

ARTÍCULOS

UTOPIA Y PRAXIS LATINOAMERICANA. AÑO: 25, n° EXTRA 3, 2020, pp. 174-189
REVISTA INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA Y TEORÍA SOCIAL
CESA-FCES-UNIVERSIDAD DEL ZULIA. MARACAIBO-VENEZUELA
ISSN 1316-5216 / ISSN-e: 2477-9555



La motivación de la declaratoria de Insubsistencia en Colombia

The Motivation of the Insubsistence Declaratory in Colombia

Angélica María MUSKUS CARRIAZO

<https://orcid.org/0000-0003-1536-9700>

Angelica.muskus@gmail.com

Universidad del Sinú, Colombia

Este trabajo está depositado en Zenodo:

DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.3907067>

RESUMEN

La motivación de la declaratoria de insubsistencia de los nombramientos de aquellos empleados públicos que se encuentran en provisionalidad no ha sido un asunto pacífico en la Jurisprudencia de las altas Cortes Colombianas, en la cual se ha presentado un famoso "choque de trenes" debido a las posiciones contrapuestas que han sostenido, por un lado, la Corte Constitucional, con una postura más garantista frente a una postura más conservadora del Consejo de Estado Colombiano.

Palabras clave: Provisionalidad, insubsistencia, motivación, acto administrativo.

ABSTRACT

The motivation of the declaration of insubstance of the appointments of those public employees who are in provisional status, has not been a peaceful matter in the Jurisprudence of the Colombian High Courts, in which a famous "train crash" has been presented due to the opposing positions that they have held on one hand, the Constitutional Court, with a more guaranteed stance against a more conservative stance of the Colombian State Council.

Keywords: Provisional, insubstance, motivation, administrative act.

Recibido: 20-05-2020 • Aceptado: 22-06-2020



INTRODUCCIÓN

En Colombia, por mandato constitucional, la regla general del sistema de empleo público está dado por la carrera administrativa,¹ que es un sistema para la administración del personal al servicio del Estado, cuyo objeto es que el acceso a la función pública obedezca a principios de mérito, igualdad, ascenso y transparencia.

Para acceder a la carrera administrativa, es requisito sine qua non, superar concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en virtud de lo estipulado por la ley 909 de 2004².

No obstante, en circunstancias que se deben considerar siempre como excepcionales, la administración puede proveer empleos de carrera que encontrándose vacantes de manera definitiva³, requieren ser cubiertos transitoriamente, por razones de urgencia y necesidad, por personal que, aunque reúne los requisitos exigidos para el desempeño de las funciones que amerita el puesto de trabajo, no cumple con la exigencia de haber participado en un proceso de selección⁴ previo⁵.

Así, el ordenamiento jurídico colombiano, ha previsto como una de las formas de provisión de los empleos de carrera administrativa, los nombramientos provisionales mientras se realiza la provisión de los cargos por medio del concurso de méritos. A estos empleados, se les llama empleados provisionales o en provisionalidad.

La ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." lo consagra en su artículo 25:⁶

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

Teniendo en cuenta lo precedente, se puede afirmar que el régimen jurídico de los funcionarios provisionales se caracteriza por dos rasgos esenciales: su excepcionalidad y el carácter no permanente de su vinculación.⁷

La situación de los empleados en provisionalidad ha sido objeto de controversias en Colombia, en especial, la situación administrativa del retiro de estos, puesto que no hubo consenso doctrinal o jurisprudencial acerca de la obligatoriedad o no de la motivación de los actos administrativos mediante los cuales se declara la insubsistencia de nombramientos provisionales en empleos de carrera administrativa.

"La declaratoria de insubsistencia es una medida, prevista por nuestra legislación, en favor de la administración y como tal amparada por la presunción de legalidad. Pero tal presunción es desvirtuable, probando que el acto de insubsistencia se hizo con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo expidió, situación que se da cuando el agente que la

¹ Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 125.

² Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

³ Los nombramientos en provisionalidad pueden también utilizarse como mecanismo de provisión de empleos que se encuentran vacantes de manera transitoria por encontrarse su titular en situaciones administrativas previstas por el ordenamiento jurídico y al no ser posible su desempeño por un funcionario a través de la figura del encargo.

⁴ Rincón Córdoba Jorge Iván, *Derecho administrativo laboral*. Universidad Externado de Colombia. 4 edición. 2013. Pág. 357.

⁵ En el ordenamiento jurídico español por ejemplo, esto sería imposible toda vez que la jurisprudencia española ha sido enfática en señalar que como mínimo se debe realizar una convocatoria y un concurso evaluador de méritos y hojas de vida, para garantizar primero la publicidad y segundo, el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias. Ver ARROYO Luis, *El funcionario inerino*. Madrid. Editorial Tecnos. 1995.

⁶ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Artículo 25.

⁷ Rincón Córdoba Jorge Iván, *Derecho administrativo laboral*. Universidad Externado de Colombia. 4 edición. 2013. Pág. 358

decreta persigue fines contrarios a los del buen servicio, que son obviamente los que deben perseguir las autoridades investidas de esta facultad”⁸

Este tema, suscitó por muchos años una controversia jurisprudencial entre los dos máximos órganos constitucionales: la Corte Constitucional, que es el intérprete por excelencia de la constitución y supremo órgano de la jurisdicción constitucional, y el Consejo De Estado Colombiano que es el órgano supremo de lo contencioso administrativo.

Lo anterior, generó mucha confusión a los operadores jurídicos, abogados, empleados, y al país en general puesto que existía incertidumbre jurídica al respecto, provocando fallos contradictorios en casos completamente similares, según la jurisdicción que conociera del mismo.

Como vemos, la figura en el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra debidamente delimitada legalmente, no obstante, en la práctica, su aplicación generalizada ha traigo consigo muchas dificultades y además ha suscitado dudas en el sistema de méritos en el empleo público⁹.

El tema del retiro de los empleados provisionales en Colombia no es intrascendente debido al abismal número de empleados que hay en esta situación aun cuando la regla general es la carrera administrativa. Durante el desarrollo de los debates legislativos que culminaron con la expedición de la ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*¹⁰ se emitió un interesante al respecto:

*“Es de tal dimensión el problema de la provisionalidad que, de 91.174 empleos de carrera administrativa de las entidades del orden nacional de la Rama Ejecutiva, solamente 60.294 se encuentran inscritos en la carrera administrativa y los restantes, es decir, 30.880 en provisionalidad; no hay datos de este número de empleos en el orden territorial, pero se calcula que los provisionales alcanzan allí una suma de 60.000 o más.”*¹¹

Por lo expuesto, quisimos abordar en este escrito el tema referido. Para ello, en primer lugar, iniciaremos con una contextualización del empleo público en Colombia, explicando las clases de personal existentes, la forma de provisión de estos, el régimen del retiro para concluir poniendo de presente la controversia a la que nos acabamos de referir.

CLASES DE VINCULACIÓN CON EL ESTADO EN COLOMBIA

Las personas que se encuentran al servicio del Estado en Colombia, se clasifican en empleados del Estado, trabajadores del estado y miembros de corporaciones públicas, así se entiende del artículo 123 de la Constitución Política de 1991¹² que dispone que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.¹³

⁸ Younes Moreno, Diego. Derecho Administrativo Laboral. Editorial Temis S.A. Décima edición. Bogotá-Colombia 2005. Pág. 204

⁹ Rincón Córdoba Jorge Iván, *Derecho administrativo laboral*. Universidad Externado de Colombia. 4 edición. 2013. Pág. 358

¹⁰ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*

¹¹ Ponencia para segundo debate al proyecto de ley 233 de 2004 senado, 262 de 2004 cámara por medio de la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones Disponible en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=12&p_numero=233&p_consec=8404

¹² Constitución política de Colombia. 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 123.

¹³ Constitución política de Colombia. 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 123.

Cada uno de estos, dependiendo de su vinculación se rige por diferentes disposiciones en materia de ingreso, permanencia y retiro. Se estudiará cada uno de ellos, con el fin de contextualizar el objeto de este escrito.

1. Empleados Públicos:

En Colombia, son empleados públicos quienes prestan servicios personales remunerados en los organismos y entidades de la administración pública, cuya vinculación se establece a través de un acto de nombramiento más posesión, y su relación laboral se encuentra determinada por ley o reglamento.¹⁴

Dentro de los empleados públicos encontramos:

a. Empleados de Carrera Administrativa: Constituyen la regla general del empleo público en Colombia. La constitución política de Colombia en su artículo 125, estipula¹⁵:

“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.”

La provisión definitiva de los empleos de carrera administrativa se realiza a través de un nombramiento en período de prueba, una vez el servidor ha superado un concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil en virtud de lo estipulado por la ley 909 de 2004¹⁶. No obstante, mientras esto transcurre, de manera transitoria, el empleo puede proveerse mediante nombramiento provisional, nombramiento este que estudiaremos con más detalle a continuación y que constituyen objeto central de este escrito.

b. Empleados de libre nombramiento y remoción, Su provisión y retiro se efectúan en virtud de la facultad discrecional del nominador para proveer los empleos.¹⁷

Al respecto de los empleados de libre nombramiento y remoción, queremos hacer mención especial a la trabajadora que se encuentra en estado de embarazo y en período de lactancia, ya que aún cuando se encuentran vinculadas con el Estado a través de una relación legal y reglamentaria y en principio el acto de retiro debería obedecer a un acto discrecional del nominador, cuentan con una protección laboral reforzada que implica que el acto administrativo que ordena la desvinculación debe ser motivado, ya que debe probarse que la razón del retiro no tuvo como fundamento la situación de embarazo o lactancia.¹⁸

c. Empleados de periodo fijo: Son empleos clasificados en la Constitución o en la ley con esta naturaleza. Ejemplo de ellos son los Contralores, Personeros, Directores de Empresa Social del Estado.

d. Temporales. Estos empleos se crean para cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración. Ley 909 de 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones¹⁹.

¹⁴ Ver Ley 909 de 2004, en el Decreto ley 2400 de 1968 y en el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública.

¹⁵ Constitución política de Colombia. 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 125.

¹⁶ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial 45.680. Artículo 30.

¹⁷ Ibidem. Art. 5

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-075 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: Julio 24 de 2018). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

¹⁹ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

2. Trabajadores Oficiales

Son los servidores públicos que, a diferencia de los empleados, son vinculados por medio de un contrato de trabajo. Esto determina el régimen del servicio que va a prestar, permitiendo, a diferencia de la categoría anterior, la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. Los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato laboral. Son la regla general en las Empresas industriales y comerciales del Estado. Esta categoría está regulada en la ley 6 de 1945 y el decreto 1083 de 2015²⁰.

3 Trabajadores que se Rigen por el Derecho Privado

Son trabajadores que se vinculan a la Administración mediante un contrato de trabajo y se rigen por las normas del Código Sustantivo de Trabajo²¹. Al igual que la categoría anterior, tienen la posibilidad de discutir las condiciones aplicables en materia salarial, prestacional, jornada laboral, entre otros aspectos. De igual manera, los pactos y convenciones colectivas, el reglamento interno de trabajo, los laudos arbitrales, hacen parte del contrato de trabajo. Son la regla general en las sociedades de economía mixta y las empresas de servicios públicos domiciliarios en el orden Nacional y Territorial.

4. Miembro de Corporación Pública

Son los servidores públicos que son electos por votación popular e integran los cuerpos colegiados de elección directa que representan al pueblo en los niveles nacional y territorial. Sus requisitos, funciones, inhabilidades e incompatibilidades y forma de elección se encuentran definidos en la Constitución Política de Colombia²². Ejemplo de ellos son los Congresistas (cabeza del poder legislativo colombiano), los Diputados y los Concejales.

5. Supernumerarios

Son auxiliares de la Administración vinculados a ella de manera temporal únicamente en casos de vacancia temporal de los empleados públicos como consecuencia de las licencias o vacaciones. Estos son colaboradores, y no pertenecen a las plantas de personal permanentes.²³

Para que una persona se vincule como supernumerario, se le exigen los mismos requisitos que se exigen para proveer un empleo de la planta permanente y que la entidad cuente con el rubro especial de supernumerarios en el presupuesto.

PROVISIÓN DE EMPLEOS EN COLOMBIA

1. Provisión de Empleos de Carrera Administrativa

Como ya mencionamos, por mandato constitucional, en Colombia la regla general en cuestión de empleo público es la carrera administrativa, lo cual significa que lo relevante es el mérito y capacidad, para la consecución del empleo público.

²⁰ Presidente de la República. 26 de mayo de 2015. Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.". Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866#1083>

²¹ Presidente de la República. Edición Oficial del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, con sus modificaciones, ordenada por el artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950, la cual fue publicada en el Diario Oficial No 27.622, del 7 de junio de 1951, compilando los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y 905 de 1951. Disponible en <http://www.mintrabajo.gov.co/normatividad/leyes-y-decretos-ley/codigo-sustantivo-del-trabajo>

²² Constitución política de Colombia. 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.

²³ Presidente de la República de Colombia. 7 de junio de 1978. Decreto Ley 1042 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". Diario Oficial 35035. Artículo 83.

Para proveer los empleos de Carrera Administrativa se acude a las que hayan superado un concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional de Servicio Civil, ya sea en periodo de prueba o en ascenso²⁴.

Si la persona supera el periodo de prueba (6 meses), adquiere los derechos de Carrera Administrativa y se inscribirá en el Registro Público de Carrera Administrativa.²⁵

2. Encargos y Nombramientos Provisionales

El objeto de este escrito, como hemos venido afirmando es determinar si es requerida la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de nombramientos provisionales en empleos de carrera administrativa.

Pues bien, los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes en forma definitiva se podrán proveer, mientras se adelantan los respectivos procesos de selección, mediante encargo a los empleados de carrera, siempre que cumplan con las siguientes condiciones²⁶:

- Acreditar los requisitos para el ejercicio del empleo objeto de encargo;
- Poseer las aptitudes y habilidades para su desempeño;
- Haber sido calificado como sobresaliente en la última evaluación del desempeño;
- No haber sido sancionado disciplinariamente en el año anterior; y
- Desempeñar el empleo inmediatamente inferior al que se va a proveer.

En el evento que no existan dentro de la planta de personal empleados de carrera que puedan ser encargados por no reunir los requisitos, será procedente efectuar nombramientos provisionales, de manera excepcional.

Así, la administración puede proveer empleos de carrera que encontrándose vacantes de manera definitiva²⁷, requieren ser cubiertos transitoriamente, por razones de urgencia y necesidad, por personal que, aunque reúne los requisitos exigidos para el desempeño de las funciones que amerita el puesto de trabajo, no cumple con la exigencia de haber participado en un proceso de selección previo.

También, cuando se generan vacantes temporales de los empleos de carrera porque el servidor se encuentra en vacaciones, licencias, permisos, suspensión o comisiones, entre otros, se puede proveer, mientras dura la vacancia, a través del encargo de los empleados de carrera o a través de nombramiento provisional de no encontrarse empleado de carrera que pueda ser encargado.²⁸

La característica principal de esta forma de provisión es como su nombre lo dice, su carácter temporal. Así se deja claro en el Decreto 1083 de 2015²⁹, reglamentario de la Ley 909 de 2004,³⁰ que dispone que la duración de esta provisión no podrá ser superior a seis (6) meses.

²⁴ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004 Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 45.680.

²⁵ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004 Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 45.680.

²⁶ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004 Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 45.680. Artículo 24

²⁷ Los nombramientos en provisionalidad pueden también utilizarse como mecanismo de provisión de empleos que se encuentran vacantes de manera transitoria por encontrarse su titular en situaciones administrativas previstas por el ordenamiento jurídico y al no ser posible su desempeño por un funcionario a través de la figura del encargo.

²⁸ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 45.680. Artículo 25.

²⁹ Presidente de la República. 26 de mayo de 2015. Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.". Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866#1083>

³⁰ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 45.680.

3. Provisión de Empleos de Libre Nombramiento y Remoción

En virtud del artículo 23 de la ley 909 de 2004³¹, los empleos de libre nombramiento se proveen por nombramiento ordinario, previa verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos para su desempeño y de no encontrarse incurso en alguna inhabilidad o incompatibilidad.

Estos nombramientos tienen una particularidad y es que están sujetos al cumplimiento de la Ley 581 de 2000 que es la llamada en Colombia "Ley de Cuotas"³² que busca conseguir tanto a nivel nacional como territorial, una participación efectiva de la mujer en los niveles decisorios de la Administración.

4. Provisión de Empleos de Periodo en el Nivel Territorial.

La elección de servidores públicos por parte de corporaciones públicas en el nivel territorial, como es el caso de los personeros y contralores, deben estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, la cual establece los requisitos y procedimientos para su selección, respetando los principios de mérito, publicidad, transparencia, y equidad de género.

RETIRO DEL EMPLEO EN COLOMBIA

La ley 909 de 2004, en su artículo 41³³ instituye los casos en los que se produce el retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa en Colombia.

El retiro de los empleos de carrera deberá efectuarse siempre mediante acto motivado, así como el de los empleadas de libre nombramiento y remoción que se encuentran en estado de embarazo y lactancia.

1. Retiro de los Empleados de Libre Nombramiento y Remoción por Insubsistencia del Nombramiento

La remoción en empleos de libre nombramiento se puede efectuar mediante acto no motivado, por lo que la competencia para efectuarla es discrecional y procede por iniciativa del nominador cuando así bien lo ha considerado por la conveniencia y oportunidad para mejorar el servicio de la entidad pública y los intereses generales que deben predominar en la función pública³⁴.

La excepción consagrada y que se ha mantenido casi que inmutable en la jurisprudencia colombiana, son las empleadas de libre nombramiento y remoción que se encuentran en estado de embarazo o lactancia, quienes cuentan con fuero especial de protección constitucional al ser beneficiarias de una estabilidad laboral reforzada.

Ha sostenido recientemente la Corte Constitucional Colombiana en sentencia de unificación jurisprudencial sobre el tema³⁵, que el fundamento de la protección del fuero de maternidad tiene cuatro sustentos: el mandato del artículo 43 acerca de la especial protección de la mujer embarazada y en periodo de lactancia y en el caso de estar desamparada la obligación de otorgar un subsidio alimentario; la protección

³¹ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 45.680. Artículo 23.

³² Congreso de la República de Colombia. 31 de mayo de 2000. Ley 581 de 2000 "Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 44.026.

³³ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004 Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 45.680. Artículo 41.

³⁴ Ver al respecto por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia Radicado No. 2002-00188-01 del 19 de enero de 2006. M.P. Tarcisio Cáceres Toro. Ver también Radicado No. 4425-2004 del 4 de noviembre de 2008. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU - 075 de 24 de julio de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

de la mujer embarazada de la discriminación en el trabajo, específicamente de su despido por la maternidad; la protección de la mujer como gestora de vida y los derechos de los niños; y la protección a la familia.

Así las cosas, las mujeres en estado de embarazo o lactancia, aún cuando su vinculación con el Estado obedece a una relación legal y reglamentaria, y que en principio su acto de retiro debe obedecer a la mera discrecionalidad de su empleador, debido a sus especiales circunstancias por ser sujetos de protección constitucional, se han consagrado jurisprudencialmente como una excepción al ejercicio discrecional del retiro por parte del nominador, y es obligación que el acto administrativo que ordena la desvinculación de la misma deba ser motivado como fundamento de la situación de embarazo.³⁶

Y es que el Estado Colombiano, se ha caracterizado por propender en el garantismo en los derechos de las mujeres embarazadas, y estar a la vanguardia internacional en el tema.

2. Retiro de Empleados Vinculados Mediante Nombramiento Provisional

En este punto, encontramos la cuestión central de nuestro escrito. Es claro, que el retiro debe hacerse por medio de acto administrativo, no obstante, en Colombia se ha discutido legal y jurisprudencialmente, si dicho retiro debe o no ser motivado.

La controversia entre el Consejo de estado y la Corte Constitucional, que son dos de las tres altas cortes en Colombia, empezó en el año 1998³⁷ cuando la segunda sentó su postura de obligatoriedad de motivación de los actos administrativos.

En 2004 se expide la ley 909 de ese año que entró a regular el empleo público y la carrera administrativa en el país³⁸, y en 2015, se expide el Decreto Reglamentario No. 1083 de 2015³⁹ que dispone que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados⁴⁰

No obstante, ambas cortes siguieron obstinadas en la defensa de sus posturas, por lo cual nos vamos a referir a continuación a la controversia jurisprudencial que se ha presentado al respecto del tema estudiado:

POLÉMICA JURISPRUDENCIAL EN COLOMBIA: MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE RETIRO DE EMPLEADOS PROVISIONALES

A propósito del acto administrativo mediante los cuales se declara la insubsistencia de nombramientos provisionales en empleos de carrera administrativa, en Colombia, se ha suscitado por largos años una discusión jurisprudencial, en torno a la motivación que debe tener o no dicho acto.

En Sentencia SU-250 de 1998⁴¹, la Corte Constitucional Colombiana, que es el intérprete máximo de la constitución, estableció la obligatoriedad de la administración de motivar los actos administrativos por medio

³⁶ Ver por ejemplo Sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T-126 de 2012 (M.P. Jorge Pretelt Chaljub: febrero 23 de 2012) recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/T-126-12.htm> ; SU-070 de 2013, recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=53189> (M.P. Alexei Julio Estrada: febrero 13 de 2013) T 716 de 2013, T 138 de 2015, Sentencia SU-075 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: Julio 24 de 2018). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/SU075-18.htm>

³⁷Corte Constitucional. Sentencia SU - 250 de 26 de mayo de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>

³⁸ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 45.680.

³⁹ Presidente de la República. 26 de mayo de 2015. Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.". Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866#1083>

⁴⁰ Presidente de la República. 26 de mayo de 2015. Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.". Artículo 2.2.5.3.4 Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=62866#1083>

⁴¹Corte Constitucional. Sentencia SU - 250 de 26 de mayo de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU250-98.htm>

de los cuales se declara la insubsistencia de los empleados provisionales en empleos de carrera administrativa

En la providencia, la corte afirmó que los actos administrativos, para su validez, deben estar motivados, lo cual implica, por una parte, señalar los fundamentos de hecho que los justifican y por otro las normas jurídicas en que se fundamentan.

Asegura la corte, que la libertad de la administración para declarar insubsistente a un funcionario en provisionalidad en un cargo para el cual se estableció la carrera se encuentra limitada por la discrecionalidad, la cual no implica prescindir de una justificación para cada caso concreto, lo cual evita la arbitrariedad cuando se hace uso de estas facultades.

La necesidad de motivación de los actos administrativos según la Corte Constitucional está dirigida a convencer a las partes de que la decisión tomada fue ajustada a derecho y no a motivos meramente personales que puedan resultar arbitrarios. Se entiende como un reflejo del principio de publicidad establecido en la Constitución de 1991⁴², pues si no se motiva no hay publicidad y con ello se estarían violando otros derechos establecidos en la misma disposición.

Años más tarde, en sentencia del 13 de marzo de 2003, dictada en el proceso 1834-01⁴³, el Consejo de Estado Colombiano, quien es el máximo órgano de lo contencioso administrativo, fijó su criterio, en el sentido de señalar que los funcionarios provisionales al no pertenecer a la carrera administrativa pueden ser retirados discrecionalmente, en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión.

Esta postura fue reiterada de forma más contundente por el mismo tribunal, en sentencia de 19 de octubre de 2006, expediente 3934-05⁴⁴ donde critica de manera abierta y expresa la posición jurisprudencial sentada por el máximo órgano constitucional.

En esa providencia, el Consejo de Estado parte de un trasfondo establecido de antaño en la jurisprudencia de esa Corporación, en la cual se asimilan los cargos de libre nombramiento y remoción a los de carrera en provisionalidad, desde la perspectiva legal, en la medida en que la inamovilidad que puede suponer la carrera sólo se puede predicar de quien haya superado un concurso y haya accedido al cargo por méritos y en propiedad.

El Consejo de Estado critica la posición de la Corte Constitucional, a partir de argumentos que apuntan en primer lugar a una realidad fáctica consistente en que los nombramientos de cargos de carrera en provisionalidad obedecen a razones de confianza, y no a razones técnicas que se deben predicar de los cargos de carrera. Señala que las condiciones técnicas del candidato y del empleo sólo cobran vigencia en la medida en que la vinculación se haya realizado previo a un concurso de méritos y como consecuencia de lo anterior sostiene que resulta equivocado que se prediquen condiciones profesionales y técnicas de quien no las ha demostrado.⁴⁵

Manifiesta que el funcionario declarado insubsistente tiene la posibilidad de interpretar, conforme a las circunstancias concretas de su desempeño⁴⁶, cuál causa dio lugar a dicho acto y determinar si la misma se apartó de la legalidad, del buen servicio o del interés general, argumentos que podrá utilizar para demandar y lograr la anulación del acto y, como consecuencia de lo anterior, no se puede decir que se viole el derecho de defensa, ya que la jurisdicción evaluará si se presentó una desviación de poder conforme a las pruebas allegadas al proceso.

Argumenta que la asimilación entre los cargos de libre nombramiento y remoción y los de carrera en provisionalidad en relación con el deber de motivar el acto administrativo de insubsistencia, no fue una

⁴² Constitución política de Colombia. 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Artículo 209

⁴³ Consejo de Estado. Sentencia de 13 de marzo de 2003, Tarsicio Cáceres Toro, expediente 1834-01 Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14804>

⁴⁴ Consejo de Estado. Sentencia de 19 de octubre de 2006, Ana Margarita Olaya Forero. expediente 3934-05. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=23030>

⁴⁵ IBIDEM

⁴⁶ IBIDEM

invención de dicha Corporación, puesto que provino de la ley. Para esto hace referencia al artículo 22 de la ley 27 de 1992⁴⁷, el cuál fue declarado inexecutable por aspectos formales pero que establecía que, para acceder en propiedad a un cargo de carrera, quienes no acreditarán los requisitos dentro del término señalado, quedarán de libre nombramiento y remoción.

Para el Consejo de Estado⁴⁸, la Corte Constitucional olvidó aspectos trascendentales de la voluntad del legislador respecto de la motivación, que tiene fundamento estrictamente en un criterio de legalidad.

Por otra parte, sostiene que todos los actos administrativos tienen una causa o motivación así no aparezca de manera explícita, por lo que depende de las partes probar que las causas de los actos se alejaron de la legalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil⁴⁹ (vigente para la época de la sentencia).

Se notan entonces, dos posturas totalmente contrapuestas en la jurisprudencia colombiana al respecto de la motivación de los actos administrativos de retiro de los provisionales. Así, durante mucho tiempo se generó incertidumbre en el país sobre cuál sería la postura adecuada, y los abogados, aprovecharon las diferencias, para acomodar la postura según los intereses, e interponer los recursos ante la entidad que más conviniera a las necesidades de su cliente (ya fuera ante la jurisdicción constitucional o el contencioso administrativo).

En 2008, se profiere por parte del Consejo de Estado Sentencia de 26 de junio, Expediente 606-07⁵⁰, la cual puede ser interpretada como una postura intermedia, que en principio fue interpretada como un acercamiento del Consejo de Estado a la postura de la Corte Constitucional.

En dicha providencia, se señala que la falta de motivación de los actos de insubsistencia de empleados provisionales se presume fundamentada en el fin de mejoramiento del servicio.

Sin embargo, se establece un régimen más estricto para la administración, en la medida en que señala que en caso de que exista una motivación no opera la presunción de estar fundamentado en el buen servicio. En ese caso, al realizar el control jurisdiccional, el juez se atiene a las razones de hecho y de derecho consignadas en dicho acto.

Debe hacerse énfasis en que la sentencia no señala que los actos por medio de los cuales se declara insubsistente a un funcionario de carrera en provisionalidad se deban motivar. Siendo así, se llega a una posición intermedia que consideramos contradictoria, en la medida en que se puede llegar a admitir la legalidad de una resolución que no fue motivada, con fundamento en la presunción de que la insubsistencia se justificó a partir de la protección del buen servicio, y declarar nula una resolución de insubsistencia que tuvo alguna motivación, como el caso concreto estudiado.

En esta medida se podría pensar en principio, que puede constituir una posición más cercana a la de la Corte Constitucional, para aquellos eventos en los que efectivamente se haya motivado el acto administrativo y en esa medida constituir un avance en la posición del Consejo de Estado. Sin embargo, reiteramos, la posición nos resulta contradictoria en la medida en que permite que no se motiven los actos que declaran la insubsistencia de funcionarios de carrera en provisionalidad, pero juzga aquellos actos en los cuales se esgriman las causas que dieron lugar a tal declaratoria.

⁴⁷ Congreso de la República de Colombia. 23 de diciembre de 1992. Ley 27 de 1992 "Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones." Derogado por el artículo 88 de la ley 443 de 1998.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sentencia de 19 de octubre de 2006, Ana Margarita Olaya Forero. expediente 3934-05. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=23030>

⁴⁹ Presidente de la República. 21 de septiembre de 1970. Decreto 1400 de 1970. "Por los cuales se expide el Código de Procedimiento Civil". Artículo 177. Derogado por la ley 1564 de 2012.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sentencia de 26 de junio de 2008, Expediente 606-07, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Disponible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwinhrmptO_QAhVJxCYKHW1nA5IQFggBMAA&url=https://www.notinet.com.co%2Fpedidos%2Finsu1.doc&usq=AFQjCNFu2k3kH_-OpUWDdfJs9g2kwVF1hw

Poco tiempo después de esta sentencia, se volvió a pronunciar la Corte Constitucional en sentencia T – 011 de 16 de enero de 2009⁵¹.

En la misma, afirma la corte que la necesidad de motivar el acto que declara la insubsistencia del funcionario, se fundamenta en el hecho de que el cargo en provisionalidad, no se puede asimilar al de libre nombramiento y remoción, por lo que no se permite la desvinculación salvo que medie una justa causa para ello. (Un ataque claro a la postura sostenida por el Consejo de Estado)⁵².

Adicionalmente, respecto de la motivación que debe realizar el nominador, en el fallo se hace una precisión importante, y es que para la Corte Constitucional no es válido fundamentar la declaratoria de insubsistencia en la provisionalidad del cargo o en la facultad discrecional que tiene la administración⁵³. Considera que los únicos argumentos válidos se encuentran en la ocupación del cargo con ocasión del concurso de méritos o porque existe una razón que así lo justifique desde la perspectiva del servicio.⁵⁴

Es decir, reafirma la postura que siempre ha referido, pero además la robustece estableciendo que no cualquier argumento constituye una motivación válida.

No obstante, 4 meses después, en sentencia T – 251 de 2 de abril de 2009⁵⁵, encontramos una pequeña modificación de la posición de la Corte Constitucional, pues ya no se señala que la razón de la motivación de los actos mediante los cuales se declara insubsistente a un funcionario en provisionalidad provenga del hecho de ser cargos de carrera.

Encuentra el órgano constitucional, que efectivamente es diferente un cargo en provisionalidad y uno en propiedad, sin embargo, ello no implica que los actos mediante los cuales se declara insubsistente a un funcionario en provisionalidad no se deban motivar.

Sostiene, que la motivación desde el punto de vista de los derechos fundamentales resulta indispensable, ya que una interpretación sistemática de la Constitución impone al Estado el deber de erradicar la arbitrariedad en las decisiones.

De igual manera, manifiesta que, si la provisionalidad fue utilizada con el fin de impedir la parálisis o la interrupción del servicio, la desvinculación debe atender a que no se satisfizo el interés perseguido por la administración con el nombramiento.

De esta manera, sostiene que le asiste razón al Consejo de Estado al señalar que no se puede asimilar el nombramiento en propiedad y el nombramiento en provisionalidad, pero que no le asiste razón cuando permite la desvinculación de servidores en provisionalidad sin motivar los actos administrativos que así lo decidieron, dado que la motivación es lo que permite erradicar la arbitrariedad y le permite al funcionario conocer las razones de la decisión de la administración.

Por otra parte, señala la obligatoriedad de acoger la tesis defendida de antaño por la Corte⁵⁶, pues la misma no riñe con la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que no entra a juzgar el fondo de la declaratoria de insubsistencia, sino que simplemente aboga por la necesidad de motivar los actos administrativos, pues el análisis de la legalidad de estos, una vez se cumpla con el deber de motivar las decisiones, corresponderá a dicha jurisdicción.

Se evidencia entonces en las providencias citadas⁵⁷, que en Colombia existió por muchos años una ardua polémica encabezada por los dos máximos órganos jurisdiccionales (constitucional y contencioso

⁵¹Corte Constitucional. Sentencia T – 011 de 16 de enero de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-011-09.htm>

⁵²Corte Constitucional. Sentencia T – 011 de 2009., Nilson Pinilla Pinilla. 16 de enero de 2009. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-011-09.htm>

⁵³ IBIDEM

⁵⁴ IBIDEM

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia T – 251 de 2 de abril de 2009, Cristina Pardo Schlesinger Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-251-09.htm>

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia T – 251 de 2 de abril de 2009, Cristina Pardo Schlesinger Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-251-09.htm>

⁵⁷ Ver Corte Constitucional. Sentencia T – 251 de 2 de abril de 2009, Cristina Pardo Schlesinger, Corte Constitucional. Sentencia T – 011

administrativo), en torno a la obligatoriedad de la motivación de los actos administrativos mediante los cuales se declara la insubsistencia de nombramientos provisionales en empleos de carrera administrativa.

Los más perjudicados fueron los mismos trabajadores que como mencionamos, no tenían seguridad jurídica sobre la verdadera vocación de la motivación del mencionado acto administrativo, y debían enfocar sus pretensiones según el órgano que fuera a conocer del caso, llegando esto a situaciones de desigualdad puesto que un caso similar, si era decidido por el Consejo de Estado podía traer una solución muy diferente a otro caso que fuese decidido por la Corte Constitucional.

ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

En el año 2010, la Corte Constitucional Colombiana se volvió a pronunciar sobre el tema, esta vez en una Sentencia de Unificación SU-917 de 2010⁵⁸, en la cual afirma que el acto de retiro no sólo debe ser motivado, sino que ha de cumplir ciertas exigencias mínimas respecto de su contenido material, de modo que el administrado cuente con elementos de juicio necesarios para decidir si acude o no ante la jurisdicción y demanda la nulidad del acto, y lo contrario significaría anteponer una exigencia formal de motivación en detrimento del derecho sustancial al debido proceso, pues si no se sabe con precisión cuáles son las razones de una decisión administrativa difícilmente podrá controvertirse el acto tanto en sede gubernativa como jurisdiccional, por lo cual 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.⁵⁹

En este orden de ideas, según la Corte Constitucional, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto.⁶⁰

Así las cosas, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-917 de 2010⁶¹, que los nombramientos provisionales, podrán ser terminados de acuerdo con las siguientes causales:

- Como resultado de una sanción de tipo disciplinario.
- Cuando el cargo respectivo se vaya a proveer por utilización de lista de elegibles obtenida a través de concurso de méritos.
- Cuando existan razones específicas atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto y que ameriten una calificación insatisfactoria.

Ese mismo año el Consejo de estado, con providencia de 4 de agosto de 2010⁶² sobre el tema indicó que no existe un linaje del funcionario provisional, sino que por el contrario se constituye en un fenómeno producto de la regulación de la legislación y de las normas reglamentarias vigentes, por tanto no cuenta con el fuero de estabilidad propio de quienes acceden por mérito a los cargos de carrera administrativa, para

de 2009., Nilson Pinilla Pinilla. 16 de enero de 2009, Consejo de Estado. Sentencia de 26 de junio de 2008, Expediente 606-07, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Consejo de Estado. Sentencia de 19 de octubre de 2006, Ana Margarita Olaya Forero. expediente 3934-05, Consejo de Estado. Sentencia de 13 de marzo de 2003, Tarsicio Cáceres Toro, expediente 1834-01.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/SU917-10.htm>

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/SU917-10.htm>

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ Ibidem

⁶² Consejo de Estado. Sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 0319-08. MP. Gustavo Gómez Aranguren. Disponible en [http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/15001-23-31-000-2001-00354-01\(0319-08\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/15001-23-31-000-2001-00354-01(0319-08).pdf)

sostener de manera textual que sigue sosteniendo la tesis que de tiempo atrás se había determinado por la misma corporación, en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, conclusión a la cual llega la Sala luego de dirigir sus reflexiones al estudio histórico - normativo de la figura. Pero precisa, que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional encuentra su excepción solo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada⁶³

Se refiere el Consejo de Estado, al ya artículo 10 del Decreto 1227 de 2005⁶⁴ que establecía que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

En el mismo sentido esta Corporación en sentencia de 23 de septiembre de 2010⁶⁵ M.P Dr. Gerardo Arenas señaló:

*"La Ley 909⁶⁶ y su decreto reglamentario le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que estos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar al empleado a concurso, autorizando la prórroga de los nombramientos provisionales hasta cuando dicha convocatoria pueda ser realizada, de tal manera que, sólo mediante acto motivado el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional"*⁶⁷

Nótese entonces, que, a partir del año 2010, por un lado, la Corte Constitucional detalló aún más su postura de obligatoriedad de motivación de los actos administrativos de insubsistencia de provisionales estableciendo que sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos específicos. Y, por otro lado, se flexibilizó un poco la postura del Consejo de Estado Colombiano, admitiendo como excepción la motivación de los actos administrativos, haciendo remisión a la norma del Decreto 1227 de 2005⁶⁸ (5 años después de su expedición).

En el año 2015, se expide el Decreto Único Reglamentario de la función pública No. 1083 de 2015⁶⁹, que enfáticamente dispone:

*"ARTÍCULO 2.2.5.3.4 Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada podrá darlos por terminados"*⁷⁰

⁶³Consejo de Estado. Sentencia de 4 de agosto de 2010, expediente 0319-08. MP. Gustavo Gómez Aranguren. Disponible en [http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/15001-23-31-000-2001-00354-01\(0319-08\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/15001-23-31-000-2001-00354-01(0319-08).pdf)

⁶⁴ Presidencia de la República. 21 de abril de 2005. Decreto Reglamentario 1227 de 2005 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998" presidente de Colombia. Diario Oficial 45890 de abril 25 de 2005.

⁶⁵Consejo de Estado. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Expediente 0883-08 M.P Dr. Gerardo Arenas Disponible en: [http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2005-01341-02\(0883-08\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08).pdf)

⁶⁶ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004 Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Diario Oficial 45.680

⁶⁷Consejo de Estado. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Expediente 0883-08 M.P Dr. Gerardo Arenas Disponible en: [http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2005-01341-02\(0883-08\).pdf](http://190.24.134.67/documentos/boletines/PDF/25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08).pdf)

⁶⁸ Presidencia de la República. 21 de abril de 2005. Decreto Reglamentario 1227 de 2005 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998" presidente de Colombia. Diario Oficial 45890 de abril 25 de 2005.

⁶⁹ Presidente de la República. 26 de mayo de 2015. Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.". Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/evalgestornormativo/norma.php?i=62866#1083>

⁷⁰ Presidente de la República. 26 de mayo de 2015. Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.". Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/evalgestornormativo/norma.php?i=62866#1083>. Artículo 2.2.5.3.4

Es decir, se torna más por la postura que ha sostenido por años la Corte Constitucional, y contrario a lo que se había establecido en el Decreto 1227 de 2005⁷¹, estableciendo que es necesaria la motivación de terminación de los actos administrativos que den por terminados los nombramientos provisionales, aun cuando no haya terminado el término de duración del mismo.

En concepto reciente del Departamento Administrativo de la Función Pública, se afirma que *de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-917 de 2010⁷², la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto⁷³.*

Así las cosas, se puede afirmar que actualmente en Colombia, siguen existiendo confusión por las diferencias normativas y jurisprudenciales acerca de la motivación de los actos administrativos por los cuales se declara la insubsistencia de nombramientos provisionales en empleos de carrera administrativa, aun cuando la balanza actualmente está inclinándose por la postura de la Corte Constitucional Colombiana.

CONCLUSIONES

De lo que se ha venido exponiendo a través de este escrito, se puede concluir que conforme a lo establecido en la Ley 909 de 2004⁷⁴ y el Decreto 1083 de 2015⁷⁵, los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa, con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito, con fundamento en unas causales específicamente señaladas en la norma, siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos para ser encargados.

Con relación al retiro, sigue existiendo actualmente diversas posturas sobre si éste debe producirse mediante acto motivado, entre otras razones, porque el cargo se va a proveer de manera definitiva con la persona que superó el concurso de méritos, por razones de tipo disciplinario o por el desempeño no satisfactorio, o si solamente debe ser motivado cuando se produzca el acto administrativo antes del plazo acordado para ello.

Consideramos, que en aras de los principios que deben regir la función administrativa, así como las bases constitucionales de todo Estado de derecho y concretamente una de las garantías más importantes que esto implica, como lo es el derecho al debido proceso, todo acto administrativo debe estar motivado, y si bien reconocemos la discrecionalidad de la administración, consideramos que esa discrecionalidad en ningún momento se ve interrumpida u obstaculizada por el hecho de la obligación de motivar los actos administrativos, por el contrario, es una garantía para el administrado e incluso para la misma administración ya que dicha motivación puede resultar útil en la medida en que ésta pueden ser trascendental para efectos de resolver posibles conflictos posteriores ante la jurisdicción.

⁷¹ Presidencia de la República. 21 de abril de 2005. Decreto Reglamentario 1227 de 2005 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"* presidente de Colombia. Diario Oficial 45890 de abril 25 de 2005.

⁷² Corte Constitucional. Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/SU917-10.htm>

⁷³ Departamento Administrativo de la función Pública. Concepto 47941 de 2019. Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/evalgestornormativo/norma.php?i=91272>

⁷⁴ Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Ley 909 de 2004 *"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."* Diario Oficial 45.680. Artículo 25.

⁷⁵ Presidente de la República. 26 de mayo de 2015. Decreto 1083 de 2015 *"Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública."* Disponible en <https://www.funcionpublica.gov.co/evalgestornormativo/norma.php?i=62866#1083>

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO YANES, L.M (1995). El funcionario Interino. Editorial Tecnos, Madrid.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. (1991) Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2004). Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones." Congreso de la República de Colombia. 23 de septiembre de 2004. Diario Oficial 45.680 de septiembre 23 de 2004.
- CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO (2010) Sentencia de 23 de septiembre de 2010, M.P. Gerardo Arenas. Expediente 0883-08
- CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. (2003). Sentencia de 13 de marzo de 2003, C.P. Tarsicio Cáceres Toro. Expediente 1834-01
- CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. (2006). Sentencia de 19 de octubre de 2006, C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Expediente 3934-05.
- CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. (2008). Sentencia de 26 de junio de 2008, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Expediente 606-07.
- CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO. (2010). Sentencia de 4 de agosto de 2010, MP. Gustavo Gómez Aranguren. Expediente 0319-08.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2009). Sentencia T – 251 de 2 de abril de 2009. M.P Cristina Pardo Schlesinger
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (1998). Sentencia SU – 250 de 26 de mayo de 1998. M.P Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2009). Sentencia T – 011 de 16 de enero de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. (2010). Sentencia SU-917 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (1968). Decreto ley 2400 de 1968 "Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones." Presidente de Colombia. Diario Oficial 32625 de octubre 18 de 1968.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2005). Decreto Reglamentario 1227 de 21 de abril de 2005 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998" presidente de Colombia. Diario Oficial 45890 de abril 25 de 2005.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. (2015). Decreto 1083 de 2015, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública." Directora del departamento administrativo de la función pública. 26 de mayo del año 2015
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto Ley 1042 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”. Presidente de la República de Colombia. Diario Oficial No. 35035 de junio 7 de 1978.

RINCÓN CÓRDOBA J.I (2013). Derecho Administrativo Laboral. Universidad Externado de Colombia. Cuarta reimpresión. Bogotá.

YOUNES MORENO D. (2017). Derecho Administrativo Laboral. Editorial Temis S.A. Décima edición. Bogotá.

Web:

<https://vlex.com.co/vid/ponencia-segundo-debate-senado-ca-mara-451274718> consultado por última vez el 18/02/2020.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=92951> consultado por última vez el 18/02/2020.

BIODATA

Angélica María MUSKUS CARRIAZO: Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho público y magister en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo de la misma Universidad, magister en Derecho de las Administraciones públicas de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y candidata a Doctora en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca. Experiencia como abogada asesora en el sector público y privado, y actual docente investigadora de la Universidad del Sinú, Elías Bechara Zainúm.