

El empleado provisional: naturaleza, evolución y desvinculación ilegal frente a la nulidad y el restablecimiento de derecho

The Temporary Employee: Nature, Evolution, and Unlawful Termination versus Nullity and Reinstatement of Rights

MILTON DUBAN MONSALVE MANTILLA

Posdoctor (c) de la Universidad de Bolonia. Doctor en Derecho de la Universidad de Girona y Central de Cataluña. Magíster y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente. Miembro del Grupo de Investigación del Centro de Innovación y Gestión de las Administraciones Públicas de la Universidad de Girona.

duban.monsalve@ustabuca.edu.co

<https://orcid.org/0000-0003-3417-7325>

JUAN FELIPE PINEDA RAVELO

Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga.

juanfelipe.pineda@ustabuca.edu.co

<https://orcid.org/0000-0001-7724-9099>

DIEGO ALAIN NAVAJAS BARRERA

Abogado y especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomás Seccional Bucaramanga.

diegoalain.navas@ustabuca.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-2148-1224>, <https://orcid.org/0009-0005-2595-3558>

Resumen

En este artículo se examina la figura del empleado provisional en Colombia, destacando su naturaleza, evolución y el marco jurídico. En este propósito, se puede decir que la Constitución Política de 1991 estableció el mérito como un eje fundamental para el acceso a los cargos públicos, sin embargo, con el fin de suplir los empleos que con el tiempo han quedado en vacancia temporal o definitiva, se ha recurrido, por parte de la Administración pública, al uso de la figura del empleo en provisionalidad. De otra parte, y con motivo de la gran utilización de esta figura en el empleo público, en las altas cortes nacionales se han suscitado discusiones sobre la motivación de los actos de insubsistencia y los derechos de estabilidad laboral “relativos” que les han sido reconocidos.

En ese sentido, en esta investigación se analizaron las diferencias jurisprudenciales generadas en torno a la desvinculación ilegal del empleado provisional de cara al medio de control de nulidad y el restablecimiento de derecho y las condenas ordenadas por los jueces de lo contencioso-administrativo, teniendo en consideración las reglas de unificación establecidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

PALABRAS CLAVE

Empleado provisional, estabilidad laboral, restablecimiento del derecho, reintegro, indemnización.

Abstract

This paper examines the legal status of the provisional employee in Colombia, highlighting its nature, evolution, and legal framework. Notably, the 1991 Political Constitution established merit as a fundamental principle for access to public positions. However, to fill vacancies that have become temporary or permanent over time, the public administration has resorted to the figure of provisional employment figure. Additionally, due to the widespread use of this mechanism in public employment, national high courts have debated the justification for acts of insubsistence and the “relative” labor stability rights that have been recognized.

In this regard, the research analyzes the jurisprudential differences arising from the illegal dismissal of provisional employees in relation to the legal actions for nullity and the restoration of rights, as well as the rulings issued by contentious-administrative judges, considering the unification rules established by the Constitutional Court and the Council of State.

KEYWORDS

Provisional employee, job stability, restoration of rights, reinstatement, compensation.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de 1991 buscó sentar un hito en la función pública en Colombia al establecer el mérito como el principio fundamental para acceder a los cargos públicos. En este nuevo marco constitucional, que superó al establecido con la Constitución de 1886, se consagró el derecho de todos los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, garantizando que los empleos públicos fueran ocupados a través de concursos de méritos. A su vez, en este marco constitucional se establecieron normas sobre la responsabilidad de los servidores públicos, con el fin de promover una Administración pública más transparente y eficiente.

Así las cosas, es claro que el ejercicio de la función pública en nuestro país viene marcado por el mérito como eje rector del sistema. Dentro de los diferentes empleos y cargos públicos existentes en Colombia encontramos los de elección popular, los de carrera administrativa, los de libre nombramiento y remoción, provisionales, en encargo, y otras categorías de empleos contemplados por la Constitución Política y por la legislación colombiana.

En este artículo se analiza el empleo provisional como figura o institución jurídica que permite suplir la provisión de empleos en vacancia definitiva o temporal. Se ha establecido este objetivo, puesto que el empleo provisional ha sido la salida “por defecto” de la Administración para dar continuidad a la prestación del servicio público mientras se surten concursos de méritos para fijar empleos definitivos que cumplan con los criterios de mérito e igualdad. Conforme a lo anterior, la comprensión y el entendimiento de esta figura jurídica ha evolucionado dentro de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de Colombia.

La evolución que ha tenido esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano, y en especial en la jurisprudencia nacional, ha girado en el propósito de establecer si la declaratoria de insubsistencia de esta modalidad de funcionario debe o no ser un acto que deba motivar la Administración; también sobre si su permanencia en la Administración crea expectativas y derechos de estabilidad laboral; cuándo procede o no su desvinculación; y en especial sobre los criterios de reintegro y restablecimiento de derechos que deben tener en cuenta los jueces al momento de conceder pretensiones, de conformidad con el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011.

Para el desarrollo de este trabajo se partirá primero de un breve recuento de la concepción de la función pública y el mérito en Colombia con la Constitución de 1991, para analizar posteriormente las generalidades del empleado provisional, su naturaleza, evolución y marco jurídico. Seguidamente, se presentan las formas de desvincular a este servidor y los criterios establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para tal efecto, en especial haciendo énfasis en el actual balance jurisprudencial consolidado por estas dos altas Cortes. Finalmente, se dedi-

cará un espacio al análisis de los criterios y condenas que los jueces contencioso-administrativos deben seguir por respeto del precedente vertical en esta materia, teniendo en cuenta que los pronunciamientos de los jueces deben ser acordes con el criterio unificador del máximo tribunal contencioso administrativo.

METODOLOGÍA

Para el análisis de la figura del empleado en provisionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano se planteó la siguiente pregunta de investigación: *¿Qué criterios deben tenerse en cuenta sobre la nulidad y el restablecimiento del derecho cuando el empleado provisional es apartado de su empleo de forma irregular?* Seguidamente, y para el desarrollo de la pregunta propuesta, se plantearon los siguientes objetivos específicos:

1. Desarrollar conceptualmente la figura del empleado provisional dentro del esquema de función pública en Colombia.
2. Establecer las diferencias jurisprudenciales en torno a la desvinculación del empleado provisional de cara a la nulidad y el restablecimiento del derecho.
3. Analizar los criterios que los jueces de lo contencioso administrativo deben tener en cuenta en sus condenas tomando en consideración las reglas de unificación de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

La investigación propuesta, de corte cualitativo, está circunscrita a una revisión documental que se centró en un estudio de la normatividad, jurisprudencia y doctrina con el objetivo de extraer las principales características de la figura del empleado provisional en el derecho administrativo laboral. En ese sentido, en la investigación llevada a cabo se revisaron las normas de función pública, así como lo contenido en el Decreto único reglamentario 1083 de 2015, la Ley 909 de 2004 y demás normas concordantes. Adicionalmente, se analizaron sentencias hito de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre restablecimiento de derechos, reparaciones y condenas en lo que tiene que ver con los despidos ilegales de los empleados públicos nombrados en provisionalidad.

Como herramienta para el análisis de las sentencias hito se recurrió al método de fichas jurisprudenciales (Clavijo et al., 2014), con lo cual se aborda la identificación de las sentencias, el problema jurídico y la *ratio decidendi* de cada una de las decisiones judiciales como parte clave para el análisis de la jurisprudencia de los altos tribunales en mención.

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA

En Colombia, por regla general, la forma de acceder al servicio público es a través del mérito. Acorde con lo anterior, con la Constitución de 1991 se dispuso todo un esquema que busca prevalecer la selección de empleados por medio de concursos de méritos; no obstante, en la realidad político-administrativa se presenta también la figura del provisional, con carácter excepcional para ocupar cargos, mientras se realizan dichos concursos, para lo cual desarrollamos de esta investigación. En tal contexto es importante precisar los más destacados antecedentes de la función pública en Colombia.

Tras superar los eventos de la independencia nacional, con la Constitución de 1821 inició una nueva historia republicana. Ella trajo consigo la discusión frente a la organización del servicio público, la cual no fue ajena a la tan mentada diferenciación entre quienes proponían un modelo de Estado centralizado y confesional y aquellos que proponían figuras del federalismo y el Estado laico.

La historia da cuenta que las primeras constituciones, es decir, las de 1821, 1830, 1832, 1843, fueron marcadamente de la primera fórmula, y solo hasta la Constitución de 1853 se da un primer acercamiento a la figura del federalismo, desde una perspectiva moderada; por su parte, las constituciones de 1858 y 1863 acogieron la segunda fórmula, Estado Federal y Laico; en lo que respecta a la Constitución de 1886, la cual perduró por más de 100 años, asumió la fórmula de Estado Unitario, centralista y confesional, claro está, con una inmensidad de vicisitudes que se presentaron en más de un siglo, y la recomposición del Estado a partir de actos legislativos y leyes que fueron menguando dicho esquema hasta llegar a la Constitución Política de 1991.

Siguiendo a Londoño et al. (2018), en relación con el servicio público, las constituciones de 1821 a 1863 guardaron singularidad en las normas relativas al nombramiento, la posesión y la remoción de los funcionarios públicos, así como en la facultad del Congreso en la creación de los cargos públicos y la fijación de la remuneración. Adicionalmente, debe anotarse que en estas constituciones se exigía que para acceder al cargo público se debía contar con la calidad de ser ciudadano en ejercicio de los derechos y se prohibía ostentar alguna autoridad que no hubiese sido otorgada expresamente por la ley.

Con la Constitución de 1886 se regresó a una visión más conservadora y centralista que buscaba acercarse más a la profesionalización del servicio y a la asignación de responsabilidades de los servidores públicos frente a la Constitución y a la ley; ello puede evidenciarse en los artículos 59, 61, 62, 63, 64 y 65 de la Constitución Política de 1886, en los que se establece el ejercicio de

funciones y competencias públicas, y todas se supeditan a la consagración previa por la ley y la Constitución. Estas cláusulas se trasladaron de forma casi que idéntica en los artículos 6, 122 y siguientes de la Constitución de 1991.

Llama la atención la cláusula consagrada en el artículo 45 de dicho texto constitucional de 1886, que estableció la posibilidad de que cualquier ciudadano podía elevar peticiones respetuosas a las autoridades, así como la consagrada en el artículo 51 frente a la responsabilidad de los empleados públicos que atentaran contra los derechos consagrados en la Constitución de 1886; a este respecto, es importante anotar que a mediados del siglo XX, con la *Misión Currie*, realizada por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y el Banco de la República, se puso en evidencia el fracaso del intento de profesionalización y cómo hasta la fecha el acceso a la función pública estuvo esencialmente asociado a la politización de la misma, al margen de los concursos de méritos (Puentes González, 2009).

Posterior a ello, una serie de decretos permitió la inscripción extraordinaria de acceso directo a la función pública, evitando la exigencia del mérito y, por consecuente, la realización de concursos; ejemplo de ello son los decretos 2400 de 1968, 563 de 1984 y la Ley 61 de 1987.

El ejercicio de función pública en la Constitución de 1991

En el texto de la carta política de 1991 se consagró como derecho fundamental de todo ciudadano poder participar en la “conformación, ejercicio y control del poder político” (art. 40 C. P.). Acto seguido, en el numeral séptimo del artículo 40 constitucional se consagra el derecho de todo ciudadano a acceder al desempeño de las funciones y cargos públicos (Jiménez y Hurtado, 2022).

A su vez, a partir del Capítulo 2 del texto constitucional, en los artículos 122 a 131, se consagra una serie de disposiciones que atañen a la función pública en nuestro país; entre las disposiciones que se destacan podemos mencionar las siguientes:

- o No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (art. 122 C.P.).
- o La ley establecerá la responsabilidad de los servidores públicos y cómo hacerla efectiva (art. 124 C. P.).
- o Los empleos en los órganos y entidades del Estado serán de carrera, exceptuando los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y otros determinados por la ley. Los funcionarios cuyo método de nombramiento no esté especificado por la Constitución o la ley serán seleccionados mediante concurso público (art. 125 C. P.).

- o Los servidores públicos no podrán, en el ejercicio de sus funciones, nombrar, postular ni contratar con personas con las que tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quienes estén ligados por matrimonio o unión permanente (art. 126 C. P.).
- o Nadie podrá desempeñar más de un empleo público simultáneamente ni recibir más de una asignación del tesoro público o de empresas o instituciones con mayoría de participación estatal, salvo en los casos expresamente determinados por la ley (art. 128 C. P.).

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el acceso a la función pública, constitucionalmente quedó dicho que el mérito y las calidades serían la regla general, y este criterio ha sido ratificado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

El principio del mérito como un criterio rector del acceso a la función pública que busca privilegiar a quienes, en virtud de las aptitudes y competencias que tengan respecto del contenido funcional de un determinado empleo, se han ganado el derecho a desempeñarlo. Por su parte, la consagración legal del principio en comento se encuentra en la Ley 909 de 2004, cuyo artículo 2, numeral 2, señala que el mérito, las calidades personales y la capacidad profesional son elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integran la función pública. [...] [E]l principio en comento se manifiesta, fundamentalmente, a través los sistemas de carrera, que son esquemas de organización técnica de administración del empleo, en las que el parámetro esencial en la provisión de cargos públicos está dado por las condiciones y calidades de los aspirantes. (Consejo de Estado, Sentencia 3920-15 de 2021)

Debido a lo anterior, el concurso de méritos se convierte en la piedra angular sobre la cual se materializan los postulados del mérito y las calidades. La Corte Constitucional en reciente sentencia de 2022 manifestó que el concurso de méritos es el método que asegura la evaluación objetiva e imparcial de la idoneidad y competencia de los servidores públicos y, por tanto, debe ser utilizado como regla general para vincular a los empleados al servicio público (Sentencia SU-067).

Es importante aclarar que no todos los servidores públicos pertenecen a la carrera administrativa, ya que existen otro tipo de servidores, como los de elección popular, de libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y otros definidos por la ley, según el artículo 127 de la Constitución Política, que no pertenecen al régimen de carrera administrativa. En este contexto surge la figura del empleado provisional, la cual será analizada en detalle en la segunda sección de este texto.

En lo que tiene que ver con los miembros de las corporaciones públicas, lo son los representantes a la Cámara y senadores del Congreso de la República, y su fundamento lo encontramos en el artículo 179 de nuestra Constitución, así como en la Ley Quinta de 1992, ley orgánica del Congreso. Asimismo, encontramos a los concejales municipales: con fundamento en el artículo 312 constitucional, la Ley 136 de 1994, artículos 21 y siguientes, estos reciben honorarios por expresa disposición del artículo 66 de la Ley 1551 de 2012, y los diputados de las asambleas departamentales, regulados especialmente en la Ley 2200 de 2022; todos los anteriores tienen normas reglamentarias propias, y su objetivo principal es deliberar, controlar otras ramas y el poder mismo; son elegidos por el voto popular, para un periodo de cuatro años.

De otra parte, los empleados públicos tienen una relación de carácter legal o reglamentaria, lo cual implica que debe existir un acto administrativo de nombramiento, y su respectiva acta de posesión. Son empleados públicos en las siguientes modalidades: a) empleos públicos de carrera (Decreto 1083 de 2015, art. 2.2.2.1.1.) b); empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo; y d) empleos temporales (Decreto 1083 de 2015, art. 2.2.1.1.1.).

Y los trabajadores oficiales, al contrario, tienen una relación contractual, existe un contrato laboral de trabajo. El régimen laboral para los trabajadores oficiales está contenido en el mismo contrato de trabajo, así como en la convención colectiva, pacto colectivo, reglamento interno de trabajo, si los hubiere. Esta modalidad de trabajadores se encuentra regulada especialmente por la Ley 6ª de 1945 y el Decreto 1083 de 2015.

En este punto es importante señalar que entre los empleados públicos y los trabajadores oficiales existen algunas diferencias transversales: el empleado público se rige por una relación legal y reglamentaria, y su vínculo se concreta mediante un acto de nombramiento y la suscripción de un acta de posesión, mientras que el trabajador oficial solo suscribe un contrato de trabajo. También es una diferencia que los empleados públicos desarrollan funciones que son propias del Estado, de carácter administrativo, de jurisdicción o de autoridad, las cuales se encuentran detalladas en la Ley o el reglamento, mientras que los trabajadores oficiales desarrollan actividades que realizan o pueden realizar ordinariamente los particulares, entre otras, labores de construcción y sostenimiento de obras públicas. En cuanto al derecho de asociación, los empleados públicos se pueden sindicalizar, pero solo pueden negociar condiciones del empleo, mientras que los trabajadores oficiales se pueden sindicalizar y presentar pliegos, firmar convenios o acuerdos colectivos, es decir, hay un margen mucho mayor para el ejercicio sindical en cabeza de los trabajadores oficiales.

Una gran diferencia entre estos trabajadores es el régimen jurídico que les aplica, ya que para los empleados públicos se aplica el régimen jurídico de derecho público y las controversias se

someten ante el juez contencioso administrativo; mientras que con los trabajadores oficiales se aplica el derecho común u ordinario, y sus conflictos se someten al conocimiento de los jueces laborales¹. En síntesis, los empleados públicos desempeñan funciones administrativas, caso que no ocurre con los trabajadores oficiales.

Es importante señalar que en Colombia encontramos un sistema de carrera general regulado principalmente por la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015, del cual hacen parte: las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel nacional y de sus entes descentralizados; el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores; el personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos; el personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media; las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional; empleados de las asambleas departamentales, de los concejos distritales y municipales y de las Juntas Administradoras Locales; los empleados públicos civiles no uniformados del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional; los comisarios de familia; los de las corporaciones autónomas regionales; las personerías; la Comisión Nacional del Servicio Civil; la Comisión Nacional de Televisión; la Auditoría General de la República; la Contaduría General de la Nación, y los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados.

Pero también encontramos las carreras especiales y específicas; la especial constitucional es aquella “Creada por la Constitución Política para entidades que no pertenecen a la Rama Ejecutiva o que son creadas por la ley. Estas no están bajo la vigilancia y administración de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC”, o que, a pesar de no tener referente normativo directo en la carta política, se conciben como una manifestación de la potestad del legislador de someter el ejercicio de ciertas funciones institucionales a un régimen propio, cuando las particularidades de una entidad justifican la adopción de un estatuto singular, por supuesto, dentro de los mandatos generales que la Constitución traza en el ámbito de la función pública, entre ellas están: la Rama Judicial del Poder Público (art. 256 C.P); la Procuraduría General de la Nación (art. 279) y Defensoría del Pueblo; la Contraloría General de la República y contralorías territoriales (art. 268); la Fiscalía General de la Nación (art. 253); los entes universitarios autónomos; el personal regido por la carrera diplomática y consular; el que regula el personal de carrera del Congreso de la República y la fuerza pública: Militar y Policía (arts. 217 y 218 C.P), y la carrera docente (Ley 909 de 2004, art. 3).

1 Al respecto véase los artículos 104 y 105 de la Ley 1437 de 2011.

Y por último, ubicamos las carreras específicas, las cuales son aquellas que, en razón de su singularidad y especialidad de las funciones que cumplen, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y tienen leyes y disposiciones normativas diferentes a las que regulan la carrera administrativa general; ellas son: el DNI: Dirección Nacional de Inteligencia; INPEC: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario; DIAN: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; las superintendencias; DAPRE: Departamento Administrativo de la Presidencia de la República; la Aeronáutica Civil de Colombia; UGPP: Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales, y bomberos oficiales (Ley 909 de 2004, art. 4).

SEGUNDA PARTE: EL EMPLEADO PROVISIONAL, NATURALEZA, EVOLUCIÓN Y DESVINCULACIÓN DEL SERVICIO

Generalidades

Como anotamos en el acápite anterior, en el ordenamiento jurídico colombiano tiene prevalencia la carrera administrativa, como institución jurídica que permite la materialización de los principios de mérito, igualdad, eficiencia de la Administración. No obstante, el mismo ordenamiento jurídico dispuso como medida transitoria para proveer empleos el nombramiento provisional, que consiste en “la asignación transitoria de un empleo de carrera administrativa vacante temporalmente o de manera definitiva, a una persona que reúna los requisitos para desempeñarlo y mientras se surte el respectivo concurso de méritos para proveerlo” (Caicedo Gutiérrez, 2014, p. 129).

En ese sentido, la provisionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano, antes que ser una regla general, es la excepción al cumplimiento de la carrera administrativa. El artículo 25² de la Ley 909 de 2004 dispone que los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren temporalmente ausentes debido a situaciones administrativas, serán ocupados de manera provisional únicamente durante la duración de dichas situaciones, cuando no sea posible cubrirlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

² Es importante advertir que en algunos regímenes especiales puede haber un entendimiento distinto respecto de la posibilidad del provisional. A modo de ejemplo podemos traer a colación el régimen de la Defensoría del Pueblo, que tiene un sistema especial de carrera administrativa consagrado en la Ley 201 de 1995. Esta Ley contiene una regulación especial sobre la provisión de los empleos a través de la figura del encargo y de la provisionalidad, en el interior de la Defensoría del Pueblo, diferente de la ley de carrera administrativa.

Así las cosas, el instituto jurídico del empleado provisional es la solución con la que la Administración puede suplir, temporalmente, empleos en vacancia temporal o definitiva, y cuando estos no se provean mediante la figura del encargo con otros servidores públicos.

Ahora bien, establecida la finalidad de la provisión de empleos mediante esta institución, la facultad de nombrar a estos funcionarios generalmente recae sobre los directores de la entidad administrativa, quienes son sus respectivos nominadores, y quienes también podrán removerlos del cargo (Gutiérrez y Sánchez, 2018). Si bien la provisión de un empleo mediante esta institución es propia de una facultad discrecional de la Administración, lo es también la desvinculación de los mismos. Al respecto se suscitó en la jurisprudencia nacional un debate en torno a la amplia facultad discrecional o no con la que contaba el nominador de un servidor provisional para declarar su insubsistencia y así desvincularlo de la Administración.

Desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la motivación del acto administrativo que desvincula al empleado provisional

En la primera década del siglo XXI surgió en los doctrinantes y jueces –sobre todo entre los de la jurisdicción contencioso–administrativa y los de la jurisdicción constitucional– una discusión sobre la obligatoriedad de la motivación del acto administrativo que declara la insubsistencia del empleado provisional. Por la naturaleza del empleo en provisionalidad, se defendió la tesis de que la desvinculación de los empleados en provisionalidad debía hacerse de manera similar a la de los empleados de libre nombramiento y remoción, sin motivar el acto administrativo que daba fin a la relación laboral.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional, y a su turno, la contenciosa administrativa, estableció que la motivación de los actos administrativos es un elemento de su validez, máxime cuando de la motivación de estos administrativos se desprende su legalidad. Además, la Ley 909 de 2004 señaló en su artículo 21 que el funcionario que cuente con la potestad de nombrar un empleado en provisionalidad podrá, a su vez, declarar su insubsistencia cuando este no cumpla con las metas o actividades que dieron origen a su nombramiento y previa evaluación del servidor público.

De lo anterior, aunque el nombramiento provisional es un empleo sin vocación de permanencia, su forma de desvinculación no puede equipararse a la de un empleo de libre nombramiento y remoción –tesis que acogió el Consejo de Estado–, en el cual no se exige motivación para el retiro. Esto se debe principalmente a que el nombramiento provisional no muta la naturaleza del cargo de carrera, cuyo retiro es reglado, a diferencia de los cargos de libre nombramiento y

remoción, en los que prima la discrecionalidad del nominador frente al ingreso, permanencia y retiro del servicio.

Al inicio de la línea jurisprudencial creada por el Consejo de Estado sostenía que “si para proveer un cargo de carrera no se ha convocado un concurso de méritos el nombramiento es provisional, así se le haya denominado ordinario. Pero precisamente esa vinculación es precaria y no concede jamás derecho a estabilidad” (Sentencia 4577 de 1992). En este fallo, la Sección Segunda del Consejo de Estado estudiaba la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por un trabajador nombrado en un cargo especializado que fue desvinculado por insubsistente. El trabajador aducía que su nombramiento tras cuatro meses adquiría derechos de carrera y, por lo tanto, no podía ser desvinculado mediante un acto administrativo sin motivación. Ante esos reclamos, la Sección Segunda resolvió que su nombramiento debía considerarse provisional y, en consecuencia, no generaba estabilidad laboral alguna.

En similar sentido, el Consejo de Estado, en fallo de segunda instancia 1834 de 2003, resolvió la demanda de restablecimiento de derecho que una funcionaria de la Rama Judicial³ realizó en contra de una resolución que la declaraba insubsistente de su cargo de asistente jurídico. En este fallo, la Sección Segunda de la corporación confirmó su línea jurisprudencial y negó los derechos de estabilidad pretendidos por la actora; además estableció el concepto de doble inestabilidad del funcionario nombrado en provisionalidad:

El servidor público judicial nombrado en provisionalidad, antes que cobijarle algún tipo de estabilidad, le rodea una situación de doble inestabilidad, pues, por una parte, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador, y por otra, puede ser desplazado por quien habiendo concursado tenga derecho a ocupar el cargo. (Consejo de Estado, Sentencia 1834 de 2003)

Por otra parte, la Corte Constitucional, para proteger los derechos de los empleados vinculados en provisionalidad, ha recurrido a los argumentos de la estabilidad laboral “relativa” y el derecho fundamental al debido proceso. La Corte sostiene que la Administración se encuentra en la obligación de motivar los actos administrativos que pretendan desvincular un funcionario nombrado en provisionalidad, y que, además, el deber de motivar dichos actos una obligación legal contenida en el artículo 42 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Cont-

3 Aunque el régimen jurídico aplicable para la provisión de empleos en la Rama Judicial es un régimen especial de nombramiento distinto, la figura del empleado provisional es similar a la manejada por la Ley 909 de 2004.

cioso Administrativo), y desconocer dicha obligación representaría vulnerar el derecho al debido proceso (Corte Constitucional, Sentencia SU-917 de 2010).

Recientemente, la Corte Constitucional se pronunció en sentencias T- 061 y T- 064 de 2025, en las que dejó sentado que, en el caso de los provisionales que ostenten una condición de especial protección constitucional: madres o padres cabeza de familia, mujeres en condición de embarazo, personas en condición de discapacidad o debilidad manifiesta, o prepensionados, su estabilidad laboral, aunque en principio es “relativa”, pasa a ser reforzada por su singular condición y, ello implica permitirle en algunos eventos conservar –o ser reintegrados– sus empleos provisionales, y en otros, ser los últimos en ser removidos cuando sea nombrado el empleado de manera definitiva tras surtir un concurso de méritos⁴.

Tras diversas sentencias de unificación de la Corte Constitucional, podemos sostener que el actual balance jurisprudencial sobre este tema es el de la necesidad de motivar la desvinculación de los empleados provisionales; esto como una garantía del debido proceso y de la estabilidad laboral; además de garantizar la transparencia, la publicidad y el derecho de contradicción y defensa, principios constitucionales del Estado social de derecho (Angarita et al., 2015).

Asimismo, es importante aclarar que la acción de tutela, como mecanismo subsidiario y residual, solo puede invocarse para proteger los derechos laborales de los empleados en provisionalidad cuando el empleador que expide la declaratoria de insubsistencia no expresa los motivos por los que termina la relación legal y reglamentaria. Lo anterior, ya que no se trata de controvertir la legalidad del acto administrativo en cuestión, para lo que existe el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, sino de una circunstancia relacionada con el debido proceso

4 Al respecto tener en cuenta la Sentencia T-313 de 2024, que estableció las siguientes reglas para el provisional que logre acreditar una situación especial de vulnerabilidad:

(i) “El mérito es el criterio que prevalece para la asignación de empleos en la carrera administrativa.

(ii) El trato preferencial no implica un derecho a permanecer de forma indefinida en un cargo provisional. Su vinculación se prolonga hasta que los cargos sean provistos en propiedad mediante el sistema de carrera o su desvinculación cumpla los requisitos exigidos en la jurisprudencia constitucional.

(iii) La entidad nominadora debe adoptar medidas afirmativas para los sujetos de especial protección constitucional, consistentes en que sean los últimos en ser removidos de sus cargos y, en lo posible, vincularlos de manera provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupando.

(iv) La vinculación provisional en un nuevo cargo vacante requiere que se demuestre alguna circunstancia que implique especial protección constitucional al momento de su desvinculación y en la época del posible nombramiento.

(v) Si la vinculación a un nuevo cargo vacante no es posible por la existencia de una persona con mejor derecho al haber ganado un concurso público, la entidad nominadora debe hacer el nombramiento si se abren vacantes en el futuro”.

administrativo, que sí tiene una connotación constitucional, o por el desconocimiento de un derecho fundamental.

En este contexto, los avances en la jurisprudencia, especialmente en los casos de nulidad y restablecimiento del derecho, y en acciones de tutela excepcionalmente, han reconocido gradualmente ciertas prerrogativas similares a una estabilidad laboral “relativa o reforzada” para los empleados en provisionalidad. Por ejemplo, la Corte Constitucional, en el ámbito de la tutela, ha adoptado el término “razón suficiente” respecto al acto administrativo que declara la insubsistencia de estos empleados, lo cual exige justificar las circunstancias de hecho y de derecho que motivan su desvinculación.

Para Zapata Tamayo (2020) es claro que, a hoy, con base en el precedente constitucional establecido por la Corte Constitucional, la declaratoria de insubsistencia del funcionario provisional es un acto administrativo que debe ir motivado, y este precedente debe ser acatado tanto por los funcionarios en sede administrativa como por los jueces contencioso-administrativos; constituyendo un claro ejemplo de constitucionalización del derecho administrativo.

En lo referente a los criterios para restablecer los derechos de los servidores públicos que han sido desvinculados sin una justificación adecuada en los actos administrativos, la Corte Constitucional ha aplicado los principios de enriquecimiento sin causa y de sostenibilidad fiscal para determinar el monto de las indemnizaciones (Zapata Tamayo, 2020), como pasaremos a ver.

Causales para desvincular a empleados en provisionalidad

El artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015 (artículo 2.2.5.2.1, modificado por el artículo 1 del Decreto 648 de 2017) regulan las causales de desvinculación para los empleados de carrera administrativa, causales que según la jurisprudencia deben ser asimilables a quienes ocupen estos cargos, según se aplique.

Estas causales pueden dividirse en tres:

1. Por decisión de la Administración, en las siguientes modalidades:
 - (i) Cuando sean empleados de libre nombramiento y remoción (No aplica al provisional).
 - (ii) Como consecuencia de una evaluación de desempeño laboral «no satisfactoria» de un empleado de carrera. Esta causal no aplica para provisionales.⁵

⁵ De acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2.8.1.1 del Decreto 1083 de 2015, la evaluación del desem-

- (iii) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario.
 - (iv) Por declaratoria de vacancia del cargo en el caso de abandono del mismo.
 - (v) Por revocatoria del nombramiento en caso de no acreditar los requisitos, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995.
 - (vi) Por supresión del empleo.
2. Por hechos o circunstancias ajenas a la voluntad de la Administración, en las siguientes modalidades:
- (i) Por decisión judicial.
 - (ii) Por renuncia debidamente aceptada.
 - (iii) Por muerte.
3. Porque se dan las circunstancias reguladas en la ley, en las siguientes modalidades:
- (i) Retiro por haber obtenido la pensión, ya sea por vejez o jubilación.
 - (ii) Por invalidez absoluta.
 - (iii) Por edad de retiro forzoso.
 - (iv) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

Al anterior listado se debe agregar la causal de designación del titular del empleo que ha superado el concurso, la cual sería exclusiva de los empleados en provisionalidad. También se debe contemplar como causal de retiro la terminación de la situación administrativa que generó la vacancia temporal, en caso de que el nombramiento provisional se haya realizado en este tipo de vacancia (Consejo de Estado, Sentencia de tutela primera instancia del 11 de noviembre de 2021).

Además de las anteriores causales, el máximo órgano constitucional, en sentencias como la T-063 de 2022, la T-061 de 2025 y T-064 de 2025 ha dejado claro que, a pesar de la discrecionalidad nominadora respecto de los empleos en provisionalidad, se debe evaluar la adopción de

peño laboral es propia de los empleados públicos de carrera administrativa, en periodo de prueba y de libre nombramiento y remoción, de manera que no se aplica a los empleados provisionales.

acciones afirmativas cuando se presenten ciertas circunstancias diferenciales. Estas condiciones especiales implican una estabilidad laboral “reforzada” en cabeza de los empleados en provisionalidad que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, así como (i) las madres y padres cabeza de familia; ii) personas que estaban próximas a pensionarse; iii) personas en situación de discapacidad o debilidad manifiesta debidamente acreditada y IV) mujer en condición de embarazo (en su particularidad).

Además, se deben incluir como sujetos de protección a los aforados sindicales quienes hacen parte del último orden de prelación (Decreto 1083 de 2015, art. 2.2.5.3.2). En todo caso, es importante señalar que estas medidas de protección no otorgan una inmunidad frente al retiro del servicio, toda vez que, cuando no sea posible reubicar al empleado provisional en otros cargos vacantes de manera temporal o definitiva, la desvinculación será inevitable pero respetuosa de sus derechos laborales.

Por otra parte, si bien la Corte señala la necesidad de aplicación de acciones afirmativas, es importante ponderar los derechos adquiridos de quienes superan los concursos de méritos para ocupar los cargos que se encuentran designados en provisionalidad. Por lo anterior, la Sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional señaló:

(...) la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando.

Con lo anterior, queda claro que la Corte ha establecido algunos parámetros que configuran una estabilidad laboral “relativa” en cabeza de los empleados provisionales y que en algunos casos ya vistos se “refuerza”, lo cual limita la discrecionalidad e impide en cierta medida la arbitrariedad nominadora respecto de quienes ocupan estos cargos.

TERCERA PARTE: LA DESVINCULACIÓN ILEGAL DE CARA AL MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Para controvertir la desvinculación ilegal de un empleado provisional, lo procedente, como se dejó ver, es demandar a través del medio de control de la nulidad y el restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del CPACA. Tratándose de estos asuntos, la misma ley ha

dispuesto que dentro de los requisitos para demandar primero es necesario agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial (art. 161, numeral 1).

Ahora bien, esta obligación de conciliar extrajudicialmente, como requisito de procedibilidad, debe encontrarse frente a dos hipótesis: la primera, si el funcionario provisional busca demandar el acto administrativo que lo desvinculó de la Administración; y segundo, si se busca alegar el pago y reconocimiento de acreencias laborales, pero no contradecir la legalidad del acto que lo desvinculó. Si estamos en presencia de la primera hipótesis, será obligatorio agotar la conciliación prejudicial, más aún porque es mandato directo del CPACA. No obstante, si se está en presencia de la segunda hipótesis, no será obligatorio agotar la conciliación extrajudicial, debido a que son asuntos del orden laboral.

La no obligatoriedad de conciliar en materia laboral se consolidó normativamente con la reforma al CPACA traída con la Ley 2080 de 2021. Esta ley consolidó de manera definitiva la línea jurisprudencial que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional habían desarrollado en el ámbito de la conciliación prejudicial en el contexto del derecho administrativo laboral. El Consejo de Estado, mediante sentencia de tutela de segunda instancia, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su jurisprudencia sobre la no obligatoriedad de la conciliación extrajudicial en materia laboral cuando se tratase de derechos ciertos e indiscutibles:

Así pues, tanto la interpretación que hace la Sección Segunda, como la de la Sección Primera, no resulta arbitraria o caprichosa. Empero, estando de por medio derechos de carácter laboral, que algunos tienen la condición de irrenunciables e indiscutibles y otros de inciertos y discutibles, en cada caso en particular debe analizarse el pluricitado requisito de procedibilidad, pues el mismo no siempre resulta obligatorio (Consejo de Estado, Sentencia de tutela de segunda instancia del 31 de julio de 2012).

A su turno, la Corte Constitucional, en Sentencia de tutela T-356 de 2022, afianzando la línea sostenida por el Consejo de Estado, sobre la conciliación administrativa laboral señaló que la conciliación en asuntos administrativos de índole laboral puede abordar los efectos económicos del acto administrativo particular que se impugna en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho cuando:

- a. Se trate de derechos inciertos y discutibles.
- b. Sean asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley.

- c. Se respete la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y a los beneficios mínimos de las normas laborales.

Adicional a lo anterior, la conciliación deberá adelantarse, por mandato legal, ante el procurador administrativo competente para conocer de dicha solicitud. En caso de proceder la conciliación extrajudicial, porque es requisito de procedibilidad para demandar, o cuando las partes lo hayan decidido facultativamente —en el caso administrativo laboral, sin contrariar derechos ciertos e indiscutibles—, el acuerdo deberá ser remitido por el procurador administrativo al juez contencioso administrativo para que se apruebe. Si no se alcanzare un acuerdo o el alcanzado fuese parcial, las partes podrán iniciar un proceso contencioso ante la jurisdicción.

En cuando a la demanda se refiere, deben seguirse todas las formalidades y, en especial, sustentarse el concepto de violación que dispone la ley procesal administrativa para acudir a este medio de control, haciendo uso de las causales de nulidad dispuestas en el artículo 137 del CPACA, por remisión expresa del artículo 138. Estas causales son:

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (CPACA, art. 137, inciso 2º)

El empleado provisional, entre la discrecionalidad de la Administración y la estabilidad laboral

Mucho se ha dicho sobre si los empleados públicos en provisionalidad gozan o no de estabilidad laboral. Al respecto, la jurisdicción constitucional y administrativa han diferido acerca de sus posiciones; debate afianzado también, como se veía anteriormente, sobre si el acto administrativo que desvincula un funcionario provisional debía ser motivado o no (Álvarez Salamanca, 2014).

El principio de estabilidad en el empleo o de estabilidad laboral es definido por la Corte Constitucional como aquella garantía del empleado de permanecer en el empleo para el que ha sido contratado y tener seguridad del vínculo contraído (Sentencia T-141 de 2016). Tratándose de empleados en provisionalidad, el alto tribunal constitucional ha preceptuado que tienen una estabilidad laboral “relativa”, por lo que solo pueden ser removidos por causas legales, que deben especificarse en el acto de desvinculación (Sentencia T-063 de 2022).

Así las cosas, la Corte ampara de manera relativa los derechos laborales y la estabilidad de los provisionales de la Administración, ya que los servidores nombrados por concurso de méritos tendrían mejor derecho al haber superado los requisitos para acceder a la carrera administrativa

(Sentencia T-063 de 2022 y SU-087 de 2022). No obstante, la Corte ha reafirmado la tesis de la estabilidad laboral “reforzada” para aquellos sujetos de especial protección constitucional que ocupan cargos públicos en provisionalidad, como fue explicado en el acápite anterior. En estos casos, la Corte ha dictaminado que deben aplicarse remedios constitucionales, como asegurar que estos empleados sean los últimos en ser removidos cuando llegue el servidor público que ocupará el cargo de manera permanente (Moreno Melo, 2023), según lo establecido en las sentencias T-063 de 2022, T- 061 de 2025 y T 064 de 2025, entre otras.

Por otro lado, aunque el Consejo de Estado ha adoptado en algunas de sus secciones una postura contraria, la Corte Constitucional ha ordenado el reintegro de algunos de estos empleados en sede de tutela cuando se ha solicitado este amparo contra decisiones judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, en casos en que se ha recurrido al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en sede de tutela, la Corte Constitucional ha establecido criterios para las indemnizaciones o el reintegro de estos servidores que fueron removidos ilegalmente o con una actuación contraria a derecho por parte de la Administración.

Condenas y criterios a tener en cuenta por parte del juez contencioso administrativo

Al decidir los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, es imperativo considerar ciertas variables que superan el carácter provisional y temporal de los empleos con dicha característica. Como se ha evidenciado, las acciones afirmativas respecto de sujetos de especial protección constitucional que ocupan estos cargos deben evaluarse con especial cuidado para evitar la vulneración de derechos fundamentales.

El Consejo de Estado, en la Sentencia de radicado 0892-2017 de 2022, estableció algunas reglas de unificación, específicamente en lo relativo al restablecimiento del derecho de los empleados en provisionalidad que son desvinculados de su cargo de manera ilegal.

La primera regla establece que procede el reintegro del empleado provisional al cargo que venía desempeñando, cuando fuere posible. Cuando no sea posible el reintegro, se deberán cumplir alguno de los dos supuestos: la imposibilidad de reintegro por desaparición de la entidad o por supresión del cargo del demandante sin que exista otro de igual naturaleza y categoría. Caso en el cual, el provisional tendrá derecho a la indemnización compensatoria de que tratan los incisos 7 y 8 del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011.

La segunda regla se refiere a que los empleados provisionales desvinculados ilegalmente que tengan dentro de sus pretensiones la reparación del daño causado deberán acreditar y probar

tanto el daño como el nexo causal entre el acto administrativo que lo desvincula y el daño efectivamente causado, siguiendo todas las reglas procesales y probatorias.

La tercera regla indica que los empleados en provisionalidad, a título de restablecimiento del derecho, tendrán derecho al pago de los salarios y prestaciones que hubiesen dejado de percibir, considerando la posibilidad de reintegro al cargo, de lo cual se desprenden dos escenarios:

Que proceda el reintegro: En este caso, se deberán reconocer las sumas adeudadas por concepto de salarios dejados de percibir, a título de restablecimiento del derecho, hasta un máximo de 24 meses, de acuerdo con las reglas establecidas por la Sentencia SU-054 de 2015 de la Corte Constitucional.

Que no proceda el reintegro: En este caso, se deberá pagar los salarios dejados de percibir según la regla establecida por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-054 de 2015 (hasta un máximo de 24 meses), además de la indemnización compensatoria.

Esta indemnización, según la regla fijada por el Consejo de Estado, se refiere a la consagrada en el artículo 189, incisos 7 y 8 del CPACA, y se reconoce como consecuencia del no reintegro del funcionario retirado de su cargo de manera ilegal, pero solo en caso de que el no reintegro se deba a alguno de estos dos supuestos:

- o La entidad a la cual estaba vinculado desaparezca.
- o El cargo que ostentaba el funcionario fue suprimido o no existe otro de la misma naturaleza.

Lo anterior se debe a que, cuando el no reintegro obedece a que el cargo ha sido ocupado a través de una lista de elegibles resultante de un concurso de méritos, no procede la indemnización compensatoria.

Esta última regla de unificación es la principal novedad incorporada por la Sentencia de unificación del Consejo de Estado 0892-2017 de 2022, ya que se distancia de la posición planteada por la Corte Constitucional, según la cual cualquier pago ordenado en la sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho se considera una indemnización, mientras que el Consejo de Estado considera que los salarios y prestaciones dejados de percibir se pagan a título de restablecimiento del derecho y no de indemnización. Además, el Consejo de Estado introduce la opción del pago de una indemnización compensatoria si no procede el reintegro.

Por otro lado, es relevante mencionar que, en cuanto al pago por la restitución del derecho laboral vulnerado debido a un despido ilegal, el Consejo de Estado ha indicado que se debe considerar el último salario percibido por el empleado en provisionalidad. Además, referente al pago

de aportes a seguridad social en pensión, se han fijado unas reglas que dependerán del tiempo efectivamente laborado por el empleado.

Para ejemplificar lo anterior, el consejero William Hernández propone en un salvamento de voto la siguiente tabla, la cual podrá servir a los falladores de futuros procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de empleados en provisionalidad para cuantificar y dosificar las condenas relativas al restablecimiento del derecho por concepto de salarios y los pagos a seguridad social en pensión.

Tabla. Criterios para cuantificar y dosificar condenas en restablecimiento del derecho de empleados en provisionalidad

Tiempo de servicio en provisionalidad	Restablecimiento del derecho a reconocer, teniendo en cuenta el último salario devengado por el provisional desvinculado	Pagos de la seguridad social integral (pensión), liquidados con fundamento en el salario devengado al momento de la desvinculación
Menos de 1 año	Hasta 6 salarios devengados	Hasta 6 meses de cotizaciones
De 1 y 2 años	Hasta 8 salarios devengados	Hasta 8 meses de cotizaciones
De 2 a 3 años	Hasta 10 salarios devengados	Hasta 10 meses de cotizaciones
De 3 a 4 años	Hasta 12 salarios devengados	Hasta 12 meses de cotizaciones
De 5 a 10 años	Hasta 18 salarios devengados	Hasta 18 meses de cotizaciones
Más de 10 años	Hasta 24 salarios devengados	Hasta 24 meses de cotizaciones

Fuente: Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia 11001-03-25-000-2017-00151-00 (0892-2017), con ponencia de Sandra Lisset Ibarra Vélez, 9 de agosto de 2022. Salvamento de voto de William Hernández Gómez.

En resumen, en lo referente a las condenas en contra de las entidades de orden público que desvinculan de manera ilegal a un empleado en provisionalidad, la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado no ha sido uniforme y el principal punto de discusión ha recaído en el carácter indemnizatorio o no de la condena económica que se aplica.

Es importante recordar que de la sentencia estimatoria de pretensiones en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho se derivan tres consecuencias:

- (i) Nulidad del acto administrativo, es decir, su retiro del ordenamiento positivo.
- (ii) El restablecimiento del derecho, que comporta una consecuencia del acto ilegal, consistente en volver al demandante al estado inicial al que se encontraba antes de su existencia. Por lo tanto, deberá determinarse si es procedente o no el reintegro del funcionario.
- (iii) La eventual reparación del daño, respecto del cual el interesado deberá demostrar existencia y nexo causal con el acto administrativo.

Como se observó, el restablecimiento del derecho implica una restauración de la situación jurídica que ostentaba el afectado con el acto que se declara nulo, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas de la situación particular (Bastidas Melo, 2010). Por lo anterior, si el juez estima procedente el reintegro al cargo, el mismo se ordenará a título de restablecimiento del derecho y se ordenará el pago de los salarios dejados de recibir como consecuencia del acto administrativo de desvinculación, pero será procedente el descuento de lo devengado por el empleado durante el tiempo que duró la desvinculación, a título de remuneración laboral de cualquier otra entidad pública, ya que en estos descuentos no se tendrán en cuenta los salarios devengados en el sector privado.

Lo anterior, consecuente con lo señalado por la Sentencia de unificación 0892-2017 de 2022, que señala que se deben considerar los topes indemnizatorios y los conceptos a descontar para evitar incurrir en la prohibición constitucional consagrada en los artículos 127 y 128 de la C. P., e ir en contra de los principios estructurales del Estado constitucional y social de derecho.

Del mismo modo, cuando el reintegro resultare imposible por las circunstancias específicas del cargo y la entidad, se deberá reconocer la indemnización compensatoria consagrada en los incisos 7 y 8 del artículo 189 del CPACA; norma que le es asimilable a los empleados de carrera, toda vez que el Código no hace distinción entre estos empleados y los empleados de carrera administrativa.

En última instancia, aunque hay criterios divergentes y confusos entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, las sentencias de unificación de ambas Cortes permiten establecer una simbiosis (como se ha visto anteriormente) que ofrece directrices claras para que los jueces contenciosos tomen decisiones. Esto busca garantizar los derechos de los servidores públicos en provisionalidad y asegurar la sostenibilidad fiscal de las entidades condenadas.

CONCLUSIONES

El mérito es el principio fundamental del acceso a los cargos públicos en Colombia, es la piedra angular que guía la función pública en nuestro país y que permite un acceso democrático, justo y equitativo en garantía de la buena prestación del servicio; no obstante, la figura del provisional emerge como necesaria por vacancias temporales o definitivas en donde no se puede parar el servicio y estos entran a apoyar las labores y funciones propias de la carrera administrativa, siempre con un carácter excepcional y sin desconocer mejor derecho por parte de empleados de carrera administrativa (caso en particular de los encargos).

Podemos afirmar que un claro ejemplo de la constitucionalización del derecho administrativo colombiano es el actual balance jurisprudencial consolidado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la motivación del acto administrativo que desvincula al empleado provisional, así como también las prerrogativas que ha concedido la jurisprudencia de la Corte Constitucional al empleado provisional como garantía de sus derechos fundamentales. Por tanto, los actos administrativos que desvinculan a estos empleados deben motivarse, promoviendo así la legalidad y el debido proceso. Así, aunque los cargos en provisionalidad carecen de vocación de permanencia, la desvinculación de estos funcionarios debe fundamentarse en causas legales, reconociendo una estabilidad laboral “relativa” que protege sus derechos fundamentales y que en ocasiones de especial protección constitucional, como el de las madres o padres cabeza de familia, la mujer en condición de embarazo, los prepensionados y las personas que acrediten una condición de discapacidad o debilidad manifiesta, termina “reforzándose”.

Cuando la desvinculación del empleado provisional se realiza de forma ilegal, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es la vía procesal que prevé el ordenamiento jurídico colombiano para atacar tales actos administrativos, sin que se exija la obligatoriedad de intentar la conciliación extrajudicial en materia administrativo laboral; esto como un aspecto novedoso introducido por la Ley 2080 de 2021 en su artículo 34. Adicionalmente, el Consejo de Estado y la Corte constitucional han complementado esta protección mediante criterios específicos para la declaratoria de nulidad, de restablecimiento del derecho y de reparación del daño (si se probare) incluyendo reglas de unificación que consideran la posibilidad de reintegro y el restablecimiento económico proporcional al tiempo laborado en casos de desvinculación ilegal.

Con lo anterior, logramos responder al interrogante planteado inicialmente sobre los criterios que deben tener en cuenta los jueces de lo contencioso administrativo a la hora de resolver los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de empleados en provisionalidad, en los casos en que su desvinculación se dé en forma irregular; y, además, consideramos que este artículo de investigación sirve de insumo doctrinal para la resolución de futuras controversias referentes a la desvinculación de servidores provisionales; brindando además un amplio margen de conocimiento alrededor de dicha figura dentro del esquema de función pública en Colombia.

REFERENCIAS

- Angarita Fernández, X., Martínez Castro, A. I. y Romero Rodríguez, N. R. (2015). La desvinculación de empleados de carrera administrativa nombrados en provisionalidad en Colombia. *Revista El Centauro*, 7(10), 81-92.
- Álvarez Salamanca, S. P. (2014). La motivación del acto administrativo como piedra angular de la desvinculación del servicio de empleados en provisionalidad: Análisis de la formalidad y sustancialidad

en las posturas dinámicas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado (Ciencias Políticas y Sociales-Maestría en Derecho de la Universidad Nacional y Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia).

- Asamblea Nacional Constituyente (ANC). (1991). Constitución Política de Colombia.
- Bastidas Melo, D. J. (2010). Procedencia de la acción de nulidad contra actos de carácter particular y concreto “Teoría de los móviles y finalidades”. Línea jurisprudencial (Universidad de Nariño).
- Caicedo Gutiérrez, M. L. (2014). La provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa 1. *Diálogos de Derecho y Política*, 14, 123-146.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo (2012). Sentencia de tutela segunda instancia del 31 de julio, C.P.: Dra. María Elizabeth García González.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. (2021). Sentencia de tutela primera instancia del 11 de noviembre de 2021, C.P.: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. (2022). Sentencia de unificación 0892-2017, C.P.: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. (2021). Sentencia 3920-15, C.P.: Dr. William Hernández Gómez.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (2003). Sentencia 1834, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. (1992). Sentencia 4577, C.P.: Dra. Clara Forero De Castro.
- Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia SU-917, M. P.: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia SU-446, M. P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). Sentencia T-656, M. P.: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia T-141, M. P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia SU-067, M. P.: Dra. Paola Andrea Meneses Mosquera.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia SU-087, M. P.: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia T-063, M. P.: Dr. Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia. (2024). Sentencia T-313, M. P.: Dra. Diana Fajardo Rivera.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). Sentencia T-356, M. P.: Dr. Jorge Enrique Ibáñez Najar.
- Corte Constitucional de Colombia. (2025). Sentencia T-061, M. P.: Dra. Natalia Ángel Cabo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2025). Sentencia T-064, M. P.: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

- Clavijo Cáceres, D., Guerra Moreno, D. y Yáñez Mesa, D. (2014). *Método, metodología y técnicas de la investigación aplicada al derecho*. Universidad de Pamplona y Grupo editorial Ibáñez.
- Gutiérrez Puertas, M. A. y Sánchez Garnica, J. Y. (2018). *Hacia las garantías de los derechos laborales de los empleados en provisionalidad: diferencia de criterios de las altas cortes* [Tesis para optar el título de abogado, Universidad La Gran Colombia].
- Jiménez, I. y Hurtado, W. (2022) Estabilidad laboral reforzada empleados provisionales en carrera administrativa y su efecto en la administración pública. *Inciso*, 24(1), 10.
- Londoño, R., Saidiza, O., Salinas, O. y Perea, M. (2018). *La trayectoria histórica del servicio civil y la función pública en Colombia*. Departamento Administrativo de la Función Pública.
- Moreno Melo, M. N. (2023). Estabilidad laboral de los trabajadores provisionales en entidades gubernamentales de Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(1), 1-25. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12061>
- Presidencia de la República. (2015). Decreto 1083, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.
- Puentes González, G. (2009). *La carrera administrativa en el marco de la función pública*. Universidad del Rosario.
- República de Colombia. (2004). Ley 909, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.
- República de Colombia. (2011). Ley 1437, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).
- República de Colombia. (2021). Ley 2080, por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.
- Zapata Tamayo, N. A. (2020). *El precedente judicial en materia del acto administrativo que declara insubsistencia del funcionario nombrado en* [Trabajo de grado de especialización, Universidad de Antioquia].