y
4. se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo [...]”.

La norma en cita menciona que, si el funcionario incurre en una de las anteriores causales “sin justa causa”, la Administración debe previamente constatar objetivamente el hecho y determinar eficazmente que no existe la justa causa para el abandono. Por su parte, el artículo 127 del Decreto 1950 señala que de darse

---

<sup>19</sup> [literal i), del artículo 41 de la Ley 909 de 2004]. Declarado exequible por la Corte Constitucional (C-1189, 2005).



comprobada la causal, el nominador declarará la vacancia del empleo, previo los procedimientos legales, esto es, a través del proceso disciplinario correspondiente.

Dueñas Quevedo (2009) considera que esta causal no tiene influencia en el campo disciplinario, sino que se encuadra dentro de las medidas administrativas para dar aplicabilidad a los principios de la función administrativa y así evitar traumatismos en la administración de personal.

De lo anterior se concluye que, si bien es cierto que la Administración tiene la facultad para declarar la vacancia del cargo en caso de abandono, ello no obsta para que se garantice al servidor el debido proceso, es decir, la garantía de defensa y contradicción, así como de controvertir pruebas.

g) 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. La norma señala:

[...] En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la Administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción [...]. (art. 5°, Ley 190, 1995)

Esta normativa aplica también para los contratistas por prestación de servicios y para los trabajadores oficiales.

Un claro ejemplo de esta causal se da en las entidades estatales, cuando algunos funcionarios cuentan con títulos académicos del exterior. Por ello, a la luz de lo mencionado en el artículo 2.2.2.3.4 del Decreto 1083 de 2015:

[...] Los estudios realizados y los títulos obtenidos en el exterior requerirán para su validez, de la homologación y convalidación por parte del Ministerio de Educación Nacional o de la autoridad competente.

Quienes hayan adelantado estudios de pregrado o de postgrado en el exterior, al momento de tomar posesión de un empleo público que exija para su desempeño estas modalidades de formación, podrán acreditar el cumplimiento de estos requisitos con la presentación de los certificados expedidos por la correspondiente institución de educación superior. Dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha de posesión, el empleado deberá presentar los títulos debidamente homologados. Si no lo hiciere, se aplicará lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 190 de 1995 y las normas que la modifiquen o sustituyan [...]. (art. 2.2.2.3.4, Dec. 1083, 2015)

Como se puede observar, la norma otorga un plazo de dos años para que el funcionario convalide los títulos ante el Ministerio de Educación, so pena de que por parte de la Administración se revoque el nombramiento.

Es claro también que estando frente a esta causal, la Administración se ve en la obligación de solicitar previamente la autorización del servidor para efectuar la revocatoria directa en los precisos términos del inciso 1º del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)<sup>20</sup>; es decir, no se puede proceder a la revocatoria sin el consentimiento previo, expreso y escrito del servidor.

i) Por supresión del empleo:

---

<sup>20</sup> *Artículo 97.* Revocación de actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.

Para Younes Moreno (2013), la facultad para que la Administración pueda suprimir los cargos se encuentra regulada en el artículo 189, ordinal 14, de la Constitución Política, que faculta al presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa para crear, fusionar o suprimir, conforme a la ley, los empleos que demande la Administración central, señalar sus funciones especiales y fijar sus dotaciones y emolumentos. El Gobierno no podrá crear, con cargo al Tesoro, obligaciones que excedan el monto global fijado para el respectivo servicio en la ley de apropiaciones iniciales (Yunes Moreno, 2013).

La causa más frecuente de la modalidad se presenta para modificar las plantas de personal, bien sea para ajustarla a las nuevas necesidades de la Administración, para redistribuir los cargos o para eliminar algunos que ya no son necesarios, por cuanto estos son contratados bajo los lineamientos de la Ley 80 de 1993, por prestación de servicios, tal es el caso de los servicios de aseo, cafetería y los de vigilancia, entre otros.

Respecto a las consecuencias jurídicas del efecto de la supresión del empleo, la vinculación del servidor finaliza con la creación de la nueva planta de personal hecha a través de decreto presidencial, acto administrativo de contenido general. La consecuencia obvia es que la Administración profiera un acto administrativo particular y concreto, que se notifica al funcionario en los términos de la Ley 1437 de 2011, indicándole que su cargo fue suprimido de la planta de personal.

En este caso, es indispensable determinar cuáles empleos no resultan necesarios en la nueva planta, y a causa de esto se suprimen. Para ello se debe entender que las entidades se reorganizan, fusionan o suprimen, o que las funciones se terminan por traslado a otra entidad, se disminuyen o simplemente se redistribuyen. Este es un criterio objetivo (orgánico y funcional) (Villegas Arbeláez, 2016a).

Se aclara que en algunos casos el empleo no es suprimido en la realidad y por el contrario continúa existiendo; por ejemplo, cuando se presenta solo un cambio en la denominación del cargo, evento en el cual habría lugar a una demanda por nulidad del acto administrativo general que ordena la supresión y del acto particular y concreto a través del cual se desvincula al servidor.

De otro lado, los funcionarios nombrados en provisionalidad no tienen derecho alguno frente a la supresión del empleo, *contrario sensu*, si el funcionario ostenta derechos de carrera tiene el derecho preferencial a ser incorporado en la nueva planta de personal de la entidad. De no ser posible, puede optar por ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes o a recibir la indemnización reglada por el parágrafo 2° del artículo 44 de la Ley 909 de 2004<sup>21</sup>.

j) Por muerte:

Más que obvia esta causal, y en este caso cesan las funciones. (Decreto-Ley 2400, 1968, art. 25).

Como se ha dicho, las causales de retiro de los servidores públicos se encuentran en la ley para evitar injusticias por parte de los nominadores, de ahí que el Congreso las fijó de forma taxativa. Dada la importancia que tiene para el servidor público la decisión de retirarlo del servicio, es indiscutible que la misma debe expedirse con arreglo a los principios, derechos, prerrogativas y procedimientos fijados para tal efecto por la Constitución y la ley, de modo tal que se puedan garantizar la convivencia, el trabajo, la justicia y la igualdad, dentro de un marco jurídico, económico y social justo.

---

<sup>21</sup> *Parágrafo 2°*: La tabla de indemnizaciones será la siguiente: 1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salarios. 2. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5): cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos. 3. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10): cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte (20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

Una vez descritas y analizadas estas causales, las mismas servirán para estudiar la insubsistencia del nombramiento de los empleados nombrados provisionalmente en empleos de carrera, y los vinculados en empleos temporales; para, desde allí, poder llegar a una conclusión final respecto del grado de estabilidad que ostentan estos últimos.

### **3.4 INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO DE LOS EMPLEADOS VINCULADOS A EMPLEOS TEMPORALES**

De acuerdo con Villegas Arbeláez (2010), la regla general es que todos los empleos sean permanentes, a excepción de los empleos temporales. Su creación depende de alguna de las condiciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004. La causal más invocada por las entidades para la creación de plantas temporales es para desarrollar programas o proyectos de duración determinada.

Respecto de la declaratoria de insubsistencia de los empleados temporales, no existe mucha jurisprudencia de las Altas Cortes, pero se considera que la desvinculación de un funcionario nombrado con carácter temporal, antes de la finalización del plazo contemplado en el artículo 2.2.1.1.4 del Decreto 1083 de 2015, se puede hacer siempre y cuando exista acto administrativo, debidamente motivado, que dé cuenta de los fundamentos de hecho y de derecho de tal desvinculación.

Como se mencionó en el acápite de estabilidad en los empleos temporales, el Decreto-Ley 894 de 2017, fue declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-527 de 2017, a excepción de las expresiones “o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación”, contenidas en el artículo 6°.

La presente investigación ha podido establecer que las entidades públicas aplican la norma antes mencionada para dar por terminadas las relaciones laborales de los empleados, so pretexto de que se terminó el plazo fijado en el acto administrativo de nombramiento, aun cuando el acto administrativo que crea o prorroga la planta temporal se encuentra vigente. Es decir, por una parte, existe un acto administrativo expedido por la autoridad competente donde se crea o se prorroga una planta temporal, en los precisos términos del numeral 1° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004<sup>22</sup>. Por otra parte, existe un acto administrativo que, con base en el anterior, se nombra a un empleado público con carácter temporal.

La violación a la norma y, por ende, a la estabilidad laboral del empleado radica en que la entidad señala una fecha determinada para la terminación del nombramiento, incluso cuando esta es anterior al plazo general fijado para la finalización de la planta temporal. En este caso, en criterio del investigador, la prórroga de la planta de empleos temporales comporta una obligación de prórroga automática de los nombramientos a las personas que venían desempeñando estos empleos.

De esta forma, en pocas palabras, quienes ostentan la calidad de empleados con carácter temporal ostentan una condición especial, dado que además de ser nombrados temporalmente, la existencia del cargo está supeditada a la vigencia temporal de tales medidas (decreto de creación de la planta temporal). Así, el nombramiento temporal tiene por lo menos dos características: (i) la temporalidad y (ii) la estabilidad relativa.

---

<sup>22</sup> [...] Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones: a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la Administración; b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada; c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Frente a la temporalidad del nombramiento originado en el decreto de creación de planta temporal que crea estos empleos, esta consiste en que depende directamente de la vigencia de dicha norma. Sin embargo, no pueden confundirse las dos situaciones administrativas: una de carácter general, mediante la cual se adopta, crea o prorroga la planta temporal y otra, particular y concreta, a través de la cual se retira del servicio al empleado temporal de la entidad respectiva.

Precisando el tema, es menester aclarar que la permanencia de los empleados nombrados en cargos temporales depende entonces, en principio, de dos aspectos: uno, de la duración de la medida, que en este caso es la creación y vigencia de la planta temporal, perspectiva bajo la cual es evidente que cuando alguno de los cargos creados es suprimido o no se prorroga la medida, la consecuencia forzosa es la terminación o expiración del nombramiento. En este caso no habría necesidad de proferir o adoptar una decisión adicional, puesto que bajo esta hipótesis la no continuidad del cargo o de la medida define la situación laboral del empleado.

Y, dos, a diferencia de lo anterior, cuando la planta temporal es prorrogada, la continuidad en el cargo depende de la decisión del nominador, por cuanto este no pierde en ningún momento la facultad nominadora, de tal suerte que, bajo este supuesto, puede optarse por no alterar la situación laboral administrativa del empleado temporal y, en consecuencia, basta con la elaboración de un acto administrativo que prorrogue el nombramiento. Por el contrario, se podría decidir que determinado empleado no continúe en el cargo inicialmente nombrado, circunstancia que acusa una diferencia sustancial, habida cuenta de que se está modificando su situación laboral administrativa y, por ende, resulta imperativa la expedición de un acto administrativo (escrito o electrónico) motivado, de manera que se le respete al administrado su derecho al debido proceso, al paso que se abra la posibilidad de someter al control de legalidad la decisión adoptada, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional. Lo anterior es imperativo porque el nombramiento temporal está supeditado a la temporalidad, a la finalidad y a las condiciones

normativas (decreto de creación o prórroga de la planta temporal).

Con lo dicho, primero, el acto de nombramiento decaería automáticamente si la medida o el decreto de creación de la planta temporal no se prorroga (CPACA, art. 91.2)<sup>23</sup>. Para estos efectos la motivación del acto administrativo se encuentra en la propia norma.

Segundo, se puede retirar del cargo mediante acto administrativo motivado y escrito al empleado nombrado en temporalidad, en cualquier momento, siempre que existan razones o motivos legales que sustenten la decisión. Pero, la estabilidad laboral relativa que protege al empleado público temporal lo resguarda de que el nominador, de manera arbitraria, lo retire del cargo sin acto administrativo motivado y por el solo hecho de que se venza el término del nombramiento, más aún cuando se ha prorrogado automáticamente la planta temporal, pues este empleado temporal tiene el derecho a mantenerse en el cargo hasta que la medida de creación del mismo se mantenga vigente.

El Decreto 1083 de 2015 establece, en su artículo 2.2.1.1.4, que el nombramiento temporal deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Luego esta norma dispone un límite temporal, una finalidad del nombramiento en temporalidad y unas condiciones relacionadas definitivamente, en este caso, con la vigencia de la planta temporal.

---

<sup>23</sup> *Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.* Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: [...]. 2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.



Es claro que el acto administrativo por el que se retira del servicio a los empleados temporales antes de la expiración de la planta temporal debe ser motivado como garantía mínima al debido proceso y la estabilidad laboral del empleado y para poder controlar o contener la arbitrariedad de la Administración, quien expide el acto administrativo.

De otro lado —y como se dijo anteriormente—, con el Decreto-Ley 894 de 2017 se adicionó un numeral al artículo 21 de la Ley 909 de 2004, según el cual se puede declarar insubsistente el nombramiento temporal antes del vencimiento de la planta, por falta de cumplimiento de las metas u objetivos para los que fue creada la planta, y en todo caso se debe expedir acto administrativo debidamente motivado.

Aunado a ello, la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-269 de 2016, reiteró que quien ocupa un empleo de carácter temporal queda automáticamente retirado del servicio cuando concluye el término de su duración, que debe indicarse en el acto administrativo de nombramiento. La Corporación señala igualmente que la condición de prepensionado no es razón para proteger la estabilidad laboral en un empleo temporal, por el mismo motivo antes mencionado.

Con lo anterior, se puede observar cómo la Administración tiene unos límites fijados en la ley para dar por terminado los nombramientos temporales, pero en ocasiones estos no son tenidos en cuenta. Cuando esto pasa se desdibuja el principio de la estabilidad laboral. Algunas veces, las entidades estatales fijan fechas determinadas para la terminación del nombramiento, incluso cuando esta es menor del plazo general fijado para la finalización de la planta temporal. En este caso, a criterio de quien escribe, la prórroga de la planta de empleos temporales debería comportar la obligación de prórroga de los nombramientos a las personas que venían desempeñando estos empleos. Esto, porque eventualmente las entidades dan por terminado el nombramiento del funcionario, antes del plazo fijado en el decreto que señala la duración de la planta general, solamente con un oficio que

menciona que en virtud de la fecha señalada en un determinado acto administrativo el nombramiento llegó a su fin. Así, en este evento, la entidad debería tener en cuenta los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la terminación de nombramientos provisionales y proceder a la motivación del acto administrativo.

### **3.5 INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO DE LOS EMPLEADOS VINCULADOS MEDIANTE NOMBRAMIENTO PROVISIONAL**

El acto administrativo de nombramiento de un servidor público en provisionalidad, a la luz de la jurisprudencia en vigor, es un acto administrativo particular y concreto. Así lo ha señalado la Corte Constitucional en varios fallos, como en la sentencia de 2012, con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa:

[...] En lugar de los fallos que se revocan, la Corte Constitucional *tutelar*á los derechos de la peticionaria al debido proceso, al trabajo y a la igualdad. Dado que, según se informó a esta Corporación, la ciudadana Duarte Pérez ya ha sido nombrada en el cargo para el cual aspiró, pero que dicho nombramiento fue realizado en cumplimiento de una orden de tutela que actualmente no se encuentra en firme, el remedio a ordenar en el caso presente será que a la accionante se le mantenga en el cargo que actualmente ocupa, *por corresponder tal nombramiento a un derecho subjetivo constitucionalmente protegido* [...]. (Sent. T-156, 2012)

En la providencia T-957 de 2011, cuyo magistrado ponente fue Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, el tribunal constitucional también dijo al respecto:

[...] Conclusión ineludible de las consideraciones precedentes, es que, por regla general, *los actos administrativos de contenido particular y concreto, verbigracia el acto de nombramiento de un servidor público*, no pueden ser

revocados por la Administración sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, caso en el cual la Administración estará obligada a demandar su propio acto [...]. (Sent. T-957, 2011)

Por lo expuesto, se concluye que el acto administrativo de nombramiento, en cualquiera de las situaciones administrativas que se presenten dentro del empleo público, esto es, provisionalidad, propiedad, período de prueba, comisión o encargo, entre otras, es considerado como particular, concreto y subjetivo.

En el ordenamiento jurídico colombiano existen causales legales para dar por terminado los nombramientos de los servidores públicos; sin embargo, en aras de garantizar la estabilidad laboral, la Corte Constitucional refiere:

[...] La jurisprudencia constitucional ha reconocido que si bien los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera no gozan del fuero de estabilidad que ampara a quienes han ingresado al servicio mediante concurso de méritos, sí tienen cierto grado de estabilidad laboral, en la medida en que no pueden ser removidos de sus empleos mientras *(i) no sean sujetos de una sanción disciplinaria o (ii) se provea el cargo respectivo a través de concurso y (iii) la desvinculación se produzca mediante un acto motivado* [...]. (Sent. T-289, 2011)

Aunque, de admitirse que la sola motivación, sin determinar si es válida o no, es justa causa para la desvinculación, se llegaría al absurdo jurídico de aceptar que incluso cuando la Administración ha cometido errores (ilegalidades) en la creación del acto administrativo puede corregirlos declarando insubsistente el nombramiento. Esto violentaría el principio de legalidad, en virtud del cual, se presume que los actos administrativos que expide la Administración han sido estudiados de manera adecuada y son apegados a la constitución y la Ley.

En esta medida, la jurisprudencia apunta a determinar que en cuanto hace a la tercera causal: “la desvinculación se produzca mediante acto un motivado”, la justificación debe ser la de mejorar el servicio:

[...] Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado” [Sent. T-1316, 2005]<sup>24</sup>. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión” [Sent. T-104, 2009].

En este orden de ideas, solo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “*u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto*” [Sent. C-279, 2007]. [...]. (Corte Constitucional, Sent. SU-017, 2010)

---

<sup>24</sup> En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la Administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador que, de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

De otro lado, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-070 de 2013, fijó los parámetros para garantizar la estabilidad de la mujer embarazada en provisionalidad que ocupa cargo de carrera administrativa, manifestando que cuando se trata de una trabajadora que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera y el cargo sale a concurso, se aplicarán las siguientes reglas:

[...]

(i) Si el cargo sale a concurso, el último cargo a proveerse, por quienes lo hayan ganado, deberá ser el de la mujer embarazada. Lo anterior, teniendo en cuenta que el cargo a ser proveído y la plaza en la que se desempeñará quien ganó el concurso, debe ser el mismo para el que aplicó. Cuando deba surtirse el cargo de la mujer embarazada o lactante por quien ganó el concurso de méritos, se deberá pagar a la mujer embarazada la protección consistente en el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad; (ii) si hubo supresión del cargo o liquidación de la entidad, se le debe garantizar a la trabajadora en provisionalidad, la permanencia en el cargo hasta que se configure la licencia de maternidad o de ser ello imposible, el pago de salarios y prestaciones, hasta que la trabajadora adquiera el derecho a gozar de la licencia.

Ahora, en fallo de tutela T-084 de 2018, la misma Corte se refirió a la condición de madre cabeza de familia y la posibilidad de dar por terminada la relación laboral:

[...] La condición de madre cabeza de familia requiere la confluencia de los siguientes elementos, a saber: (i) que la mujer tenga a su cargo la responsabilidad de hijos menores de edad o de otras personas “incapacitadas” para trabajar; (ii) que la responsabilidad exclusiva de la mujer en la jefatura del hogar sea de carácter permanente; (iii) que

exista una auténtica sustracción de los deberes legales de manutención por parte de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y (iv) que exista una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. De igual modo, la verificación de las circunstancias anteriormente enunciadas debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo, que otorgue la plenitud de las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso [...].

En este último caso, la Corte Constitucional amparó los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la seguridad social de la accionante por suprimir el cargo que desempeñaba en provisionalidad sin garantizar la protección especial a la que tenía derecho en su condición de madre cabeza de familia.

De igual forma, en Concepto Marco 09 de 2018 del Departamento Administrativo de la Función Pública, frente a la desvinculación de servidores provisionales, en un caso que involucra a una mujer cabeza de hogar, se expresó:

[...] Para desvincular la empleada de la entidad pública se deben tener en cuenta las reglas que sobre el particular estableció la Corte Constitucional, es decir, el último cargo a proveer por quienes lo hayan ganado será el de la mujer embarazada y al momento de ocupar el cargo por quien ganó el concurso, si bien es cierto, se produce una desvinculación de la entidad pública de la mujer embarazada nombrada con carácter provisional, se debe realizar el pago de prestaciones que garanticen la licencia de maternidad [...].

Respecto a la estabilidad laboral, no solo de personas calificadas con pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, sino también de quienes

experimentan una afectación de salud, la Corte Constitucional, en Sentencia de Unificación 049 de 2017, expresó:

[...] Esta Corte estudió la discrepancia de criterios existentes respecto de la aplicación de la noción de “discapacidad” en la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada y concluyó que esta especial protección no solo cobija a quienes tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda (definida con arreglo a normas de rango reglamentario vigentes), pues consideró que todas las personas que se encuentren “en circunstancias de debilidad manifiesta” deben contar esta prerrogativa, ya sea que se encuentren inmersos en ellas de manera temporal o permanente. Ello, pues la Constitución no realiza diferenciación alguna al momento de establecer esta protección en cabeza de quienes, a partir de una afectación en su salud, se ven impedidos u obstaculizados para desempeñar con normalidad sus labores [...].

Es claro que los trabajadores no pueden ser desvinculados de sus puestos de trabajo por razones relacionadas con su especial situación de discapacidad o enfermedad, a menos que se cuente con la autorización de la autoridad del trabajo correspondiente. Aunado a esto, se deben verificar las razones del despido, y en todo caso verificar que estas no están relacionadas con argumentos discriminadores.

Según la sentencia de unificación de jurisprudencia SU-446 de 2011, la Corte Constitucional ha afirmado que de acuerdo al principio del mérito (Const., art. 125) surge para la Administración la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso, en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección como los padres o madres cabeza de familia, limitados físicos, psíquicos o sensoriales y prepensionados, en aplicación de medidas afirmativas dispuestas en la Constitución Política (art. 13, num. 3º) y, en la

materialización del principio de solidaridad social (Const., art. 95), se debe proceder con especial cuidado previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

Para Dueñas Quevedo (2009), el nominador no puede dar por terminado el nombramiento provisional apoyado en una facultad discrecional que no tiene, si la ostenta frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, pues en el primer caso los servidores gozan de cierta estabilidad, porque para ser desvinculados deben ser sujetos de sanciones disciplinarias o que el cargo convocado a concurso de méritos se provea a quien obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles. El autor, asimismo, expresa que en todo caso la Administración debe fundamentar el acto administrativo con el fin evitar ciertas actuaciones arbitrarias revestidas de aparente ilegalidad.

Para Villegas Arbeláez (2010), este tipo de empleados no cuenta con el fuero de carrera administrativa, pero tampoco pueden ser declarados como de libre nombramiento y remoción. Ello, porque la circunstancia de desempeñar un cargo de carrera administrativa en provisionalidad no significa tener la estabilidad exclusiva de los que llegan por concurso de méritos, son nombrados en período de prueba y, una vez superado, quedan inscritos en la carrera; aunque, por este solo hecho, no se puede decir que, para efectos de dar por terminado el nombramiento, se acuda a facultad discrecional de la Administración, cuando no la tiene.

Respecto a los empleados que ostentan nombramiento provisional, en Concepto Marco 09 de 2018, el Departamento Administrativo de la Función Pública manifestó:

[...] En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que



ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso [...].

Como se puede ver, en términos generales, es claro que las entidades públicas no pueden declarar insubsistente el nombramiento de un servidor público vinculado en provisionalidad, sin haber motivado su acto administrativo, y con las causales jurisprudenciales antes expresadas: por la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario en particular.

Lo anterior, no obsta para que se apliquen ciertas causales de retiro del servicio que contempla la Ley 909 de 2004 —antes mencionadas—, como la renuncia regularmente aceptada; el haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; por invalidez absoluta; edad de retiro forzoso; destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; declaratoria de vacancia del empleo, en el caso de abandono del mismo; revocatoria del nombramiento; no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo; orden o decisión judicial; supresión del empleo y por muerte.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado no es abundante en relación a la declaratoria de insubsistencia de los nombramientos efectuados de manera temporal, pero sí de los servidores provisionales. Por ejemplo, en sentencia proferida dentro del proceso 25000-23-25-000-2005-01341-02 (0883-08), este tribunal ha establecido, frente a la desvinculación de provisionales, que 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 solo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser

*motivado*, de tal manera que la discrecionalidad del nominador solo se predica respecto del retiro.

A su vez, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-017 de 2010, ha referido las razones que podrían tenerse en cuenta para desvincular a un servidor que ostenta un nombramiento provisional, en consecuencia, sería admisible un acto administrativo motivado donde la insubsistencia invoque argumentos como la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario.

De acuerdo con la jurisprudencia de servidores provisionales, se considera que esta podría ser extensiva a los que ostentan empleos temporales, cuando la entidad pública nominadora desee desvincularlos antes de la terminación del plazo fijado para la terminación de la planta temporal o antes del plazo dado en el acto administrativo de nombramiento, mediante acto administrativo motivado.

Por lo tanto, en relación con el problema jurídico acá abordado, el grado de estabilidad laboral de los empleados que desempeñan empleos temporales es la transitoriedad, por lo que no se crea una vinculación definitiva con el Estado, por lo tanto, no genera derechos de carrera administrativa, y el desempeño del mismo está supeditado a las labores para las que fue creado. Asimismo, se trata de un vínculo precario, que no goza del mismo grado de protección de un empleo de carrera administrativa.

Los criterios de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relativos a la terminación de nombramientos provisionales, y que se pueden extender a los servidores temporales, apuntan a que esta se haga mediante un acto administrativo motivado, en el que la insubsistencia invoque argumentos como la imposición de sanciones disciplinarias u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario.

Como se dijo, antes del vencimiento del término del empleo temporal, es posible dar por terminado el nombramiento temporal cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o las actividades que dieron lugar a la creación del mismo, para lo cual estos servidores deberán ser sujetos de evaluación en la gestión de sus funciones y tareas a cargo.

Con lo anterior, es posible concluir que para efectos de dar por terminado un nombramiento temporal, antes de que el decreto de creación de la planta pierda vigencia, es dable darlo por terminado, solo mediante acto administrativo motivado, y en todo caso en relación con el servicio que debería prestar el servidor.

Por la misma razón se puede decir que los criterios de la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, relativos a la posibilidad de dar por terminado el nombramiento de los servidores provisionales, pueden ser aplicados respecto de los servidores que ostentan nombramiento temporal.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con el desarrollo del trabajo adelantado, luego de analizar la normativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y la doctrina referente a la problemática estudiada, es posible concluir que:

La garantía del trabajo está estipulada en la Constitución Política de Colombia, donde se consagra como un derecho de todas las personas y una obligación social, que debe ofrecerse en condiciones dignas y justas.

La aplicación del principio de la estabilidad laboral depende de la clase de empleo que ostente el servidor público, es decir, si se trata de empleos de carrera; de libre nombramiento y remoción; de período fijo; o los temporales, así como de la aplicación legal de alguna de las causales de retiro o de alguna situación excepcional, como en el caso de las mujeres en estado de gestación o de los servidores próximos a pensionarse.

En relación con el retiro del servicio de los servidores públicos, para evitar injusticias por parte de la Administración, el legislador se encargó de señalar las causales de retiro del servicio público de forma taxativa. Dada la importancia que tiene para el servidor público la decisión de retirarlo del servicio, es evidente que la misma debe expedirse con observancia de principios, derechos, prerrogativas y procedimientos fijados para tal efecto por la Constitución y la ley, de modo tal que se puedan garantizar la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, dentro de un marco jurídico, económico y social justo.

El retiro del empleado público con derechos de carrera es viable por evaluación de desempeño no satisfactoria; o por causal disciplinaria.

Respecto de los funcionarios nombrados provisionalmente en empleos de carrera administrativa, las entidades estatales pueden declarar insubsistentes sus

nombramientos, si se profiere acto administrativo debidamente motivado. También lo pueden hacer por la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón relacionada con el servicio que está prestando, o porque ha llegado al cargo un funcionario en virtud del agotamiento de la lista de elegibles fruto de un concurso público de méritos. Es preciso aclarar que el principio del mérito prevalece sobre circunstancias como la condición de madres (o padres) cabeza de familia, discapacidad, prepensión, fuero sindical o de maternidad.

La Corte Constitucional fijó los parámetros para garantizar la estabilidad de la mujer embarazada que desempeña un cargo de carrera administrativa en provisionalidad, manifestando que, surtido el concurso, el último cargo a proveerse deberá ser el ocupado por ella.

Igualmente, de acuerdo con el tribunal constitucional, si surge para la Administración la obligación de nombrar de la lista de elegibles a quien superó las etapas del concurso en un cargo de carrera ocupado en provisionalidad por un sujeto de especial protección, como la madre (o el padre) cabeza de familia, el limitado físico, psíquico o sensorial y el prepensionado, se debe proceder con especial cuidado, previendo dispositivos tendientes a no lesionar sus derechos.

Finalmente, los empleados nombrados en empleos temporales pueden permanecer en los mismos hasta que finalice el término de creación de la planta temporal, normalmente fijada en un decreto. En este caso, y de conformidad con las normas mencionadas, al vencimiento del cual, quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente.

El grado de estabilidad laboral de los empleados que desempeñan empleos temporales es la transitoriedad, por lo que no se crea una vinculación definitiva con el empleador en cabeza del Gobierno y, por lo tanto, no se generan derechos de carrera administrativa, el desempeño del mismo está supeditado a las labores para

las que fue creado y durante un término estrictamente definido. Se resalta que se trata de un vínculo precario, que no goza del mismo grado de protección de un empleo de carrera administrativa.

Las normas actuales señalan que antes de cumplirse el término del nombramiento del empleado temporal, el nominador puede declarar la insubsistencia del nombramiento cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto, y mediante acto administrativo motivado. Situación similar a la que se presenta con los servidores nombrados provisionalmente, en donde la Administración debe motivar las razones de hecho y de derecho para poder desvincular al servidor.

Debido a que en ocasiones las entidades dan por terminado el nombramiento temporal de un funcionario, antes del plazo fijado en el decreto que señala la duración de la planta general, solamente con un oficio que menciona que en virtud de la fecha señalada en el acto administrativo el nombramiento llegó a su fin; en criterio de quien adelantó esta monografía, y en concordancia con los principios de continuidad, protección al trabajo y efectividad del derecho del trabajo, la prórroga de la planta de empleos temporales debería comportar la obligación de prórroga de los nombramientos a las personas que venían desempeñando estos empleos y, si las entidades quisieran darlo por terminado antes del plazo fijado en el decreto de planta, deberían acudir a los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la terminación de nombramientos provisionales y proceder a la motivación del acto administrativo.

Actualmente existe abundante jurisprudencia respecto de la insubsistencia de los servidores provisionales, mas no es así para el caso de los funcionarios temporales, de ahí que las consideraciones hechas en Sentencia SU-017 de 2010 podrían tenerse en cuenta para desvincular a un servidor que ostenta un empleo temporal. En consecuencia, en este último evento, sería admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos como la imposición de sanciones disciplinarias

u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.

Así, los criterios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre la terminación de nombramientos provisionales se podrían extender a los servidores temporales y son los relacionados con la motivación del acto administrativo donde la insubsistencia invoque los argumentos antes expuestos.

No obstante lo anterior, se puede aplicar también a los empleos temporales las causales de retiro contempladas en la Ley 909 de 2004, como la renuncia regularmente aceptada, el retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; invalidez absoluta; edad de retiro forzoso; destitución, como consecuencia de proceso disciplinario; declaratoria de vacancia del empleo, en el caso de abandono del mismo; revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo; orden o decisión judicial; supresión del empleo y muerte.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### DOCTRINA

ARBOLEDA, Enrique. (2011). *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá: Editorial Legis.

BALLÉN DUQUE, Fridole; GARCÍA GARCÍA, Jorge y MORENO BERMÚDEZ, Carlos. (2011). *Compendio de Normatividad y Doctrina de Empleo Público y Carrera Administrativa*. Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública — ESAP— y Comisión Nacional del Servicio Civil —CNSC—.

BERNAL, Raquel; GONZÁLEZ, Jorge Iván; HENAO, Juan Carlos; JUNGUITO, Roberto; MELÉNDEZ, Marcela; MONTENEGRO, Armando; RAMÍREZ, Juan Carlos; URIBE, José Darío y VILLAR, Leonardo. (Marzo de 2018). *Informe final de la Comisión del Gasto y la Inversión Pública, diciembre de 2017*. Bogotá: Comisión del Gasto y la Inversión Pública - Fedesarrollo.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DERECHO. (2008). *Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública*. San Salvador, El Salvador. [Adoptada en la V Conferencia de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, junio 26 y 27 de 2003].

COLOMBIA. AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO. (28 de mayo de 2019). Informe Trimestral de Litigiosidad (Primer trimestre de 2019). La Agencia. [https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Documents/09\\_semestre\\_2\\_6\\_2\\_040719.pdf](https://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/Documents/09_semestre_2_6_2_040719.pdf)



COLOMBIA. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SALA PLENA (5 de julio de 2016). *Evaluación funcionarios vinculados en nombramiento provisional*. [Criterio Unificado]. Bogotá: CNSC.

COLOMBIA. COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SALA PLENA (19 de septiembre de 2017). *Provisión y Evaluación en Empleos de Plantas Temporales*. [Criterio Unificado]. Bogotá: CNSC.

COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA (29 de agosto de 2018). *Desvinculación de provisionales en situaciones especiales para proveer el cargo con quien ganó la plaza mediante concurso de méritos*. [Concepto Marco 09 de 2018]. Bogotá: DAFP.

DUEÑAS QUEVEDO, Clara (2009). *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

MACHADO ARIAS, Diego (2013). *Guía de derecho administrativo laboral*. Bogotá: Corporación Universitaria de Colombia Ideas.

MOLINA, Carlos Ernesto. (2005). *Las Normas Internacionales del Derecho del Trabajo y su efectividad en el Derecho Colombiano*. Obras Jurídicas. Bogotá: Editorial Temis.

SENTENCIA (s.f.). En *Diccionario de la Real Academia Española* (23ª ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/sentencia>

VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. (2010). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Editorial Legis.

VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. (2016a). *Derecho Administrativo Laboral*. Tomo 1. Bogotá: Editorial Legis.

YOUNES MORENO, Diego. (2013). *Derecho Administrativo Laboral*. Obras Jurídicas. Bogotá: Editorial Temis.

## **JURISPRUDENCIA**

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. (8 de febrero de 2017). Radicado interno 2326. Radicado 11001-03-06-000-2017-00001-00. [C.P. Álvaro Namén Vargas].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. (27 de enero de 2014). Sentencia 2180. Radicado 11001-03-06-000-2013-00509-00. [C.P. Augusto Hernández Becerra].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. (16 de agosto de 2012). Radicado 11001-03-06-000-2011-00042-00 (2105). [C.P. William Zambrano Cetina].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA (17 de mayo de 2012) Rad. 2009-00141-00 (2120-09). [C.P Víctor Hernando Alvarado Ardila].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA UNITARIA, SECCIÓN PRIMERA. (24 de febrero de 1995). Auto Radicado 3195. [C.P. Libardo Rodríguez Rodríguez].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A (6 de mayo de 2015). Radicado interno 1923. Radicado 05001-23-31-000-2002-04865-01 [C.P. Luis Rafael Vergara].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA (23 de septiembre de 2010). Sentencia 0883-08. Radicado 25000-23-25-000-2005-01341-02. [C.P. Gerardo Arenas Monsalve].

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. (11 de junio de 1992). Sentencia Radicado 1941. [C.P. Miguel Ángel González Rodríguez].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (14 de agosto de 2017). Sentencia C-527 de 2017. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (30 de septiembre de 2015). Sentencia C-618 de 2015. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (20 de mayo de 2014). C-288 de 2014. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (18 de abril de 2007). Sentencia C-279 de 2007. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (22 de noviembre de 2005). Sentencia C-1189 de 2005. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (17 de mayo de 2005). Sentencia C-501 de 2005. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (5 de noviembre de 2003). Sentencia C-1037 de 2003. [M.P. Jaime Araújo Rentería].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (25 de febrero de 2003). Sentencia C-161 de 2003. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (19 de marzo de 1997). Sentencia C-154 de 1997. [M.P. Hernando Herrera Vergara].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (13 de agosto de 1992). Sentencia C-479 de 1992. [MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (10 de mayo de 2018). Sentencia SU-040 de 2018. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (8 de febrero de 2108). Sentencia SU-003 [M.P. Carlos Bernal Pulido].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2 de febrero de 2017). Sentencia SU-049 de 2017. [M.P. María Victoria Calle Correa].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (13 de febrero de 2013). Sentencia SU-070 de 2013. [M.P. Alexei Julio Estrada].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (14 de enero de 2011). Sentencia SU-446 de 2011. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (22 de enero de 2010). Sentencia SU-017 de 2010. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (4 de febrero de 1999). Sentencia. SU-062 de 1999. [M.P. Vladimiro Naranjo Mesa].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (5 de marzo de 2018). Sentencia T-084 de 2018. [M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (6 de julio de 2016). Sentencia T-357 de 2016. [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (21 de junio de 2016). Sentencia T-320 de 2016. [M.P. Alberto Rojas Ríos].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (23 de mayo de 2016). Sentencia T-269 de 2016. [M.P. María Victoria Calle Correa].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (10 de febrero de 2016). Sentencia T-051 de 2016. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (25 de noviembre de 2015). Sentencia C-720 de 2015. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (2 de marzo de 2012). Sentencia T-156 de 2012. [M.P. María Victoria Calle Correa].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (16 de diciembre de 2011). Sentencia T-957 de 2011. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (14 de abril de 2011). Sentencia T-289 de 2011. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (20 de febrero de 2009). Sentencia T-104 de 2009. [M.P. Jaime Córdoba Triviño].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (13 de diciembre de 2005). Sentencia T-1316 de 2005. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (4 de junio de 1998). Sentencia. T-284 de 1998. [M.P. Fabio Morón].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (4 de octubre de 1996). Sentencia T-500 de 1996. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (8 de mayo de 1995). Sentencia T-198 de 1995. [M.P. Alejandro Martínez Caballero].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (30 de marzo de 1995). Sentencia T-144 de 1995. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (23 de enero de 1995). Sentencia T-015 de 1995. [M.P. Hernando Herrera Vergara].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (16 de enero de 1995). Sentencia T-005 de 1995. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. (24 de junio de 1992). Sentencia T-426 de 1992. [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

COLOMBIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. (30 de enero de 2013). Sentencia 38272 de 2013. [M.P. Carlos Ernesto Molina].

## **NORMATIVA**

COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL. (19 de abril de 2017). *Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública.* [Decreto 648 de 2017]. Diario Oficial 50 209.

COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL. (24 de septiembre de 1973). *Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.* [Decreto 1950 de 1973]. Diario Oficial 33 962.

COLOMBIA. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL. (26 de mayo de 2015). *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.* [Decreto 1083 de 2015]. Diario Oficial 49 523.

COLOMBIA. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. (4 de noviembre de 1969). *Por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.* [Decreto 1848 de 1969]. Diario Oficial 32 937.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (23 de diciembre de 1993). *Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.* [Ley 100 de 1993]. Diario Oficial 41 148

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (6 de junio de 1995). *Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.* [Ley 190 de 1995]. Diario Oficial 41 878.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (18 de enero de 2011). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* [Ley 1437 de 2011]. Diario Oficial 47 956.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (5 de mayo de 2002). *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.* [Ley 734 de 2002]. Diario Oficial: 44 699.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (28 de enero de 2019). *Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.* [Ley 1952 de 2019]. Diario Oficial 50 850.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (28 de octubre de 1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.* [Ley 80 de 1993]. Diario Oficial 41 094.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (23 de septiembre de 2004). *Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.* [Ley 909 de 2004]. Diario Oficial 45 680.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (26 de diciembre de 2003). *Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.* [Ley 860 de 2003]. Diario Oficial: 45 415.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (30 de diciembre de 2016). *Por medio de la cual se modifica la edad máxima para el retiro forzoso de las personas que desempeñan funciones públicas.* [Ley 1821 de 2016]. Diario Oficial 50 102.



CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (29 de enero de 2003). *Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.* [Ley 797 de 2003]. Diario Oficial 45 079.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [Const.]. (1991), 33 ed. Básica. (2020). Bogotá: Editorial Leyer.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (22 de junio de 1982). C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. (núm. 158). Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C158](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158)

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (22 de junio de 1982). R166 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. (núm. 166). Recuperado de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R166](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166)

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (28 de mayo de 2017). *Por el cual se dictan normas en materia de empleo público con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.* [Decreto-Ley 894 de 2017]. Diario Oficial 50 247.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (15 de junio de 1978). *Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias,*

*establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos empleos y se dictan otras disposiciones.* [Decreto-Ley 1042 de 1978]. Diario Oficial 35 035.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (17 de diciembre de 1968). *Por el cual se modifica y adiciona el Decreto número 2400 de 1968.* [Decreto-Ley 3074 de 1968 de 1968]. Diario Oficial 32 625.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (19 de septiembre de 1968). *Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.* [Decreto-Ley 2400 de 1968]. Diario Oficial 32 625.