



**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**

SANDRA PATRICIA ÁLVAREZ SALAMANCA

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
TUNJA, COLOMBIA
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**

SANDRA PATRICIA ÁLVAREZ SALAMANCA

Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magister en Derecho

Director:

CÉSAR ANTONIO COHECHA LEÓN

Evaluador:

FELIX FRANCISCO HOYOS LEMUS

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
TUNJA, COLOMBIA
2014**



Con todo mi amor para las personas que con su paciencia me ayudaron a cumplir un sueño. Por siempre mi corazón y mi agradecimiento.

Julián Ricardo y Juan Sebastián



RESUMEN:

El concepto de empleo en nuestro medio no se compadece simplemente con la necesidad estructural de división de las tareas administrativas, sino que también debe ligarse al régimen laboral que se desprende del vínculo de las personas (empleado) con la administración; vínculo que debe ser garantía del respeto de los derechos a la estabilidad e inamovilidad injustificada, caprichosa o discrecional del superior, ya que las tareas administrativas deben realizarse de manera imparcial, obedecer a criterios de legalidad y bien común no de conveniencia política o personal.

Para la Corte Constitucional, con fundamento en la Ley 909 de 2004, así un funcionario haya sido vinculado con anterioridad a su vigencia, vale decir, cuando regía la Ley 443 de 1998, en donde no se había establecido expresamente la obligación de motivar el acto administrativo de desvinculación de provisionales, con aquella normativa no se cambia la situación y esta es confirmada por la línea jurisprudencial constitucional. Por su parte, el Consejo de Estado ha entendido que la Ley 909 y su decreto reglamentario, le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo 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 nombramiento provisional.

Acorde con su posición, si un empleado que fue vinculado y desvinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 909, y su caso sea resuelto en vigencia de esta última norma, el Consejo de Estado sigue afirmando su posición de no motivar los actos que desvinculan a los provisionales y atendiendo los parámetros fijados desde la sentencia del 13 de marzo de 2003, pero se considera que ya dependerá de la jurisprudencia



contencioso administrativa el aplicar la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, indistintamente, esto es, sin importar el régimen de carrera al que pertenezca el empleado e irse separando de la tesis de la doble inestabilidad que se consolidó en aquel fallo.

Palabras Clave:

Empleo, motivar, acto administrativo, empleados provisionales, carrera administrativa.

Abstract:

The concept of employment in our country is not just sympathize with the structural need for division of administrative tasks, but should also be linked to the labor shows that link people (employee) with management; link that should guarantee respect for the rights of the stability and unjustified, capricious or discretionary tenure was higher as administrative tasks should be performed impartially, obey criteria of legality and common good not political expediency or personal.

For the Constitutional Court, based on Law 909 of 2004, and an official has been previously linked to its validity, that is, when governed Act 443 of 1998, where there had been expressly established the obligation to justify the act interim administrative disengagement with regulations that the situation does not change and this is confirmed by the constitutional line of jurisprudence. For its part, the State Council has understood that Law 909 and its regulatory decree gave full effect to the terms of the duration of temporary appointments to note that these may not exceed six legal -month period within which should convene employment competition, authorizing the extension of interim appointments until when this call can be made, so act motivated only by the nominator may terminate such, before the expiry of the term of the provisional appointment.



Befitting its position if an employee who was linked and unlinked before the entry into force of Act 909, and his case is resolved effective date of this final rule, the State Council still maintains its position not motivate acts unlinked to the interim and following the parameters set from the judgment of March 13, 2003, but believes that it will depend on the administrative case law applying Law 909 of 2004 and Regulatory Decree 1227 of 2005, either, that is, regardless of the career system to which it belongs and leave the employee separating from the thesis of double instability that was consolidated in that ruling.

Keywords:

Employment, motivate, administrative act, temporary employees, administrative career.



TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	9
PROBLEMA JURIDICO E HIPOTESIS	12
OBJETIVOS	15
DISEÑO METODOLOGICO	16
ITINERARIO	17
 CAPITULO I	
1. PRESUPUESTOS INDISPENSABLES PARA DETERMINAR LOS ALCANCES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA DESDE EL CONCEPTO DEL CARGO PÚBLICO.	18
1.1. Cargo público como concepto	19
1.2. Discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos Indeterminados	28
1.3. Algunas técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales.	31
 CAPITULO II	
2. LA MOTIVACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DESVINCULAN A LOS PROVISIONALES – POSICIONES JURISPRUDENCIALES VACILANTES	
2.1. La motivación de los actos administrativos en la desvinculación de los Empleados públicos nombrados en provisionalidad. Posición desde la Jurisprudencia constitucional.	41
2.2. La motivación de los actos administrativos en la desvinculación de los Empleados públicos nombrados en provisionalidad. Posición desde la Jurisprudencia contencioso-administrativa.	47



CAPITULO III

LA MOTIVACIÓN DEL ACTO QUE DESVINCULA PROVISIONALES VINCULADOS A LAS ENTIDADES CON SISTEMAS ESPECÍFICOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y CARRERAS ESPECIALES: LA ACTUAL PROBLEMÁTICA BAJO LA ÓPTICA DE LA LEY 909 DE 2004 Y EL DECRETO 1227 DE 2005 COMO PUNTOS DE INFLEXION Y LA JURISPRUDENCIA REFERENCIADA. VALIDACIÓN DE HIPOTESIS.	56
3. CONCLUSIONES	70
REFERENCIAS	74

INTRODUCCIÓN

El incremento de la actividad administrativa de los Estados de derecho se evidencia en los aspectos cualitativo y cuantitativo de la demanda de intervención, participación o gestión estatal en los más variados ámbitos de la vida social, lo que ha generado la imperiosa necesidad de proveer a las administraciones públicas de una amplia gama de facultades que les permitan dar oportuna y eficaz respuesta a los desafíos que se presentan, como es el caso de las facultades discrecionales, que permiten atender esa dinámica.

Sobre el tema de la discrecionalidad ha habido múltiples posturas, que abarcan desde la definición de su contenido¹, hasta la justificación de su existencia. Las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales, aunque sin desconocer la discrecionalidad, han sido exigentes en la juridicidad de la actuación de la Administración y, por tanto, se han definido poderes de fiscalización de las decisiones adoptadas en ejercicio de facultades discrecionales, a fin de que, con la intervención judicial, se logre la purificación de los mecanismos de garantía y defensa de los derechos e intereses de los administrados frente a las diversas actuaciones de la Administración. (Bacigalupo, M. 1997).

Sin duda, esto es aceptado por los Estados constitucionales actuales que buscan el equilibrio entre facultades administrativas y derechos e intereses personales y la aplicación del principio de legalidad en la actuación administrativa (Delgado. H.C. 1989).

De acuerdo con Waline (1930), el derecho administrativo es, fundamentalmente, el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación con

¹ “Margen de libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de las norma que atribuye la facultad, señalando los criterios objetivos en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público o efectivizar en cada supuesto específico”. Marín Hernández. 2007, p.p. 1002.

miras a la salvaguarda de los derechos de terceros (administrados o agentes públicos). Según García de Enterría y Fernández (1998), la Administración tiene como función propia realizar los diversos fines públicos materiales, y para cumplir con este cometido, debe actuar en el marco del principio de legalidad.

Así las cosas, la especial característica de la función administrativa de propender a la consecución del interés público o interés general, no es óbice para dejar de someter a juicios lógicos² y de argumentación jurídica, las determinaciones adoptadas por la Administración pública por intermedio de sus servidores, cuando quiera que se vean enfrentados a casos difíciles o de varias alternativas jurídicas a su elección. Por tanto, la discrecionalidad administrativa es una de las cuestiones importantes en el derecho administrativo real, que afecta a los ciudadanos todos los días en su relación con la Administración pública.

Dentro de las múltiples formas como se manifiesta la Administración, se encuentra el acto administrativo y dentro de él, el acto discrecional³, que es cada vez más cuestionado, como acto que vulnera garantías fundamentales, principios generales del derecho e

² Con ello se pretende evitar el riesgo de arbitrariedad, que puede devenir de los procesos valorativos. La jurisdicción contenciosa y los órganos de control de la función pública cuentan con herramientas que determinan estas puntas de elección; entre otras, se halla: el control sobre los elementos formales del acto administrativo; control a través de la técnica de la desviación de poder; sobre los hechos determinantes; la coherencia con los fines determinantes; respeto de la decisión por los principios generales del derecho y, finalmente, la razonabilidad de la decisión, según las expectativas legítimas de los sujetos pasivos de la medida adoptada (elementos sustanciales). (Marín Hernández. 2007).

³ La jurista española Eva Desdentado Daroca (1990) diferencia tres tipos de discrecionalidad en el Estado social de derecho: a) Discrecionalidad administrativa; b) discrecionalidad jurídica y; c) discrecionalidad política. Según su apreciación, la discrecionalidad política es la inherente al ejercicio de la función legislativa, reflejada en la elección de medios y fines, dentro de un amplio marco de opciones políticas, para ser consagrada en normas generales, con el único límite de los preceptos constitucionales. Por otra parte, la discrecionalidad administrativa es definida por la autora española como aquella que consiste en la realización de elecciones sobre los medios más convenientes para la consecución de los fines de interés público establecidos por el legislador o, incluso, en la especificación de esos fines. La discrecionalidad jurídica es expresada como “una discrecionalidad puramente instrumental, porque el ordenamiento jurídico no atribuye a los tribunales poder de decisión alguno para realizar elecciones conforme a su propia apreciación del interés público (...) La discrecionalidad que aparece en el ejercicio de la función jurisdiccional no es, pues, más que una consecuencia inevitable de la dificultad de la tarea interpretativa y de límites de la racionalidad práctica”.

incluso la concepción democrática y de derecho de un Estado como el nuestro⁴, bajo la denominación del principio de legalidad.

Así, la situación que se toma como punto de modulación para el presente estudio, se traduce en averiguar, a la luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, atendiendo a la postura jurisprudencial dominante y actual, cuáles son los actos administrativos⁵ que deben ser motivados cuando estos retiran del servicio a un empleado nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, analizando la situación desde el mandato que emana de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005.

⁴ Los actos discrecionales son, entonces, una categoría de los actos administrativos, que se establecen con base en la relación que guarda la voluntad creadora del acto con la ley. (Ospina, 2013)

⁵ Antes de que naciera el concepto de *acto administrativo*, existían las figuras de los actos del rey, de la corona o del fisco, según su alcance. Dichos actos, que fueron los que entró a revisar el Consejo de Estado francés con la pretensión de establecer límites entre los poderes del Estado, límites del poder del rey y garantías para los asociados, han ido avanzando en su caracterización y requisitos, a medida que evolucionan las concepciones de Estado. Pero rezago de ese acto del rey que desborda los límites generales, es el acto administrativo no motivado en uso de la facultad discrecional del Estado. (García de Enterría. 1995).

¿La motivación de los actos que retiran del servicio a un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, es propia solamente de los empleos que se regulan por la Ley 909 de 2004?

A fin de generar una hipótesis de trabajo, será necesario presentar, en primer término, lo que, de acuerdo con Dromi (1985), se entiende por discrecionalidad:

Las facultades del órgano son discrecionales cuando el orden jurídico le otorga cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa o hacerla de una u otra manera. El órgano puede decidir según su leal saber y entender si debe o no actuar y, en su caso, qué medidas.

De acuerdo con el problema planteado, se pretende demostrar que, a luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, no se ha superado la tensión entre el organismo de cierre constitucional y el contencioso, que genera posiciones disímiles en torno a la necesidad de motivar los actos administrativos que desvinculan del servicio a empleados nombrados en provisionalidad y que se encuentren tanto en los sistemas específicos⁶ como las carreras especiales⁷, teniendo como eje central la discrecionalidad.

⁶ Definidos como “aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

2. Se consideran sistemas específicos de carrera administrativa los siguientes:

- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS).
- El que rige para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec).
- El que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).
- El que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología.
- El que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias.
- El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

En este punto, se denota el mandato que surge de la Ley 909 de 2004 (art. 41. Par. 2)⁸, y en el que juega un papel fundamental su Decreto Reglamentario 1227 de 2005 (art. 10)⁹, por medio del cual se dota de fuerza no sólo la disposición antedicha, sino que se da aplicación a los principios de la función pública (art. 209 C.P.) Esto se justifica, por cuanto, a pesar de la exigencia normativa de motivar los actos administrativos que desvinculan a los empleados provisionales, se siguen presentando interpretaciones jurisprudenciales, por parte del Consejo de Estado, disímiles con las de la Corte Constitucional, como se explicará más adelante.

- El que regula el personal que presta sus servicios en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

- <Viñeta adicionado por el artículo 51 de la Ley 1575 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos.

3. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> La vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

PARÁGRAFO. Mientras se expiden las normas de los sistemas específicos de carrera administrativa para los empleados de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, para el personal científico y tecnológico del Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, para el personal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y para el personal de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley” (Ley 909 de 2004. Art. 4).

⁷ Definidos como “aquellos que por vocación constitucional y desarrollo legal se establecen como regímenes autónomos, con instancias de dirección y operativas independientes para la selección de personal en las entidades y órganos de la rama legislativa y judicial y otros organismos del Estado, depositarios de funciones separadas y delimitadas suprallegalmente” (Solano Sierra. 2005. p.p. 199). Se encuentran en el artículo 3, numeral 2° de la Ley 909 de 2004: “Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.
- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
- Fiscalía General de la Nación.
- Entes Universitarios autónomos.
- Personal regido por la carrera diplomática y consular.
- El que regula el personal docente.
- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República”.

⁸ Que a su tenor señala: “(...) PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

⁹ Textualmente indica: “Artículo 10. 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.”

El asunto de la motivación de los actos administrativos, parte de la precisión de no existir ningún poder absoluto, lo cual se aplica a la propia discrecionalidad, que debe atender incluso a los parámetros reglados, tal como lo refleja el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y sobre todo, cuando se trata de los servidores vinculados en carrera, cuyos cargos pueden ser provistos en provisionalidad. En este caso particular, se deberá atender el principio de legalidad que limita la toma de decisiones al plano constitucional, evitando así caer en la arbitrariedad.

Corolario de lo anterior, se tienen varias sub hipótesis de trabajo:

La discrecionalidad no puede ser utilizada como respaldo para no motivar los actos administrativos que desvinculan a los provisionales que se encuentran vinculados en las entidades que tienen una carrera especial o las que tienen un sistema específico de carrera administrativa.

La discrecionalidad debe tener unos alcances y por tanto los actos administrativos que desvinculan a los provisionales vinculados a las entidades que tienen carrera especial o pertenecen a un sistema específico de carrera, debe ser una actividad reglada.

La motivación de los actos administrativos que desvinculan a los provisionales ha sido el punto de encuentro y discordia desde hace mucho tiempo entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, pero la tendencia del legislador se ha inclinado a lo que el órgano jurisdiccional constitucional fijó desde sus primeros pronunciamientos, esto es el deber de motivar el acto de desvinculación, con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los empleados públicos.



Determinar cuáles son los factores, a la luz de la jurisprudencia de Altas Cortes (Corte Constitucional – Consejo de Estado), que establecen si los actos discrecionales que separan del servicio a un servidor público nombrado en provisionalidad, son simples actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, o por el contrario, constituyen arbitrariedades administrativas que vulneran derechos fundamentales de quienes ocupan cargos no regulados por la ley 909 de 2004, esto es los que se encuentran en las entidades con carrera especial o con sistema específico de carrera.

Estudiar los conceptos y presupuestos indispensables para determinar los alcances de la discrecionalidad administrativa, a partir de temas como el cargo público, los conceptos jurídicos indeterminados y algunos de los presupuestos indispensables para el control de la mencionada facultad.

Analizar las posturas que al respecto de la motivación de los actos administrativos que desvinculan a los provisionales se han asumido en la Jurisdicción Constitucional y la Administrativa.

Determinar la problemática actual de la motivación del acto que desvincula a los provisionales vinculados a las entidades con sistemas específicos de carrera administrativa y carreras especiales bajo la óptica de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005.

Validar las hipótesis que soportan el problema jurídico en materia de motivación de los actos administrativos que separan del servicio a provisionales no regulados por la ley 909 de 2004.



Con el fin de llevar a buen término los objetivos planteados esta investigación hace uso del método inductivo y analítico, a fin de tomar la información existente por cada uno de los temas propuestos, analizarla y llegar a unas conclusiones jurídicas que den lugar a la comprobación de las hipótesis planteadas.

La investigación a desarrollar será jurídica, pues los fenómenos como la discrecionalidad administrativa, la motivación de actos administrativos es eminentemente jurídico y con incidencia en factores sociales, como los derechos fundamentales de quienes se ven sujetos a ella.

La investigación que se plantea es cualitativa, pues observando la situación del fenómeno en el tiempo y el espacio, se establecerá el estado del mismo y se verificarán las hipótesis planteadas.



La ruta a seguir en el presente estudio se concreta de la siguiente manera: primero, se planteará la definición de conceptos como cargo público, discrecionalidad administrativa y algunas técnicas de control del ejercicio de las facultades administrativas discrecionales, como presupuestos indispensables de éstas últimas. En el segundo capítulo se analizarán las posiciones jurisprudenciales, mediante el análisis dinámico de jurisprudencia¹⁰, a fin de plantear la actual posición disímil, de las corporaciones constitucional y contenciosa, para, a continuación, exponer la situación actual a la luz de la Ley 909 de 2004 y su respectivo Decreto Reglamentario 1227 de 2005. Finalmente, la hipótesis antes planteada se validará a través de las conclusiones sustantivas.

¹⁰ “El derecho de origen jurisprudencial tiene una característica sobresaliente: su desarrollo se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la subregla vigente en un momento dado (o lo que es lo mismo, para identificar el lugar del “balance constitucional” dentro de dos extremos posibles) hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí”, el análisis jurisprudencial no se hace con una sola sentencia sin sentido de orientación, lo cual llevaría a no poder interpretar los mensajes que se envían con esas sentencias y no se podría resolver el problema jurídico planteado (López. 2009, p.p. 139).

CAPITULO 1.

PRESUPUESTOS INDISPENSABLES PARA DETERMINAR LOS ALCANCES DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN COLOMBIA DESDE EL CONCEPTO DEL CARGO PUBLICO.

Con el fin de hacer una presentación pedagógica del problema propuesto, se plantea una línea dinámica de jurisprudencia (López, 2009), la cual tiene dos fines: el primero de ellos es contextualizar en el panorama evolutivo de la temática que nos ocupa referida a la motivación de los actos administrativos que desvinculan del servicio a un servidor nombrado en provisionalidad¹¹—, y demostrar el enfrentamiento de posiciones al respecto, entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. El segundo de los objetivos del planteamiento gráfico se enfoca en la importancia de hacer ver la real evolución que ha tenido el tema que nos ocupa, y de esta manera hacer notar la trascendencia de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005, a la luz de la actual jurisprudencia colombiana, la cual dará herramientas que permitirán dar solución al problema inicialmente planteado, como quiera que se ha cambiado el matiz problemático de antaño. En este punto, es importante presentar la existencia de fallos catalogados como hito, los cuales, sin duda alguna, recogen el trasegar jurisprudencial y, de la misma manera, delimitan los actos administrativos que son objeto de motivación dentro del ejercicio de la discrecionalidad.

De esta manera, se analiza el dinamismo jurisprudencial en los pronunciamientos emitidos tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, estableciendo

¹¹ De manera retrospectiva, la figura del “retiro discrecional” surgió en Colombia en el año de 1995, dada la crisis de indisciplina y de corrupción en el interior de la Policía Nacional, que llevó al Gobierno nacional, por medio del Decreto Ley 573 de 1995, en su artículo 12, a modificar parcialmente el Decreto 41 del 10 de enero de 1994, normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional, y el artículo 11 del Decreto 574 de 1995, “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 262 de 31 de enero de 1994, normas de carrera del personal de agentes de la Policía Nacional”, para facultar a la institución al retiro, con la mayor celeridad, de aquellos de sus miembros, de cualquier rango que sean, sobre quienes haya graves indicios, o desde luego pruebas suficientes, de que no son aptos para asumir la delicada responsabilidad que se les confía, o que han incurrido en faltas graves, sobre todo delitos contra los ciudadanos, contra el patrimonio público, o contra los supremos intereses del Estado y de la sociedad. (Penagos, 1990)

de manera precisa la confirmación de la hipótesis de trabajo que se ha esbozado. En este orden de ideas, el problema de investigación sería: ¿La motivación de los actos que retiran del servicio a un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, es propia solamente de los empleos que se regulan por la Ley 909 de 2004?

1.1 El cargo público como concepto

La noción de empleo o cargo público ha servido para edificar el tema de la función pública en Colombia, por lo que es importante tener presente que el mencionado concepto no sólo tiene importancia desde el punto de vista estructural, sino también desde el punto de vista subjetivo, esto es, para tener en cuenta al individuo que desempeña determinadas labores al interior de la Administración Pública (Rincón.2009).

Un buen inicio es indicar que la expresión cargo tiene diferentes acepciones, tales como empleo, oficio, grado, etc., e igualmente diferentes definiciones, pero, en términos generales, hace referencia a un determinado individuo, a su status por el hecho de realizar unas tareas que tiene cierta importancia social, pero que además implican cierto grado de responsabilidad, lo que lleva a que se indique una equiparación entre funcionario y puesto de trabajo (Martínez de Pisón. 1995).

Ya en el tema específico de la Función Pública, un funcionario desempeña un empleo en el doble significado del término, por cuanto se hace cargo de una determinada función de acuerdo a su formación y es así como, desde un punto de vista orgánico, se encuentra situado dentro de la estructura de la Administración, lo que además implica que ese servidor público realiza las actividades que le son encomendadas en razón de tal calidad (Martínez de Pisón. 1995).

Los criterios objetivo y subjetivo que implican el término “cargo”, conllevan una asimilación, desde el punto de vista constitucional colombiano, con el derecho a la inamovilidad (Corte Constitucional. 1997), y esto es precisamente lo que choca con la discrecionalidad, a lo cual se le debe reconocer excepciones como los cargos electorales y los cargos de naturaleza política, pues en éstos últimos eventos el aparato estatal necesita de cierto margen de decisión en cuanto al nombramiento y remoción de los mismos, lo cual no es objeto de discusión en el presente trabajo.

Los criterios en mención, sitúan el concepto de cargo público frente a dos supuestos, de un lado, la relación jurídica existente entre el funcionario y la Administración, del otro, la ubicación de dicho funcionario dentro de la estructura y por ende la delimitación de sus funciones; en éste sentido Martínez De Pisón (pp. 56-57) ha indicado que en cuanto al elemento funcional,

el concepto de cargo público se matiza, ya que se está ante el contenido prestacional de la relación jurídica, o lo que es lo mismo, ante las actividades específicas que componen el servicio personal que debe prestarse a la Administración; pero, también se está ante la actividad administrativa misma, por lo que la frontera entre cargo y funcionario se torna igualmente difusa.

En el ordenamiento jurídico colombiano, no hay norma que consagre el derecho al cargo, lo que se puede encontrar en disposiciones de variada naturaleza¹², en las que se ha definido al empleo público, pero de estos preceptos no puede hacerse referencia a una aplicación de los criterios objetivo y subjetivo, ya comentados, pero si aparece que el mencionado concepto obedece más a una necesidad de carácter orgánico de delimitación de tareas y no de reconocimiento de garantías concretas dentro de la relación jurídica funcional, prueba de ello se encuentra en la sentencia del 9 de octubre de 1975 (Corte

¹² Decreto Ley 2400 de 1968, Decreto Reglamentario 1050 de 1973; por el cual se reglamentan los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 y Ley 909 de 2004, por el cual se establece e implementa el Régimen General de Carrera Administrativa.

Suprema de Justicia), cuando al distinguir entre el puesto como parte de la estructura y la función a desempeñar, indicó

De lo dicho, claramente resulta que en orden a examinar la validez constitucional del ejercicio de las competencias consignadas en los artículos 76-9 y 120-21 de la Carta de 1886, es del caso tener en cuenta la diferencia existente entre “cargo” o “empleo”, en el derecho de la función pública designa un puesto de trabajo previsto tanto en la planta de personal como en el presupuesto de una entidad u organización determinadas. Por su parte, la noción de “función” tiene que ver con las tareas, atribuciones y responsabilidades que se adscriben a una actividad o estructura u organización para, mediante su realización, obtener determinados contenidos o finalidades.

De lo anterior, para la Corte Suprema de Justicia, el concepto de empleo público sólo encuentra una definición desde el punto de vista estructural, ya que aquí no se advierte que el titular de un puesto de trabajo o la tarea adelantada por el mismo merezca importancia alguna. Así, cargo y función son dos conceptos jurídicamente separables, pero que se interrelacionan cuando de la estructura de la Administración y de la delimitación de competencias y responsabilidades se trata.

En el año de 1994 (27 de mayo), el Consejo de Estado, precisó que el puesto de trabajo, el titular del mismo y la función hacen parte de una sola institución

La función constituyente la esencia misma del empleo, su contenido y su razón de ser; a su vez, el cargo y las tareas en él comprendidas no se explican sin la persona que se introduce dentro del aparato administrativo y a la que se le asignan responsabilidades concretas.

En el año 2006 (1º de agosto), la Corte Constitucional (Sentencia C-604), reconoció que el empleo es una realidad objetiva y que su existencia se presenta con independencia de su titular, pero su operatividad está condicionada a que las tareas y responsabilidades sean llevadas a cabo por una persona natural, pero que al incorporarse al aparato administrativo adquiere unos derechos y obligaciones inherentes, obviamente, a la actividad que desempeña.

En el ordenamiento jurídico colombiano, cuando se trata de regular las instituciones propias de la función pública, el tema del empleo público¹³ es de suma importancia, lo cual se encuentra reflejado en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004¹⁴, concepto del que se desprenden variados elementos, pero son tres los que interesan para el presente estudio (Rincón, 2009) a. Un contenido funcional; b. Un contenido personal, y c. Un contenido teleológico.

El contenido funcional, no puede ser otra cosa que el conjunto de deberes, responsabilidades, funciones y competencias, las cuales varían dependiendo de la naturaleza de las labores que en su cabeza tenga el empleado y que además hacen parte de su ubicación dentro de la estructura administrativa (Rincón. 2009); lo cual cuenta con respaldo constitucional, que además de materializar el principio de legalidad, se establece claramente que ninguna autoridad puede ejercer funciones distintas de las que se encuentran atribuidas en la Constitución y en la Ley (C.P. 1991. Art. 121) por tanto no

¹³ En los decretos leyes 2400 de 1968 (art. 2) y 1042 de 1978 (art. 2) se definió el empleo público como el conjunto de funciones; El art. 7 del decreto reglamentario 1050 de 1973, lo definió como un conjunto de deberes, tareas y responsabilidades, elementos que aparecieron nuevamente en el artículo 2 del decreto ley 785 de 2005, norma que agregó que el objeto del empleo público no poder ser otro que el de materializar los fines del Estado.

¹⁴ ARTÍCULO 19. EL EMPLEO PÚBLICO. 1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

- a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;
- b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;
- c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.

PARÁGRAFO. La Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, liderará los estudios y las mesas de concertación para la identificación, caracterización ocupacional y la determinación de los requisitos y procedimientos de acreditación, apoyada en metodologías reconocidas. Los resultados de las mismas permitirán al Gobierno Nacional establecer los requisitos de formación académica y ocupacional de los cargos. El Gobierno Nacional designará el organismo competente para la normalización, acreditación y certificación de las competencias laborales en el sector público.

puede existir ningún empleo público que no tenga detalladas sus tareas en normas de carácter legal y reglamentario (C.P. 1991. Art. 122). Lo anterior es el respaldo de la responsabilidad de los servidores públicos, ya sea por extralimitación u omisión (C.P. 1991. Art. 6. Ley 734 de 2002).

Los beneficios de tener tales consagraciones legales y constitucionales traen múltiples beneficios, como la auto-organización, pero si bien es cierto, la administración puede completar este elemento funcional, también es cierto que no lo puede hacer arbitrariamente, sino que todo su actuar sólo puede estar cimentado en la normatividad superior (art. 121 Constitución Política), incluyendo los principios generales del derecho y todo lo que constituye el andamiaje normativo colombiano, lo cual se pasará a explicar (Villegas Arbeláez. 2000):

Es claro que el principio de legalidad tiene una relación directa con el asunto que se está tratando y especialmente con el elemento subjetivo del derecho al cargo, por cuanto expatria la discrecionalidad sin límites o la arbitrariedad en el actuar de quienes tienen potestades que pueden incidir en el ingreso, permanencia y retiro del servicio y es en éste punto donde encuentra respaldo el deber de motivar los actos administrativos que puedan afectar la relación jurídica que la administración ha entablado con sus agentes, exigencia que es más que clara para los cargos de carrera y flexibilizada en relación con los cargos políticos (Villegas Arbeláez. 2000).

El segundo elemento, esto es, el de la persona natural adecuada para la función, va muy ligado al primer elemento, ya que de las responsabilidades, funciones, deberes y competencias que tenga un cargo, se debe exigir que quien lo ocupa cumpla con requisitos de idoneidad, capacidad y mérito y es así como la Constitución Política (art. 125) subraya la necesidad de implementar como sistema de selección el concurso público, lo cual acompaña al empleado desde el ingreso y hasta la terminación del vínculo

con la administración, esto quiere decir que se trata de una relación que es totalmente reglada.

Este segundo elemento es de vital importancia para el presente tema, ya que el provisional no ingresa por el mérito sino por la discrecionalidad del nominador, pero, a pesar de eso, si no cumple mínimamente con los requisitos del cargo no es posible su vinculación, lo cual está más que claro desde el punto de vista legal como jurisprudencial, además que su razón de existir es precisamente ocupar un cargo de carrera. Lo anterior se puede extraer de la noción de empleo que no sólo abarca cargos de carrera, sino también otros supuestos de vinculación de personal con la Administración; identifica el cargo con el carácter duradero de la labor a desempeñar, sin necesidad de observar el tipo de vinculación que une al agente con la Administración, sin olvidar que las únicas actividades que no se consideran empleos públicos son los servicios ocasionales, cumplidos por personas que pertenecen a los cuadros permanentes del aparato administrativo (D.R. 1050 de 1973. Art. 4).

Así las cosas, la diferencia existente entre un oficio cualquiera y un empleo se encuentra precisamente en la vinculación laboral que es propia del segundo, vinculación que trae consigo unos derechos exigibles a la Administración, los cuales resultan consustanciales a la relación jurídica entablada (T-1232 de 2003), en donde la relación jurídica tendrá connotaciones diferenciadoras dependiendo de si el origen de la misma es un contrato o un acto administrativo (relación legal y reglamentaria)¹⁵ o del motivo determinante en la elección del titular para el caso de los cargos en donde la confianza o las calidades profesionales la determinan.

Finalmente, como el derecho a acceder a los cargos públicos, en los términos del artículo 40.7 de la Constitución, no se agota con el ingreso, sino que se extiende a la permanencia

¹⁵ Concepto dentro del que se encuentra la provisionalidad.

dentro del servicio, se encuentra proscrito cualquier trato discriminatorio en cualquiera de esos dos momentos, ya que el funcionamiento tanto interno como externo de la Administración pública debe obedecer a los principios que se encuentran consagrados en el artículo 209 del mismo estatuto, y es precisamente en uno de ellos que se debe hacer especial mención y es el de la imparcialidad, ya que éste constituye la principal justificación del derecho al cargo y sobre el que no se elaborado una mayor construcción doctrinal y sólo ha sido estudiada como garantía de no discriminación y ha servido de base para instituciones como las inhabilidades, incompatibilidades y causales de recusación, entre otras.

Uno de los objetivos principales perseguidos por el Constituyente de 1991¹⁶, fue precisamente abolir las prácticas clientelistas, por lo que las normas consagradas en la Carta Magna, tienen como propósito evitar que los puestos de trabajo de la Administración se conviertan en un botín a repartir en las campañas electorales o a través de nombramientos en la planta de la Administración Pública para pagar los favores políticos¹⁷.

El último y tercer elemento del concepto es el teleológico. El avance de la sociedad gracias a la tecnología, exige que, ante el aumento de exigencias sociales, se amplíen los conocimientos científicos y tecnológicos, que no es otra cosa que buscar, en la Administración Pública, la profesionalización y especialización del trabajo (Rincón. 2009).

La existencia de la división de la rama administrativa en sectores, organismos y dependencias encuentra coartada en la mejor manera de prestar los servicios a la comunidad, promoviendo la prosperidad y permitiendo la efectividad de los principios, valores y derechos fundamentales consagrados en la legislación. El concepto de empleo

¹⁶ Exposición de motivos de la Constitución Política Colombiana. 1991, 15 de marzo. Gaceta Constitucional No. 21, Carlos Lemos Simmonds.

¹⁷ *Ibíd.*

resulta tan amplio que en él no se justifica sólo en las necesidades de organización administrativa o en la protección de los derechos individuales del servidor público, ya que tanto las facultades otorgadas a la Administración para concretar el contenido de las labores administrativas, como la garantía de estabilidad y correcto desempeño de las tareas propias del cargo, son todos instrumentos que están encarrilados en la consecución de los intereses generales, al respecto la Corte Constitucional se pronunció claramente (C-561-1992)

La Corte Constitucional observa igualmente que a partir de un análisis razonable del aspecto orgánico de la Carta se advierte que, de conformidad con los artículos 2 y 113 de la misma, las ramas y órganos del poder público colaboran armónicamente para la realización de sus fines (113) los cuales están definidos por la Constitución (2°). Y entre dichos fines del Estado sobresalen, la garantía de la efectividad de los derechos, de un lado –del lado de las personas-, y la misión de las autoridades de la República, que están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, de otro lado – el lado de la prevalencia del interés general-. Es pues a partir de la racionalidad en la interpretación del poder que se concluye la estrecha vinculación existente entre aparatos y fines dentro del Estado Social de Derecho.

De lo expuesto se concluye que el empleado provisional que presta sus servicios en cualquier entidad del Estado, regulada o no por la Ley 909 de 2004, cumple con cada uno de los elementos del concepto de empleo público, por lo que, hasta ahora, no existe razón para que se le desconozca el derecho a conocer los motivos que llevaron a la administración para desvincularlo.

Ya habiéndose concluido el estudio de los elementos del concepto empleo público, es necesario precisar que cada uno de ellos, se relaciona con otros conceptos jurídicos como el de los derechos fundamentales, fines del Estado, función pública, discrecionalidad, etc.,



definidos como indeterminados (Marín Hernández. 2007)¹⁸ y sobre los cuales se hará una explicación enseguida, pero que, para el presente caso, será de especial importancia el tema de la discrecionalidad administrativa, ya que la mencionada doctrina le ha servido de limitante a ésta última.

¹⁸ “Los conceptos jurídicos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí que puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos, que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados” Marín Hernández Hugo Alberto. (2007). Discrecionalidad administrativa. P.p. 204.

1.2 Discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados

La denominada “doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados”, ha sido un concepto que reduce la discrecionalidad, deslindándose unos de la otra -especialmente cuando se entendía que discrecionalidad equivalía a exención de control judicial. Gracias a dicha doctrina dejó de serlo (Fernández, 1991, p.p 136), especialmente al interpretar conceptos como “interés público” o “utilidad pública”¹⁹, por lo que a la doctrina en mención se le podría atribuir la capacidad de acabar con las facultades que se han considerado discrecionales.

Para el año 1977, en el que se publica la obra de Sainz, titulada *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados en Alemania era una cuestión completamente ajena a la discrecionalidad administrativa, como consecuencia de la consolidación del Estado de derecho y la superación de los planteamientos autoritarios, lo cual llevó a la postre a incrementar el control judicial, generando seguridad, justicia y racionalidad. Esa fiscalización judicial se caracterizó como un problema de aplicación del derecho y no como la libertad de elección entre varias opciones (Sainz Moreno, p.p. 248 a 251).

García de Enterría (1995, p.p 34-38), siguiendo a los juristas alemanes Bachof, Ule, Jesch y Reuss, califica como “un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas” a la confusión entre la discrecionalidad administrativa y la presencia de conceptos jurídicos indeterminados en las normas de derecho administrativo, toda vez que en la aplicación de estos últimos a un caso concreto, se da o no se da, mientras que lo que caracteriza a lo discrecional es la diversidad de soluciones posibles como consecuencia de su aplicación.

¹⁹ “Desde el punto de vista de su posterior examen jurisdiccional, no hay hoy diferencia práctica entre lo discrecional y lo reglado. En éste último caso el Tribunal tendrá como criterio de norma; en el primero, además, los criterios del interés público y de la justicia”. (González, 1962)

Para el autor en mención, la discrecionalidad consiste en la libertad de elección entre las múltiples soluciones posibles, la escogencia se deberá hacer con base en criterios extrajurídicos que no pueden ser fiscalizados jurídicamente por la autoridad judicial; suerte distinta sí corren los conceptos jurídicos indeterminados (García de Enterría.1995, p.p. 34 a 38)

Por la misma línea, Nieto (1964, p.p 153-155) afirma que cuando se actúa en ejercicio de facultades discrecionales, “la operación que debe efectuar la Administración es de naturaleza volitiva”, mientras que si lo hace aplicando un concepto jurídico indeterminado, “la operación que realiza la Administración es de naturaleza intelectual”. El efecto trascendental de esta distinción consiste en que en el primer caso “no hay posibilidad de controlar esa voluntad (puesto que la ley se lo ha atribuido expresamente)”, en tanto que en el segundo “siempre cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser corregido por los tribunales”.

A su vez, para Sainz (1977, p.p 192-194) la diferencia entre las dos figuras no es sólo de grado, sino cualitativa, ya que, de un lado, existiría discrecionalidad cuando la autoridad administrativa pueda elegir entre varias soluciones, todas jurídicamente admisibles de cara a la ley; de otro, se habla de conceptos jurídicos indeterminados cuando hay una solución jurídica viable.

Así las cosas, para las tesis antes mencionadas, los conceptos jurídicos indeterminados en su aplicación plantean el problema de encontrar esa “solución única” que se supone demandan. La configuración por el legislador como un caso de aplicación de la ley a una circunstancia de hecho, muestra que se quiere sujetar más a la Administración y negar, o por lo menos restringir, la discrecionalidad.

Las dificultades de aplicación a un caso real para la Administración, y de control posterior por parte de los jueces, serán mayores o menores dependiendo del grado de indeterminación del concepto, de la amplitud de su halo, los criterios interpretativos establecidos por jueces al respecto (Marín Hernández. 2007, p.p. 214).

Finalmente, la tendencia es ir eliminando las diferencias estructurales entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, y en cada caso concreto puede suceder que la discrecionalidad se “debilite” y quede reducida a una única opción, o a la inversa, momentos en los cuales es la discrecionalidad la que “absorbe” el concepto jurídico indeterminado, cuando en sede judicial se interpreta como potestad discrecional un concepto legal (Marín Hernández. 2007, p.p. 248). Lo que implícitamente se va a encontrar en el presente estudio es precisamente la absorción que la discrecionalidad hizo sobre los conceptos jurídicos indeterminados, por cuanto, ante la falta de precisión normativa mas no ausencia normativa, es la Administración, apoyada por la jurisprudencia, ya sea constitucional o administrativa, la que aplica o no la norma, lo cual ha llevado a una muy difícil tarea judicial de control sobre los actos administrativos expedidos en esas condiciones.



1.3 Algunas técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales

Para empezar se debe precisar que la constitución del “Estado lo es por y para la comunidad política así constituida” (Parejo Alfonso. 2007), integrado por los individuos pero también por los grupos que alcanzan especificidad y reconocimiento quienes tienen fines propios, pero es la administración, como elemento del Estado, la que tiene presencia permanente en las gestiones públicas y es la que se caracteriza por buscar la satisfacción del interés general “como obligación de hacer” (Parejo Alfonso. 2007).

En la consagración y definición del interés general, como principio general y de rango constitucional, aparecen dos actores importantes, por una parte el legislador, quien es el que estima y valora el objeto que tiene importancia para la comunidad y por la otra, el juez, quien es el encargado de identificar el interés general, su titular y la acción que se debe desarrollar para su satisfacción (Parejo Alfonso. 2007).

Con lo anterior, el interés público se constituye en un criterio de control, ya que la administración tiene la posibilidad de establecer programas normativos administrativos y políticas públicas que pasarían a formar parte de los bienes que integran el interés general, y son precisamente esas políticas, las que van a servir de limitante en el momento de la ejecución y definición al caso concreto de lo que se entiende por “interés público” (Parejo Alfonso. 2007).

Ahora bien, en cuanto al control del ejercicio de las facultades administrativas discrecionales, se tiene que ya había sido tratado inicialmente por García de Enterría (1995), ligándose muy directamente con el tema de la discrecionalidad, ya que la

preocupación por controlar a la Administración nace teniendo en cuenta el origen de la figura misma de la discrecionalidad²⁰.

Uno de los primeros mecanismos conocidos para controlar el ejercicio de las facultades administrativas discrecionales, es el que recurre a los elementos reglados del acto discrecional, entendidos como tales la existencia de la potestad con base en la cual es proferido, que nace de la premisa según la cual no es posible la existencia de un acto sin la de una potestad previa, ni la de ésta si no han sido consagrados expresamente en el ordenamiento, las formas y procedimientos de imperativa observancia para su expedición y la competencia del órgano que la realiza, además del contenido de la decisión misma (Marín Hernández. 2007, p.p. 291).

Un segundo mecanismo, y sobre el cual se hará un mayor análisis desde la jurisprudencia colombiana por su importancia en el presente trabajo, es el tema conocido como la desviación de poder, término que tiene su origen en el Consejo de Estado francés desde el siglo XIX, cuando era una de las especies o motivos de impugnación del recurso conocido como “exceso de poder”, además de la violación de una ley de competencia, la violación de una ley de forma y la violación de la ley (Marín Hernández. 2007, p.p. 294)..

En Francia, la figura de la desviación de poder tuvo su mayor auge durante el periodo comprendido entre 1920 y 1930, ya que se vio como un instrumento que ofrecía grandes posibilidades de expansión en su condición de medio de control de la “moralidad administrativa” (Hauriou, 2002), que no es otra cosa que “el espíritu general de la Ley”, como el límite que se impone a los derechos en interés de la justicia, ya que se hace necesario diferenciar entre lo que es justo y lo que es bueno, siendo relevante, en éste caso, lo que es justo.

²⁰ La discrecionalidad inicialmente se equiparó con los denominados “actos de imperio”, caracterizados por no ser impugnables ante la jurisdicción contenciosa. (García de Enterría y Fernández Rodríguez. p.p. 465 y s.s.

En Colombia es un postulado ampliamente aceptado, debido a la subordinación tanto de las facultades atribuidas como de las actividades desplegadas por la totalidad de las instituciones del Estado y que se encuentran al servicio de los intereses generales, acorde con lo preceptuado en el artículo 2º de la Constitución Política y el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011. Disposiciones en las que debe buscarse, en último término, la orientación teleológica de cualquier ámbito de la actividad administrativa, por tanto, cuando se produce inobservancia del contenido finalístico señalado, el acto administrativo expedido se encuentra viciado por desviación de poder²¹. Aunque esta figura no se consagra en La Ley 1437 de 2011²², sí es ampliamente desarrollada por la jurisprudencia colombiana²³.

En un primer momento, el Consejo de Estado (1968, p.p 290) consideró este mecanismo de control como subsidiario frente a otros vicios del acto administrativo. Posición que fue criticada, ya que este era un asunto que debía considerarse de carácter subjetivo, en cuanto se refiere a la intención del productor del acto. Esto fue reconocido tímidamente por el Consejo de Estado en un pronunciamiento hecho el 11 de septiembre de 1973. Ya en decisiones más recientes, se observa que el Consejo de Estado (1997, 6 de feb.) sigue considerando el carácter subsidiario de la figura y no entra a valorar si la Administración ha incurrido en desviación de poder, al encontrar previamente una infracción directa a un precepto legal, lo cual, además, es manifestado abiertamente, así:

Se abstiene la Sala de realizar algún pronunciamiento respecto del cargo de desvío de poder, por cuanto es suficiente la demostración de la violación de

²¹ La desviación de poder, consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecute, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otros distintos". Consejo de Estado. (1943, 16 de julio) Anales, t.II, n°. 329-334, p. 127.

²² Art. 137. **Nulidad.** Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. 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. (Subrayas fuera de texto)

²³ Entre otras, pueden consultarse las sentencias del Consejo de Estado así: 1 de junio de 1993, exp. 4954. C.P. Clara Forero de Castro. Sentencia del 17 de octubre de 1995, exp. 3173. C.P. Nubia González Ceron. Sentencia del 13 de julio de 2000. Exp. 11774. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

la ley para que prospere la anulación de los actos acusados. Por lo tanto, se revoca el fallo apelado y se accede a las pretensiones de la demanda.

A pesar de lo anterior, también se han encontrado pronunciamientos en los que el Consejo de Estado (1996, 5 de sep.), si bien no analiza expresamente tal circunstancia, sí deja ver la posibilidad de que coexistan en un mismo acto administrativo la desviación de poder y otros vicios predicables de aquel, como la vulneración a normas superiores, siendo todas causales de una eventual declaratoria de nulidad, analizables y efectivamente estudiadas por el juez.

Acorde con lo que doctrinalmente se había señalado en cuanto al carácter subjetivo de la figura de la desviación de poder, se encuentran pronunciamientos en los que esta se conceptualiza como una

determinada atribución de que está investida una autoridad se ejerce, no para obtener el fin que la ley persigue y quiere, sino otro distinto (...) Para que se configure la desviación de poder es necesario que quien la alega aporte al proceso elementos directos o indirectos que demuestren el interés particular y malintencionado que movió al funcionario al expedir el acto. (Consejo de Estado, 1997, 20 de mar.)

En materia probatoria, la jurisprudencia colombiana ha establecido como regla que cuando se pretenda la declaración de nulidad de un acto administrativo acusándolo de incurrir en desviación de poder, se atribuye al demandante la carga de demostrar plenamente que la autoridad administrativa dictó un acto, no en beneficio del buen servicio público, sino con un fin apartado del mismo. Por tanto es necesario probar que los móviles que impulsaron al órgano administrativo a proferir los actos acusados no son aquellos que le están expresamente permitidos en la ley o el reglamento, sino otros, de tal manera que el resultado de la decisión es distinto del que ha debido producirse si el acto se hubiera expedido atendiendo a los dictados del marco normativo aplicable. Y dicha



prueba le corresponde aportarla a quien alega la desviación de poder y de no lograrlo, se desestima el cargo. (Consejo de Estado, 1991, 16 de dic.)

Siguiendo en la misma línea, se ha indicado que

la desviación de poder debe surgir claramente de las pruebas aportadas por quien la invoca, pues resulta indispensable llevar al juez la certeza incontrovertible de que las razones que tuvo la Administración para proferir el acto administrativo impugnado no son aquellas que la ley le permite expresamente. (Consejo de Estado, 1992, 30 de jun.)

A pesar del rigor con el que ha procedido la jurisprudencia administrativa en materia probatoria frente al tema de la desviación de poder, esta rigidez se ha ido matizando y, ante la aceptación de la dificultad que este aspecto procesal presenta, ha expresado que es admisible cualquier tipo de elementos acreditativos que conduzcan a formar la convicción del juez, sin que exista tarifa legal al respecto, dando plena operatividad con tal propósito a las pruebas indirectas, señaladamente las indiciarias, que son a las que, por obvias razones, más suele recurrirse para constatar la ocurrencia del vicio que nos ocupa. (Consejo de Estado, 1993, 18 de jun.)

Adicionalmente y como un importante avance, se encuentra que la jurisprudencia colombiana ha aceptado que no sólo los hechos previos a la expedición del acto se deben analizar bajo la óptica de la desviación de poder, sino que los hechos concomitantes y posteriores también pueden ser revisados en sede judicial, ya que pueden ser indicadores de que el acto no fue proferido atendiendo a la finalidad hacia la que normativamente le era obligatorio propender, sino instrumentalizando otro tipo de intereses carentes de respaldo en el ordenamiento. (Consejo de Estado, 2000, 9 de nov.)

Un tercer mecanismo de control son los principios generales del derecho, los cuales revisten una especial importancia a partir del modelo constitucional establecido en

Colombia desde 1991, norma que desde el preámbulo va destacando unos valores y principios fundamentales que desempeñan el papel de verdaderas normas jurídicas. (Lamprea, 1994, p.p 47)

La jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera reiterada, que los valores constitucionales se caracterizan por su indeterminación y por la flexibilidad de su interpretación, lo cual no obsta para que sean aplicados por los operadores jurídicos, y que cualquier disposición que persiga fines diferentes a lo establecido en la Carta, resulta ilegítima y por tanto contraria a la misma. Además, se debe tener en cuenta que los valores superiores en realidad desempeñan un papel de robustecimiento de la norma constitucional en el proceso de aplicación del derecho, ya que ayudan a reducir la discrecionalidad de los poderes públicos. Entre estos valores podemos señalar la justicia, la seguridad jurídica, la garantía de un orden político y social justo, todos los cuales son mandatos que conducen el sistema jurídico. (Corte Constitucional, 1996)

Uno de los principios que más ha sido desarrollado es el de la proporcionalidad, por cuanto es una herramienta y parámetro de control de la actividad de la administración, pero también ha tenido influencia en el campo de los derechos fundamentales y los conflictos que se suscitan entre éstos y las diferentes actividades del Estado, en la medida en que éste tiene interfiere en los derechos o patrimonio de los individuos (Marín Hernández. 2007, p.p. 789). En cuanto a la discrecionalidad, este juicio de proporcionalidad tiene especial importancia, ya que en el ejercicio de la mencionada facultad se debe elegir entre las varias opciones, con el único propósito de lograr el interés general. En Colombia la Corte Constitucional ha señalado unas subreglas que debe seguir el juez constitucional, como son las de determinar

1. Si se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución,
2. Si el trato diferente es “adecuado” para lograr la finalidad perseguida;
3. Si el medio utilizado es “necesario”, en el sentido de que no exista uno menos oneroso,

en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin perseguido y, 4. Si el trato diferenciado es “proporcional stricto sensu”, es decir, que no se sacrifiquen valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tengan un mayor peso que los que pretende satisfacer mediante dicho trato. (T-422 de 1992, C-530 de 1993, T-230 de 1994, T- 288 de 1995, C-022 de 1996 y C- 309 de 1997)

Debido a la amplitud del principio en mención, se hará alusión a la incidencia que se le ha conferido en aquellos eventos en los cuales se ha recurrido a él como mecanismo de control de la actividad de la Administración y, concretamente, de la desplegada en ejercicio de las facultades discrecionales, lo cual se encuentra de alguna manera garantizado desde el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, que a su tenor literal indicó que “en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

En este punto y para iniciar es preciso señalar que el principio de proporcionalidad se encuentra compuesto por tres mandatos parciales, etapas o subprincipios: el primero es el que tiene que ver con la adecuación, idoneidad o de congruencia, el segundo es el relacionado con la necesidad, intervención mínima o menor lesividad, y el tercero es el de proporcionalidad, en sentido estricto. (Rodríguez de Santiago, 2000; López, 1998)

Los anteriores subprincipios han sido reconocidos por la jurisprudencia colombiana muy diáfananamente, de la cual se advierte que es una constante en los pronunciamientos judiciales, tanto constitucionales como administrativos, que no existe una estructuración dogmática del principio de proporcionalidad, de una parte, y de otra, cuando hace referencia al mencionado principio, lo entrelaza o mezcla con el de razonabilidad, racionalidad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad. (Corte Constitucional, C-525 de 1995). En otros casos, se encuentran sentencias en donde se hace un claro estudio del principio de proporcionalidad y en el que se integran los tres mandatos ya referenciados, se encuentra la sentencia T-308 (Corte Constitucional, 1993), que tras hacer un análisis

de la adecuación medios-fines, de el de necesidad de menor lesividad y juicio de ponderación, amparó los derechos de los habitantes vecinos a un batallón militar que se quejaban por los ruidos de las armas de fuego interrumpiendo su tranquilidad.

Es precisamente por las razones previamente expuestas: la no existencia de estructuración dogmática, su relación con otros principios²⁴ y en ocasiones la aplicación de los tres subprincipios (1. adecuación, idoneidad o de congruencia, 2. necesidad, intervención mínima o menor lesividad y 3. el de proporcionalidad en estricto sentido)²⁵ o de dos según el caso; que no se puede hablar del mismo como un método para resolver los conflictos que se sometan a su juicio. Es así como, en el momento de aplicar el principio, por el operador judicial, éste no tiene un derrotero claro o un camino rígido a seguir, sino que la interpretación dependerá del caso que se puso bajo su conocimiento, lo cual a la larga es un problema de derecho positivo (Guastini. 1999).

La ponderación, una de las subreglas antes mencionadas, cobra especial importancia en materia de discrecionalidad, al enfrentar situaciones como la seguridad pública y los derechos individuales. Sin embargo, la propia jurisprudencia se ha encargado de dar luces sobre la forma de resolver el asunto, ya que ha creado otras reglas de procedencia condicionada, lo que ha llevado a que se refuerce que efectivamente se está frente a una potestad incuestionablemente discrecional, y el ejemplo típico tiene que ver con la situación laboral (traslados) de los miembros vinculados a la Fuerza Armada de Colombia, lo cual además reduce la posibilidad de intervención judicial. (Corte Constitucional, T-965, 2000)

El control basado en otros principios como la racionalidad, razonabilidad e igualdad, a pesar de ser entremezclados por la jurisprudencia, tanto constitucional como

²⁴ Ejemplo de éste caso es la sentencia C- 525 de 1995

²⁵ Ejemplo de éste caso de aplicación de los tres sub-principios se tiene la sentencia T-308 de 1993.



administrativa, se distinguen pronunciamientos en los que se intenta definirlos (Corte Constitucional, T-445, 1994; C-530, 1993) a partir de lo que se encontraba en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, norma que fue repetida en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, ya referenciada.

En materia de la discrecionalidad, estos principios se han aplicado a casos en los que se ventilan asuntos laborales, ya que, en términos de la Corte Constitucional, cualquiera que sea la forma de vinculación de los funcionarios con el Estado, todos desempeñan sus cargos para la consecución de los fines del Estado, y es por ello que el ingreso, ascenso y retiro ha de obedecer a razones del buen servicio o de la confianza, según el caso, sin que el actuar de la Administración pueda tornarse en arbitrariedad. (Corte Constitucional, T-422, 1992)

También se encuentra el control basado en el principio de interdicción de la arbitrariedad, que, a pesar de no encontrar fundamento jurídico expreso en el ordenamiento colombiano, sí lo tiene en la jurisprudencia tanto constitucional como administrativa, sobre todo cuando en ella se hace mención a la distinción que se debe hacer entre la arbitrariedad y la discrecionalidad, y en donde

...lo discrecional para ser legítimo, se halla o debe hallarse cubierto de motivos suficientes, discutibles o no, pero considerables y evaluables en todo caso, mientras que lo arbitrario no tiene motivación respetable, sino que es simplemente fruto de la mera voluntad o del puro capricho de los administradores, la conocida *sit pro razione volantes*. (Corte Constitucional, C-024, 1994)

Las potestades administrativas, especialmente las discrecionales, están sometidas al “principio de mensurabilidad”, de acuerdo con el cual, “en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado”, pues, en primer lugar, “en el Estado social de derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los



agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución” (Corte Constitucional, C-221, 1992).

Esas potestades discrecionales tiene prefijados, como mínimo, los fines por cumplir y la forma en la cual deben ejercitarse, de modo que la actuación sólo será legítima si se aviene a las determinaciones tanto teleológicas como materiales definidas en las normas que las consagran (art. 44 Ley 1437 de 2011).

Un rasgo distintivo entre lo discrecional y lo arbitrario es la motivación de los actos, motivación que debe ser real y de calidad²⁶. Sobre ese tema se hará una amplia referencia en el marco teórico, por cuanto es la piedra angular en la desvinculación del servicio de empleados en provisionalidad y, por tanto, eje fundamental del presente trabajo.

²⁶ Sentencia C-525 de 1995.

CAPITULO II

LA MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE DESVINCULAN A LOS PROVISIONALES – POSICIONES JURISPRUDENCIALES VACILANTES.

2.1 La motivación de los actos administrativos en la desvinculación de los empleados públicos nombrados en provisionalidad. Posición desde la jurisprudencia constitucional

Dentro del análisis jurisprudencial que emana del estudio dinámico que antecede, y en aplicación de la ingeniería de reversa que se colige del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se encuentra que desde el año 1998 (SU- 250, 1998), al definir sobre la violación o no de los derechos fundamentales constitucionales de la igualdad y el trabajo en el caso de una notaria nombrada en un cargo en interinidad, precisó conceptos sobre el tratamiento constitucional del derecho al trabajo en relación con el derecho a la igualdad, definiendo el primero de éstos como la facultad de desarrollar un oficio o una labor remunerada en espacio y tiempo indeterminado.

En relación con la motivación de los actos administrativos, inició su análisis desde el artículo 209 de la Constitución Política, sobre el concepto y el fundamento de la función administrativa, y concluyó que es de suma importancia que el Estado manifieste las razones y causas que sustentan sus decisiones, ya que la discrecionalidad no supone la libertad para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Con lo anterior, la Corte precisa como regla que la no motivación de los actos administrativos de desvinculación, viola el debido proceso de la persona que ha sido retirada del servicio, ya que es un atentado en contra de la publicidad del acto, pues coarta su derecho a controvertir las razones de la decisión, por su desconocimiento.

En el mismo año, la mencionada corporación, mediante fallo T-800 (1998), reitera la importancia de motivación del acto administrativo de retiro de un servidor público



nombrado en provisionalidad; además indicó que dicho nombramiento no convierte al cargo en uno de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual el nominador no puede actuar discrecionalmente frente al retiro, salvo que exista una causa justa para ello, como motivos disciplinarios, provisión definitiva de la plaza, previo concurso de méritos.

Posteriormente, mediante fallo T- 884 (2002), indica que el examen de casos de empleados en provisionalidad y su desvinculación no puede reducirse a considerar esa circunstancia y que se presume la legalidad del acto administrativo correspondiente, porque se supone que la decisión fue inspirada en el buen servicio, sino que el juez constitucional de tutela debe, necesariamente, determinar las circunstancias en que se suscitó la provisionalidad, y darle aplicación a las afirmaciones consignadas en la tantas veces citada sentencia T-800 de 1998. Además, en relación con el fuero de estabilidad, señaló que quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema del concurso de méritos se encuentran amparados, y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo, por lo que es necesario establecer cierto grado de protección para éstas últimas, y que su retiro debe enmarcarse dentro de los límites de la Constitución Política y las leyes. (T-1011, 2003)

Siguiendo con las pautas ya establecidas en sus anteriores pronunciamientos, la Corte (T-951, 2004) hace una distinción entre los actos de desvinculación de personal adscrito a un cargo de libre nombramiento y remoción y los adscritos a un cargo de carrera, para advertir que mientras la falta de motivación de los primeros es la regla, no lo es para los segundos, por cuanto se exige la motivación del acto de desvinculación, pues en estos no es la relación personal la que determina la provisión del cargo sino el carácter técnico del mismo. Con lo anterior reiteró que el retiro de un provisional debe ser en razón a una justa causa, que los motivos del interés público que puedan invocarse para tomar tal decisión deben quedar claramente expuestos y que los actos de desvinculación de funcionarios de

libre nombramiento y remoción, no necesitan de motivación, ya que la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza y la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno (T-610 de 2003).

En el mes de diciembre de ese mismo año, mediante fallo T- 1240 (2004) continuando con la regla inicial sobre la motivación de los actos administrativos de retiro de los provisionales, consideró que puede plantearse una pretensión constitucional autónoma, orientada, no a obtener el reintegro como venía haciéndose, sino que es válida la pretensión sobre la orden de motivación del acto de desvinculación del servicio, con el fin de que emitida la decisión, pueda el afectado debatir dicha decisión, y con ello se estaría salvaguardando el principio de publicidad de los actos administrativos. A renglón seguido indicó:

Si bien el empleado en provisionalidad no tiene la misma estabilidad de quien ha ingresado en la carrera, en cuanto que no ha ingresado mediante concurso de méritos, ni está sujeto a calificación de servicios, su permanencia en el cargo no depende de una facultad discrecional del nominador. Tal facultad se predica de los empleos de libre nombramiento y remoción y no puede extenderse a los empleos de carrera aun cuando sean ocupados en provisionalidad. En este evento, el retiro del empleado solo puede obedecer a que el cargo se va a proveer por el sistema de méritos, o a la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio.

En fechas posteriores y mediante sentencias como la T-951 de 2004, T-123 de 2005 y T-1316 de 2005, la Corte, en sede de revisión de tutelas, además de reafirmar la línea que había venido defendiendo años atrás, en cuanto a la exigencia de motivación del acto de desvinculación de funcionarios en provisionalidad, como garantía de su derecho al debido proceso, indicó que el trabajo, cualquiera que sea su modalidad, merece una especial protección por parte del Estado, y que por consiguiente la figura de la discrecionalidad no exonera a la Administración de la necesidad de justificar su actuar, pues la motivación de

los actos administrativos ha sido prevista como una garantía para los particulares, con el fin de evitar actuaciones arbitrarias revestidas de aparente legalidad exigiendo, por tanto, que en el mencionado acto deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide retirar al funcionario, y no pueden ser válidas las justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se aduzcan al desvinculado (T-1316 de 13 de diciembre de 2005).

En el año 2009, retomando la regla sobre la estabilidad intermedia de los servidores públicos que han sido nombrados en provisionalidad, argumenta que el acto que declare su desvinculación deberá atender a razones fundadas en causales previamente previstas en la ley (Corte Constitucional, T-048, 2009), y que la motivación de dicho acto no solo debe buscar la garantía del derecho fundamental del debido proceso, sino también al derecho a la defensa, al acceso a la administración de justicia, entre otros, por cuanto

La necesidad de motivar los actos administrativos es una consecuencia directa del Estado social de derecho, pues es el cumplimiento de tal exigencia lo que permite a los jueces efectuar el control que les corresponde sobre estos, y verificar si los funcionarios competentes para su expedición, cumplieron con los requisitos legales para el efecto, de tal manera que puedan establecer si están ajustados o no al ordenamiento jurídico y por tanto deben permanecer en él, o en caso contrario ser removidos.

Mediante sentencia SU-917 de 16 de noviembre de 2010, la Corte reafirma el inexcusable deber de motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, bajo los siguientes parámetros: el primero, en relación con el acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad, no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión; y el segundo es desde la perspectiva

del control a la motivación de los actos, para el derecho carece de toda relevancia el proceso psicológico mediante el cual el nominador toma una decisión. Lo jurídicamente relevante son las razones que se hacen “explícitas” en el acto de retiro y su correspondencia con la realidad, en la medida en que son éstas las que constituyen la base objetiva para ejercer el control a la actividad de la Administración, siendo completamente inadmisibles la teoría de la motivación “implícita” de los actos administrativos.

Adicional a lo anterior, fija como reglas, en el tema *subexamine* y con el fin de reiterar y unificar líneas jurisprudenciales que ha venido construyendo, las siguientes:

Un empleado en provisionalidad no puede asimilarse a un empleado vinculado en carrera, ni pretender que sean aplicables los derechos que de ella se originan, pues es claro que no se ha sometido a las reglas que impone la ley para gozar de tales beneficios, además porque de ser así, tal situación terminaría siendo paradójicamente, contraria al espíritu de la Constitución de 1991 en materia de función pública, pero tampoco se asimilan a empleos de libre nombramiento y remoción, pues su origen legal no es la confianza para ejercer funciones de dirección o manejo, sino la necesidad inmediata de suplir una vacante y evitar la paralización de la función pública mientras se surten los procedimientos ordinarios para proveerla con absoluto rigor.

La motivación que se exige para desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad no debe ser necesariamente la misma que aquella que se exige para los funcionarios de carrera, pues la propia Constitución consagra unas causales de retiro, ligadas a la estabilidad en el empleo, de la que no goza el funcionario vinculado en provisionalidad, motivos que pueden ser aquellos que se fundan en la realización de los principios que orientan la función administrativa, motivos derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo, pero, en todo caso, dichas razones deben ser verificables empíricamente, es decir, con soporte fáctico, motivos consistentes en la realidad y objetivamente fundados, con el fin de evitar que se incurra en causal de nulidad por falsa motivación.



Lo reiteradamente afirmado por la Corte Constitucional en el tema, pretende salvaguardar normas de superior jerarquía, como la cláusula de Estado de derecho (art. 1 C.P.), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 C.P.), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva, pues permitir un actuar contrario, atentaría contra los postulados constitucionales.

Finalmente y en decisión más reciente, la Corte Constitucional (SU-691, 2011) hace énfasis en las reglas sintetizadas en el fallo anterior y retoma los argumentos dichos en dicha sentencia, pero además concreta que para carrera especial como la de la Fiscalía General de la Nación y el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA-, se deben hacer extensivas las reglas sobre motivación de actos para desvincular a los funcionarios.

Con lo anteriormente expuesto, la posición de la Corte Constitucional se encuentra más que definida desde cualquier ámbito en el que se encuentre el empleado público, esto es si pertenece a los sistemas específicos de carrera, a las carreras especiales o si por el contrario se encuentra en alguna de las entidades reguladas por la Ley 909 de 2004.

2.2 La motivación de los actos administrativos en la desvinculación de los empleados públicos nombrados en provisionalidad. Posición desde la jurisprudencia contencioso administrativa

Debe iniciarse por indicar que la historia de la provisionalidad en Colombia, va de la mano con la implementación de la carrera administrativa y con el Decreto 1950 de 1973 y con el que fue posible declarar insubsistente un nombramiento en provisionalidad sin motivar el acto²⁷ y mediante el Decreto 1572 de 1998 la desvinculación del provisional procedía mediante declaratoria de insubsistencia por medio de un acto administrativo expedido por el nominador, pero nada decía sobre la motivación, por lo que el Consejo de Estado, en su momento, argumentó que el empleado vinculado mediante nombramiento provisional, no gozaba de ningún fuero de inamovilidad, y que por tal razón, el nominador, por motivos del buen servicio público, tenía la facultad en cualquier momento y antes del vencimiento de la provisionalidad, de removerlo libremente sin expresar los motivos de su decisión. (Consejo de Estado, 1998, 19 de jun.)

Como antecedente se encuentra que la provisionalidad estaba regulada en el Decreto 2400 de 1968 y en el Decreto 1050 de 1973, como una forma de proveer empleos públicos cuando se presentan vacancias temporales o definitivas, situaciones diametralmente distintas y que no es del caso explicar.

Con posterioridad a los referentes normativos citados, el Consejo de Estado mantuvo dos posiciones frente al tema de la necesidad de motivar los actos de retiro de servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. Por una parte, la Subsección “A” de la Sección Segunda consideró que tales servidores gozaban de una suerte de “estabilidad restringida”, de manera que para su desvinculación debía mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso, por tanto, para el juez administrativo era obligatorio que el acto administrativo de desvinculación se encontrara

²⁷ Art. 107 del Decreto 1950 de 1993.



motivado, porque en caso de que las razones de la decisión no fueran explicadas, consideraba vulnerado el derecho fundamental al debido proceso y, por ende, declaraba la nulidad de la decisión cuestionada, el reintegro y el pago de los salarios y emolumentos dejados de percibir desde la desvinculación hasta el momento de ejecutoria de la sentencia (Consejo de Estado, 2002, 20 de jun.)

Por su parte, la Subsección “B” argumentaba que no había ningún fuero de inamovilidad para quienes ejercían cargos en provisionalidad, de modo que estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna y su desvinculación es el resultado del ejercicio de una competencia discrecional asignada al nominador. (Consejo de Estado, 2002, 18 de abr.)

En el año 2003, la Subsección “A” (Consejo de Estado, 13 de mar.) aceptó la postura de la Subsección “B” y unificó su jurisprudencia acogiendo la tesis según la cual “al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna”, y concluyó que “cuando se remueve a esta clase de personal vinculado en provisionalidad, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del debido proceso, ya que dichas normas no le son aplicables”. Con lo anterior queda claro que para la Sala Plena un provisional ocupa una posición diferente de la del empleado de carrera administrativa y de la del empleado de libre nombramiento y remisión; la diferencia entre un empleado de carrera y un provisional radica en el alcance del derecho a la estabilidad en el empleo; el cargo que ocupa un empleado en provisionalidad es un cargo de carrera, que, como la vinculación de un provisional, no se encuentra motivado, es lógico que su desvinculación se haga de la misma manera, aspecto en el que lo asemeja a uno de libre nombramiento y remisión, y concluye que el provisional además tiene una doble inestabilidad, pues su desvinculación del servicio se

puede presentar cuando sea nombrado el titular del cargo de carrera mediante el concurso de méritos o de manera discrecional por el nominador.

En el año 2004, con ponencia de la doctora Ana Margarita Olaya Forero, mediante fallo 3016-01 se centró la controversia sobre si la expresión “o provisional” referida en el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 era nula, en atención a que excedía la potestad reglamentaria, al estimar la forma discrecional de retiro del servicio en cargos de provisionalidad, ya que ésta era únicamente para los empleos de libre nombramiento y remoción. Los cargos invocados en la demanda de nulidad de la norma no prosperaron. El Consejo de Estado argumentó lo siguiente para emitir su fallo:

El nombramiento en provisionalidad no otorga fuero alguno de estabilidad, dado que el servidor público no ha ingresado por concurso de méritos; no existe igualdad entre el empleado provisional y aquel que se sometió al proceso de selección, por tal razón el retiro no puede ser igual; y que la situación de un empleado en provisionalidad se asemeja a la de uno de libre nombramiento y remoción.

En el año 2005, el Consejo de Estado (4 de mayo), además de reafirmar su posición, agrega que la permanencia del servidor público en el cargo por encima del término previsto en la ley, no le genera a éste ningún derecho de inamovilidad, y continúa expresando que el nominador no tiene la obligación de motivar el acto de insubsistencia, concluyendo que:

El nombramiento provisional procede mientras se hace la designación por el sistema de concurso de méritos. Ello no implica que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente.

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, pero esta modalidad de vinculación no es generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. La autoridad nominadora mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio.

Como esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera.

No están exentos de ser removidos a través del ejercicio irregular de la facultad nominadora, caso en el cual mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho se puede demandar el acto de remoción, invocando la respectiva causal de nulidad.

La normatividad que consagra las circunstancias de retiro, procedimiento y recursos, es para el personal de carrera.

Para esta forma de provisión de cargos –en provisionalidad- es pertinente predicar las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción.

El retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado.

En los años subsiguientes, es decir 2006 (rad. interno 3934-05, 3731-05,19353-05), 2007 (rad. Interno 4550-05, 4037-03, 5028-05,3935-05), 2008 (7517-05), 2009, el Consejo de Estado ha mantenido la tesis anteriormente descrita, sin embargo en el año 2006 (7 de dic.) este alto tribunal de lo contencioso administrativo hace una crítica a los postulados de la Corte Constitucional cuando esta lo acusó de realizar un análisis legal y no constitucional ni “iusfundamental”, frente a lo cual argumentó que

La discrecionalidad para la desvinculación de los nombrados en provisionalidad encuentra fundamento en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, según el cual el retiro de los empleados de carrera se hará por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

Como los nombrados en provisionalidad no ingresaron al servicio civil por mérito sino que su vinculación obedeció a razones discrecionales, no pueden ampararse bajo las causales de retiro previstas en el artículo 125, inciso 2, de la Constitución, toda vez que ellas se reservan a los nombrados con base en derechos de carrera. Conferirles a los designados en

provisionalidad el derecho a que su acto de desvinculación se motive, los equipara, sin justificación alguna, a quienes concursaron y por sus méritos adquirieron el derecho a integrar la planta de personal de la entidad.

También tiene un apoyo “iusfundamental” la tesis del Consejo de Estado. El artículo 29 de la Constitución dice que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. El Consejo de Estado no desconoce la vigencia del derecho al debido proceso pues la tesis sobre el retiro de los nombrados en provisionalidad acepta que las causales de nulidad afectan tanto los actos de remoción del personal de carrera como los de aquellos carentes de estabilidad, por lo que los nombrados en provisionalidad también pueden impugnar judicialmente las decisiones de desvinculación a efectos de determinar si en su caso se respetó el debido proceso.

Adicionalmente señaló que los nombrados en provisionalidad no tienen el carácter técnico que le atribuye la Corte, ya que un nombramiento que sólo se basa en facultades discrecionales no puede ser técnico. A renglón seguido, señala que “un nombramiento técnico sólo se logra cuando la designación se cumple en el marco de un concurso de méritos. La única motivación que justifica el nombramiento en provisionalidad es la de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, circunstancia que no puede generar derecho alguno en favor del nombrado en provisionalidad, como lo pretende la Corte”.

Siguiendo sus derroteros, el Consejo de Estado (2006, 30 de nov.) indicó que el retiro de un provisional antes del tiempo de ser provisto mediante concurso de méritos, se presume que se fundamenta en el mejoramiento del servicio y el interés general, y que para desvirtuar esta presunción, le corresponde a la parte actora allegar los elementos probatorios necesarios para acreditar que la decisión adoptada no fue en razón a las finalidades mencionadas, es decir, el buen servicio. Por otra parte, también se afirmó que por tratarse de un cargo de carrera administrativa, el nominador no podría verse imposibilitado de prescindir de los servicios de un empleado que es ineficiente e incompetente para desarrollar el cargo.

Posteriormente, en el año 2010 (Consejo de Estado, 4 de ag.), va empezando a dar un nuevo matiz a la jurisprudencia de acuerdo con la normatividad que sobre el tema se había expedido y sobre lo que se discutirá más adelante. Es así como en sentencia proferida con ponencia del doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, indica que se seguirá sosteniendo en la tesis, que de tiempo atrás se había determinado por la Sección en la Sentencia de 13 de marzo de 2003, en el sentido de que el acto de desvinculación del funcionario provisional, no requiere de motivación alguna, pero precisa que esta situación, es decir, la no exigencia de motivación del acto de desvinculación del funcionario provisional, encuentra su excepción en el Decreto 1227 de 2005²⁸, reglamentario de la Ley 909 de 2004, sólo cuando el nombramiento provisional se da por terminado antes de cumplirse el término, caso en el cual se requiere de resolución motivada.

En otro de los apartados de la decisión en comento, se deja entrever que en relación con la desvinculación de los provisionales, además de motivar, por exigencia de la Ley 909 de 2004 y su decreto reglamentario, se deben usar las causales que la normativa indica en su artículo 41, la cual se debe entender aplicable a los cargos que se rigen por la mencionada ley en los términos de su artículo 3°.

En el mismo año (2010, 23 de sep.), El Consejo de Estado plantea que en aplicación del principio de igualdad, los empleados nombrados en provisionalidad con anterioridad a la vigencia de la Ley 909 de 2004 y su reglamento, y que sean retirados en vigencia de esta última normatividad, la decisión que así lo disponga debe efectuarse a través de acto administrativo motivado en el que la Administración exprese las razones por las cuales da por terminada la provisionalidad. La Corporación sostuvo:

²⁸ Artículo 10. 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.

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

Y más adelante indicó:

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos²⁹ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado. (subraya fuera del texto).

Finalmente y en pronunciamiento reciente (Consejo de Estado, 2012, 17 de mayo), además de indicarse de manera clara que la carrera administrativa es un excelente instrumento para proveer los cargos públicos, dentro del Sistema General de Carrera, como también para los sistemas específicos y carreras especiales constitucional y legalmente establecidos, a los que le dio un tratamiento legal diferente en relación con el

²⁹ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

ingreso, permanencia, capacitación, ascenso y retiro al de los regulados en ejercicio de la función pública, lo que lleva a concluir que aun existiendo un sistema de carrea administrativa en Colombia, debe darse aplicación estricta, en este aspecto, a los grupos de servidores públicos que, según la ley, hacen parte de esos sistemas específicos y especiales o los que su normatividad específica señale.

En otras palabras, cuando se establecen sistemas específicos y carreras especiales de carrera, no se puede admitir la inobservancia de los principios y reglas que orientan el régimen general de carrera, esto es, la filosofía que inspira el sistema general de acceso a los cargos públicos, atendiendo las regulaciones legales que en forma concreta y específica implemente el legislador -ordinario o extraordinario- para cada una de las entidades descritas en los artículos 3°, num. 2 y 4° de la Ley 909 de 2004, beneficiarias de los sistemas especiales y específicos de carrera.

Con lo hasta aquí expuesto, se encuentra que persiste la discrepancia entre la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en relación con la motivación de los actos administrativos que desvinculan a los provisionales, la cual se debe buscar superar para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia, así como para salvaguardar otros principios constitucionales no menos importantes, como el de confianza legítima, la coherencia sistémica y la seguridad jurídica, lo que sólo ocurre mediante la procedencia de la tutela contra las providencias, y, en este caso particular, con la revisión y unificación de la jurisprudencia por la Corte Constitucional.

El mantener posiciones disímiles en el tema de la motivación de los actos administrativos que desvinculan a los provisionales, ha llevado a que la Corte Constitucional profiera sentencia sustitutiva o de remplazo, pues sólo de esta manera se ofrece un recurso judicial que asegure la protección oportuna, real y efectiva de los derechos fundamentales



vulnerados. Lo anterior, teniendo en cuenta que la sentencia de remplazo se justifica en la medida que existen antecedentes que demuestran la negativa del Consejo de Estado para cumplir lo dispuesto por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela (SU. 691 de 2011).

A modo de referencia y a contrario sensu, se encuentran sentencias del Consejo de Estado, que por vía de tutela (2012. 12 de abril), pone de presente las posiciones de los altos tribunales (Consejo de Estado – Corte Constitucional), hace una referencia a la importancia del acatamiento del precedente jurisprudencial por parte de los funcionarios judiciales y conmina al Despacho Judicial tutelado a que profiera decisión de fondo atendiendo ese precedente en el que se obliga a la motivación del acto administrativo en virtud de la Ley 909 de 2004 y justificando su desvinculación atendiendo las expresas causales del artículo 41 Ley 909 de 2004 y el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005).

CAPITULO III

La motivación del acto que desvincula provisionales vinculados a las entidades con sistemas específicos de carrera administrativa y carreras especiales: la actual problemática bajo la óptica de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1227 de 2005 como puntos de inflexión y la jurisprudencia referenciada. Validación de hipótesis.

La situación del empleado provisional, desde el punto de vista normativo, tiene sus orígenes paralelamente con el establecimiento de la carrera administrativa, como se había mencionado con anterioridad. Figura esta última que fue inicialmente concebida por la Constitución de 1886, pero fue con la expedición de la Ley 165 de 1938, que se proyectaron los principios fundamentales de mérito y de igualdad para el acceso, la permanencia y el ascenso en la misma (Solano. 2005, p.p 59).

Sin embargo, la provisión de empleos por el sistema de carrera administrativa pasó a ser la excepción a partir de la expedición del Decreto 2400 de 1968, puesto que admitió el ingreso automático a la misma, favoreciendo a los empleados que estuvieran desempeñando el empleo de carrera, solo por el hecho de estarlo haciendo al momento de la expedición de la ley. Esta situación se mantuvo hasta el año 1997, con la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional del artículo 22 de la Ley 27 de 1992, en la sentencia C- 030. Previo a lo anterior ya se había consagrado de forma expresa la posibilidad de proveer los empleos de carrera con empleados provisionales, lo cual ocurrió con el Decreto 1732 de 1960.

La figura se estableció inicialmente con una duración de quince días, término que una vez cumplido habilitaba al provisional para separarse del cargo, ya que no podía continuar ejerciendo las funciones del empleo. Pero la realidad mostró otra cosa, y es que con el paso del tiempo adquirió vocación de permanencia, pues en caso de persistir la ausencia de lista de candidatos elegibles para proveer el cargo, el mismo debía ser provisto en provisionalidad por el nominador.

Mediante el Decreto 2400 de 1968³⁰, se establecieron por primera vez, las clases de nombramiento: el ordinario, en periodo de prueba y el provisional, debiendo tener ocurrencia este último, tal como lo señala su inciso 4º, solo cuando se tratara de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera, con un límite temporal de cuatro meses. A su vez, el artículo 26³¹ habilitó la declaratoria de insubsistencia sin motivación alguna, del nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo, no perteneciente a la carrera, y el artículo 25³² contempló dentro de las causales de retiro del servicio, la insubsistencia del nombramiento; de tal suerte que no asistiéndole derechos de carrera al provisional, era necesario establecer el alcance de los artículos 25 y 26 del citado decreto, sobre su desvinculación vía acto discrecional.

Así las cosas, por orden legal, la designación del empleado provisional tiene lugar frente a empleos de carrera con personal no seleccionado;

³⁰ Artículo 5. “Para la provisión de los empleos se establecen tres clases de nombramientos: ordinario, en período de prueba y provisional. Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios. La autoridad nominadora, en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo. Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en períodos de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito, de acuerdo con los reglamentos de cada carrera. Una vez que la persona designada haya superado satisfactoriamente el período de prueba y que su nombre sea inscrito en el respectivo escalafón, será ratificado en su cargo como empleado de carrera. Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder cuatro meses”.

³¹ Artículo 26. “El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera”.

³² Artículo 25. “la cesación definitiva de funciones se produce en los siguientes casos: a. Por declaración de insubsistencia del nombramiento; b. Por renuncia regularmente aceptada; c. Por supresión del empleo; d. Por retiro con derecho a jubilación; e. Por invalidez absoluta; f. Por edad; g. Por destitución; y h. Por abandono del cargo”.

tal circunstancia en armonía con el inciso 3° del mismo artículo, permite deducir, que dicho nombramiento no tiene el efecto inherente al nombramiento de carrera, es decir, no otorga la estabilidad propia del sistema; así las cosas, su desvinculación se producirá dentro de las hipótesis del artículo 25 ibídem, que bien desarrolló el artículo 26, pero con la ambigüedad relacionada a que la insubsistencia es propia de los que no pertenecen a una carrera, esto es, los nombramientos ordinarios o sea los de libre nombramiento y remoción, pues para los de carrera existen los motivos y procedimientos establecidos en las normas que regulan la respectiva carrera, es decir, previa calificación de servicios de insatisfactoria. (Consejo de Estado, 2010, 4 de ag.)

Con la norma en mención se creó una identidad material entre el nombramiento ordinario y el nombramiento provisional, la que además ya tenía sustento en disposición expresa, esto es, en el Decreto 1950 de 1973, por medio de su artículo 107³³, que preceptúa que tanto el nombramiento ordinario como el provisional, pueden ser declarados insubsistentes sin motivación de la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que le asiste al Gobierno de nombrar y remover libremente a sus empleados.

Mediante la Ley 61 de 1987, se estipularon las excepciones al término de cuatro meses de duración de la figura, habilitando tres posibilidades de ocupar un cargo en provisionalidad: la ordinaria, ante la carencia de lista de elegibles, la del que ocupaba el cargo del empleado a quien se le otorgó comisión de estudios, y la de quien laboraba en el cargo que fue prorrogado por solicitud de la entidad interesada debidamente motivada.

La declaratoria de insubsistencia sin motivación alguna, tanto del nombramiento ordinario como del provisional no se desvaneció con la Constitución Política de 1991, sino que por el contrario persistió, ya que en su artículo 125 se establecieron como causales de retiro

³³ Artículo 107. "En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.
"En los empleos de libre nombramiento y remoción la designación de una nueva persona implica la insubsistencia del nombramiento de quien lo desempeña".

para los empleados de carrera, no solo la calificación insatisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario, las demás causales previstas en la Constitución, sino también las demás contempladas por “la ley”; con lo que la jurisprudencia administrativa entendió que se habilitó de manera expresa la aplicación de lo prescrito en esta particular materia de tiempo atrás, por los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

En este punto es importante resaltar, y es lo que interesa a la resolución del problema jurídico base del presente trabajo, la fórmula prevista en el artículo 125 de la Constitución Política, que tiene carácter complejo, ya que no solo contempla el régimen ordinario de carrera administrativa, sino que permite otras modalidades, en todo caso excepcionales y limitadas, de acceso a los cargos del Estado.

La jurisprudencia de la Corte ha identificado tres categorías de sistemas de carrera³⁴. La primera es la general u ordinaria, que se aplica de forma preferente para las instituciones del Estado y tiene dentro de sus características particulares la administración y vigilancia por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art. 130 C.P.).

La segunda es la que tiene que ver con los sistemas especiales de carrera administrativa, en los cuales la Constitución establece, de forma expresa, que determinadas instituciones del Estado cuenten con un sistema de carrera particular, como es el caso de la carrera de las fuerzas militares (art. 217 C.P.), de la Policía Nacional (art. 218 inciso 3º C.P.), de la Fiscalía General de la Nación (art. 253 C.P.), de la Rama Judicial (art. 256-1 C.P.), de la Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 266 inciso 3º), de la Contraloría General de la República (art. 268-10 C.P.), de la Procuraduría General de la Nación (art. 279 C.P.), así como el régimen de las universidades estatales (art. 69 C.P.).

³⁴ Sentencias C-507 de 1995, C-746 de 1999, C-725 de 2000, C-517 de 2002, C-313 de 2003 y C-1230 del 2005.

En relación con los regímenes especiales antes mencionados, la Corte (C-532/06) ha afirmado expresamente que, a pesar de tener raigambre constitucional, la interpretación armónica del ordenamiento superior obliga a sostener que tales sistemas, como sucede con el régimen general, tienen carácter excepcional y están gobernados por los principios de igualdad, mérito y estabilidad. Ello en la medida que solo a partir de la sujeción a tales criterios, es que los sistemas especiales de carrera de índole constitucional (i) protegen los derechos y garantías constitucionales de aspirantes y servidores públicos, y (ii) cumplen los fines estatales de transparencia, eficacia y transparencia, comprometidos en los mecanismos de ingreso al servicio público.

También se identifica una tercera categoría, que está integrada por los sistemas especiales de carrera de origen legal. La jurisprudencia constitucional ha señalado los siguientes requisitos particulares que deben cumplir para su compatibilidad con la Carta Política:

1. Cumplir con un criterio de razón suficiente, de manera tal que el Congreso no tiene poder discrecional para fijar regímenes especiales de carrera, sino que estos deberán explicarse conforme a las particularidades de la entidad correspondiente y estarán dirigidos unívocamente a garantizar el cumplimiento de los fines de la misma.
2. Estar subordinados a los principios de igualdad, mérito y estabilidad, predicables de toda modalidad de ingreso, permanencia y retiro del servicio público. En ese orden de ideas, la constitucionalidad del sistema especial se predicará “en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general”. (Corte Constitucional, C-563 de 2000, C-517 de 2002)
3. No desvirtuar el carácter general y preferente del sistema general de carrera administrativa. Al respecto, la jurisprudencia ha considerado que dicho

mecanismo ordinario de ingreso, ascenso y retiro del servicio público es la modalidad de gestión estatal que cumple en mejor y mayor medida con los principios y valores constitucionales. Por ende, además de contar con una razón suficiente para la previsión del régimen especial de carrera, el legislador deberá evitar que la fijación de tales mecanismos excepcionales niegue el carácter preferente del régimen ordinario, al indicar “Así, aun cuando al tenor de la Constitución se pueden desarrollar excepciones al principio general de la carrera administrativa, por disposición del mismo texto Superior debe mantenerse como una prioridad dicho régimen, por ser éste el que mejor interpreta el principio del merecimiento como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro de los cargos públicos. En este sentido, la cobertura del sistema de carrera se extiende de tal forma que en caso de existir empleos cuyo sistema de provisión no haya sido establecido por la Carta o defino por la ley en forma razonable y justificada, es necesario acudir a la regla general, es decir, al concurso público de méritos para la provisión de cargos en el servicio estatal. (Corte Constitucional, C-963 de 2003, C-1230 de 2005).

4. Quedar inmersos en la administración y vigilancia por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad de naturaleza constitucional que tiene la misión de salvaguardar los principios de imparcialidad, igualdad y mérito en el acceso a los cargos del Estado. Así, como se indicó en la sentencia C-1230/05 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) “... acorde con los artículos 125 y 130 de la Carta, la interpretación que se ajusta al espíritu de dichas normas, es aquella según la cual, es a la Comisión Nacional del Servicio Civil a quien corresponde administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, con excepción de aquellas carreras especiales que tengan origen constitucional. Ello significa que se constituye en un imperativo constitucional, que se le asigne a dicha Comisión tanto la Administración como la vigilancia de la carrera general y de las carreras especiales de origen legal, estas últimas, denominadas por el legislador carreras específicas.”

Siguiendo con el recuento normativo, se encuentra que con las leyes 27 de 1992 y decretos reglamentarios y con la Ley 443 de 1998, pasó a convertirse en figura suplente del encargo, que se constituyó en el derecho preferencial de los empleados escalafonados para ocupar los cargos de carrera; de tal suerte que la provisionalidad en virtud de la segunda ley, admitió varias excepciones a su temporalidad de cuatro meses, aunque en el párrafo de su artículo 8º expresamente contempló la imposibilidad de la prórroga de dicho término, al igual que el impedimento para proveer nuevamente el empleo a través de dicho mecanismo.

El artículo 4° de la Ley 443 de 1998, que definió como sistemas específicos de carrera

Aquellos que en razón de la naturaleza de las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan el sistema general.

Estos son los que rigen para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-; en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-; en la Registraduría Nacional del Estado Civil; en la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales; los que regulan la carrera diplomática y consular y la docente. Las normas legales que contienen estos sistemas continuarán vigentes; los demás no exceptuados en la presente Ley perderán su vigencia y sus empleados se regularán por lo dispuesto en la presente normatividad.

Parágrafo 1°.- La Administración y la vigilancia de estos sistemas corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual resolverá, en última instancia, sobre los asuntos reclamaciones que por violación a las normas de carrera deban conocer los organismos previstos en dichos sistemas específicos.

Parágrafo 2°.- El personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, en razón de que su misión, objeto y funciones básicas consisten en la investigación y/o (sic) el desarrollo tecnológico, tendrán un régimen específico de carrera y de administración de su personal, de conformidad con el reglamento que para el efecto adopte el Gobierno Nacional, el cual tendrá en cuenta los siguientes criterios:

Los procesos de selección para el ingreso al servicio se harán mediante concurso de méritos con base en la trayectoria académica, científica y tecnológica de los aspirantes;

La promoción dentro de la carrera se efectuará sobre la base de la producción y de los resultados de la evaluación integral y periódica de su actividad investigativa y tecnológica teniendo en cuenta el sistema especial de nomenclatura y clasificación de empleos que se adopte.

La anterior norma sólo tuvo un año de vigencia en cuanto al tema que se había establecido con la Comisión Nacional del Servicio Civil, ya que mediante la sentencia C-372 de 1999 se declaró inexecutable su conformación, lo que a la postre llevó un periodo de interinidad de la carrera administrativa.



El Decreto 1572 de 1998, en su artículo 7º, habilitó la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del empleado provisional, mediante acto expedido por el nominador, es más, facultó a este para darlo por terminado mediante resolución, en cualquier momento antes de cumplirse el término de la provisionalidad o su prórroga.

La Ley 909 de 2004 estableció que las clases de nombramiento serían: ordinario para empleo de libre nombramiento y remoción, y en periodo de prueba o en ascenso, cuando se trate de carrera administrativa, ya que en lo relativo a la provisionalidad se tiene que esta se estableció para los casos de separación temporal del empleado de carrera, siempre que no fuere posible el encargo y por el tiempo que perdurara esa separación temporal.

En relación con los sistemas específicos de carrera, su artículo 4º los definió como

Aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública.

Y en seguida estableció cuáles serían esos sistemas específicos, dentro de los cuales se encuentran los que rigen para el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), el del personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), el que regula el personal de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), el que regula el personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, el que rige para el personal que presta sus servicios en las Superintendencias. El que regula el personal que presta sus servicios en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y el que presta sus servicios a los cuerpos

oficiales de bomberos, los que se encontrarían vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El Decreto Reglamentario 1227 de 2005³⁵, en el caso de la terminación del nombramiento en provisionalidad antes de cumplirse el término, debe hacerse por resolución motivada. En el caso del empleado con nombramiento ordinario, dispone dicha ley, que su remoción sigue siendo discrecional y no requiere de motivación alguna. En cuanto al tiempo por el que se debe hacer el nombramiento en provisionalidad, el párrafo transitorio de su artículo 8º dispuso que la Comisión Nacional del Servicio Civil podía autorizar encargos y nombramiento provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad lo justifique por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio; dicho encargo o nombramiento provisional no puede superar los seis meses, término dentro del cual se debe convocar a concurso y reitera que el nombramiento provisional procede excepcionalmente, cuando no es posible el encargo y no exista lista de elegibles vigente.

La anterior norma fue modificada por el Decreto 3820 de 2005, en el sentido de establecer la prórroga de dichas figuras hasta la superación de las circunstancias que las originaron, previa autorización de la Comisión del Servicio Civil. Este último, a su vez, se modificó por el Decreto 1937 de 2007, que amplió el espectro de la prórroga, señalando que no se requiere autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera.

Por medio del Decreto 4968 de 2007, la norma sufrió variación en el sentido de que la Comisión Nacional del Servicio Civil debe resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los cinco días

³⁵ “Artículo 10. 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”.

siguientes al recibo de la solicitud, y si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entiende prorrogado o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso. Especificó las vacancias temporales que no requieren de autorización de la Comisión y agregó que tampoco es necesaria la autorización si el empleo por proveer se encuentra convocado a concurso.

También está el Decreto 3905 de 2009³⁶, que fue expedido por el Presidente en uso de las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 Superior y la Ley 909 de 2004, a fin de reglamentarla en lo concerniente al derecho a la pensión de jubilación que le asiste a quienes fueron nombrados en provisionalidad en empleos vacantes del sistema general, específico y especial del sector Defensa en forma definitiva antes del 24 de septiembre de 2004 y que les faltaren tres años o menos para causar dicho derecho.

Se debe entender que con la nueva regulación que se ha venido expidiendo con posterioridad al año 2004, se abre la posibilidad de un nombramiento en provisionalidad supeditado a que el empleo público vacante no pueda proveerse mediante encargo. Con la regulación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como organismo encargado de adelantar los procesos selectivos, se pretende que los cargos en provisionalidad sean desempeñados efectivamente por funcionarios de carrera administrativa.

Con las reformas normativas que se presentaron en relación con la carrera administrativa, que se acabaron de exponer y con las últimas posturas del Consejo de Estado en relación con la motivación de los actos administrativos que desvinculan provisionales, se advierte que la tesis defendida desde el año 2003³⁷, sigue estando presente en la jurisprudencia

³⁶ Decreto 3905 de 8 de octubre de 2009 “Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa”.

³⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 13 de marzo de 2003, exp. 4972-01, ya en tantas ocasiones referenciado.

de esa Corporación, pero se encuentra también que se ha ido variando con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, es así como ha sostenido que la motivación de los actos de retiro de las personas nombradas en provisionalidad, aún de aquellos que se haya producido bajo la vigencia de la Ley 443 de 1998, constituye un imperativo objetivo de legalidad³⁸,

Así las cosas pareciera que con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, el camino estuviera más claro para tanto el Consejo de Estado y la Corte Constitucional unificaran criterio en relación con la motivación de los actos administrativos que desvinculan a los provisionales, de no ser porque en los últimos pronunciamientos ya referenciados³⁹, se sostuvo, implícitamente, que esa exigencia sólo se le hace a los empleos que se rigen por la mencionada normativa, al indicar que

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos⁴⁰ de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art. 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado. (subraya fuera del texto)⁴¹.

Con esta última interpretación por parte del Consejo de Estado, se deja por fuera las carreras especiales como la de la Rama Judicial del Poder Público, Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República y Contralorías

³⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 12 de abril de 2012.

³⁹ Sentencia del 23 de septiembre de 2010.

⁴⁰ La función pública está integrada con criterio objetivo por funciones y no subjetivamente por personas.

⁴¹ Sentencia del 23 de septiembre de 2010



Territoriales, Fiscalía General de la Nación, Entes Universitarios autónomos, Personal regido por la carrera diplomática y consular, el que regula el personal docente, el que regula el personal de carrera del Congreso de la República, sí como los que se encuentren en sistemas específicos de carrera administrativa, esto es los del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS), Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), personal científico y tecnológico de las entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología, Superintendencias, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil y el que regula el personal que presta sus servicios a los cuerpos oficiales de bomberos.

Lo anterior por cuanto haciendo un análisis de lo expuesto por el Consejo de Estado, se encuentra la insistencia en que debe entenderse que las causales de retiro de un empleado provisional, son las consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, la cual, en los términos de su artículo 3°, sólo le es aplicable a quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados, al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana, al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos, al personal administrativo de las instituciones de educación formal de los niveles preescolar, básica y media, a los comisarios de Familia, de conformidad con lo establecido en el párrafo del artículo 30 <sic, se refiere al Art. 13, que modifica el Art. 30 de la Ley 294 de 1996> de la Ley 575 de 2000; además a quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades: en las corporaciones autónomas regionales, en las personerías, en la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la Comisión Nacional de Televisión, en la Auditoría General de la República, en la Contaduría General de la Nación; a los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y



sus entes descentralizados; a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales.

Con lo visto, se concluye que la posición del Consejo de Estado es legalista en estricto sentido, ya que si bien es cierto la Ley 909 de 2004 tiene su ámbito de aplicación y a renglón seguido señaló expresamente las entidades que no se regulaban por sus disposiciones, también es cierto que tal posición desconoce los elementos del cargo público, esto es funcional, el personal, y el teleológico (Rincón. 2009).

El tema de la discrecionalidad administrativa, tan arduamente defendida por el Consejo de Estado⁴², ha sido utilizada de manera extrema, para justificar el actuar de la administración, cuando en realidad se está frente a un concepto jurídico indeterminado (la situación se da o no se da) (Marín Hernández. 2007. p.p. 207 y ss), (se motiva o no se motiva), el cual lo está ofreciendo las mismas normas y las demás herramientas de interpretación del derecho; situación diferente cuando de la discrecionalidad se trata, en la que se presentan multiplicidad de soluciones a un mismo asunto, y en donde hay libertad de elección, dejando al empleado público a la suerte y buena voluntad de quien en sus manos tenga la expedición del acto administrativo que lo desvincula de la administración y en su condición de provisional.

En un Estado Constitucional como el nuestro, es apenas lógico que se piense en establecer controles a la actividad administrativa, controles como definir el contenido de lo que guía a la administración pública, que es el interés general (Parejo Alfonso. 2007), o escarbar en la intención de la administración para expedir el acto de desvinculación de un provisional, lo cual fue desarrollado como la teoría de la desviación de poder; o clasificar la proporcionalidad, la ponderación y la interdicción de la arbitrariedad, como principales principios generales de derecho (Marín Hernández. 2007).

⁴² SU- 917 de 2010.



La importancia del establecimiento de los mencionados controles, radica en garantizar, de alguna manera, los derechos del ciudadano, y más específicamente del empleado público, frente a la actuación de la administración, la cual a pesar de reconocérsele su característica de discrecional, no lo exime de respetar unas mínimas normas como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia, conceptos que se han robustecido con el nuevo orden constitucional que impera en nuestra legislación y a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, complementado por la nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional.



CONCLUSIONES:

Los principios generales del derecho juegan un importante papel como factor que modera el ejercicio de la discrecionalidad y desplaza de la aplicación del derecho la absoluta subjetividad.

La relación y diferenciación entre la discrecionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados, en sede académica, se basa en que al ser aplicados estos últimos a una circunstancia concreta, hay unidad de solución justa, mientras que lo que caracteriza a la aplicación de potestades discrecionales, es la pluralidad de soluciones justas posibles como consecuencia de su ejercicio. Consiste en la libertad de elección con base en criterios extrajurídicos que en virtud de dicho carácter no podrían ser enjuiciados, mientras que sí podría serlo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados.

Como técnicas de la fiscalización de la actividad administrativa discrecional se tiene la desviación de poder, derivada de la exigencia de que la Administración ejerza sus competencias respetando los fines de las normas que regulan su actividad; los principios generales del derecho, como parámetros de interpretación jurídica en el Estado constitucional, tales como la ponderación, racionalidad, razonabilidad e igualdad y el control basado en el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene como rasgo distintivo la motivación del acto administrativo.

El concepto de cargo como derecho encuentra soporte en los criterios objetivo y subjetivo; desde lo subjetivo se asegura una verdadera estabilidad en el empleo, lo cual lleva consigo una correcta prestación de los servicios públicos, por ello la importancia de consagrar en los ordenamientos jurídicos la defensa del derecho al trabajo como bien jurídico objeto de protección constitucional, no restándole importancia a la necesidad de fortalecer una Administración Pública que cumpla fiel y cabalmente las tareas

constitucionalmente encomendadas. Desde el punto de vista objetivo (MARTINEZ DE PISON), el derecho al cargo implica el derecho a ejercer las funciones que le son propias del empleo.

El concepto de empleo en nuestro medio no se compadece simplemente con la necesidad estructural de división de las tareas administrativas, sino que también debe ligarse al régimen laboral que se desprende del vínculo de las personas (empleado) con la administración; vínculo que debe ser garantía del respeto de los derechos a la estabilidad e inamovilidad injustificada, caprichosa o discrecional del superior, ya que las tareas administrativas debe realizarse de manera imparcial, obedecer a criterios de legalidad y bien común no de conveniencia política o personal.

Con la entrada en vigor de un nuevo orden constitucional (1991), se revitalizó la doctrina jurisprudencial tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional en relación con el tema de la discrecionalidad, ya que hasta entonces el asunto, básicamente, se estaba dando sólo en sede del Consejo, el cual había establecido procedimientos de acceso de personas al servicio del Estado, así como también en torno a la desvinculación de las mismas a través de la figura de la declaratoria de insubsistencia discrecional, operativa en la mayoría de las entidades estatales y para aquellos cargos que no se encuentren incorporados a la carrera administrativa.

La Corte Constitucional, por vía de tutela, entró a conocer de asuntos en los cuales se ventilaban pleitos en los que se involucraba el ejercicio de facultades administrativas discrecionales, como el caso de la motivación de los actos administrativos que desvinculan a provisionales, aunque no exclusivamente pero sí con mayor frecuencia en este asunto, dando aplicación, interpretación y fijando alcances de los derechos fundamentales como acceso a la administración de justicia y debido proceso. Posición

que se encuentra más que decantada desde cuando se profirió una de sus primeras sentencias en el año de 1998, como quedó expuesto.

Para la Corte Constitucional, con fundamento en la Ley 909 de 2004, así un funcionario haya sido vinculado con anterioridad a su vigencia, vale decir, cuando regía la Ley 443 de 1998, en donde no se había establecido expresamente la obligación de motivar el acto administrativo de desvinculación de provisionales, con aquella normativa no se cambia la situación y esta es confirmada por la línea jurisprudencial constitucional.

Sin embargo, desde el punto de vista del derecho constitucional, el Consejo de Estado debe enderezar el matiz que le dio a la norma (artículo 10, Decreto 1227 de 2005), ya que debe exigírsele motivación a los actos que desvinculan a los provisionales, independientemente de que su vinculación se hubiera producido en vigencia de la Ley 443 de 1998.

Por su parte, el Consejo de Estado ha entendido que la Ley 909 y su decreto reglamentario, le dieron plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales al señalar que éstos no pueden superar los seis meses legales de duración, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo 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 nombramiento provisional.

Acorde con su posición, si un empleado que fue vinculado y desvinculado antes de la entrada en vigencia de la Ley 909, y su caso sea resuelto en vigencia de esta última norma, el Consejo de Estado sigue afirmando su posición de no motivar los actos que desvinculan a los provisionales y atendiendo los parámetros fijados desde la sentencia del 13 de marzo de 2003, pero se considera que ya dependerá de la jurisprudencia

contencioso administrativa el aplicar la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, indistintamente, esto es, sin importar el régimen de carrera al que pertenezca el empleado e irse separando de la tesis de la doble inestabilidad que se consolidó en aquel fallo.

Finalmente y en apoyo a las conclusiones aquí referenciadas se encuentra que insistir en sesgar la posición, como lo ha hecho el Consejo de Estado, trae consecuencias económicas para el Estado o por lo menos un alto número de reclamaciones, tal como lo advierte el Ministro de Trabajo y la Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública en la Circular Conjunta No. 00032 del 03 de agosto de 2012⁴³, las cuales se deben evitar, sin importar la entidad a la que se pertenezca.

⁴³ A su tenor literal, señaló: “La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, ha insistido en la necesidad de que los actos administrativos de insubsistencia de los nombramientos de los empleados provisionales se realicen de manera motivada; situación que, además, para las entidades reguladas por la Ley 909 de 2004, encuentra pleno respaldo en el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005”.

“En relación al alcance de la motivación de los actos administrativos, la citada Corporación en Sentencia SU-917 de 2010, MP. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, señaló lo siguiente: (...) (...) **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”.**”

“De conformidad con lo expuesto y con el fin de evitar reclamaciones a la Administración Pública, se recuerda a los representantes legales de las **entidades y organismos del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles nacional y territorial** que al momento de expedir los actos administrativos de insubsistencia del personal provisional deben ajustarse a los criterios y a los lineamientos impartidos por la Corte Constitucional en esta materia (negrilla y subraya fuera del texto)”.

“Por lo tanto Situaciones como la declaratoria de inexequibilidad de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2008 o 04 de 2011 o el vencimiento del término de duración del nombramiento provisional o el de su prorrogación no son suficientes para el retiro del personal provisional en cuanto esta situación no está consagrada como causal de retiro del servicio de estos empleados”.

“Finalmente, es necesario recordar que el nombramiento provisional sólo procede una vez agotado el orden de prelación para la provisión definitiva de los empleos de carrera establecidos en la Ley 909 de 2005 (sic) y en los decretos reglamentarios”.



Referencias

Consejo de Estado. (1943, 16 de julio) Anales, t.II, n°. 329-334, p. 127.

Consejo de Estado. (1968, 13 de sep.). Sentencia. En *Anales del Consejo de Estado*. Tomo 75. Segundo semestre. (pp. 290). Bogotá: Imprenta Nacional.

Consejo de Estado. (1991, 16 de dic.). *Sentencia*. Sección Segunda. C.P. Álvaro Lecompte Luna.

Consejo de Estado. (1992, 30 de jun.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. C.P. Diego Younes Moreno.

Consejo de Estado. (1993, 18 de jun.). *Salvamento de voto del Consejero Carlos Arturo Orjuela Góngora a la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Álvaro Lecompte Luna*.

Consejo de Estado. (1996, 5 de sep.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Consejo de Estado. (1997, 6 de feb.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P. Dolly Pedraza de Arenas.

Consejo de Estado. (1997, 20 de mar.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P. Clara Forero de Castro.

Consejo de Estado. (1998, 19 de jun.). *Sentencia*. Sección Segunda A. C.P. Clara Forero.

Consejo de Estado. (2000, 9 de nov.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. C.P. Alejandro Ordóñez Maldonado.

Consejo de Estado. (2002, 18 de abr.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B.



Consejo de Estado. (2002, 20 de jun.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A.

Consejo de Estado. (2003, 13 de mar.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala Plena.

Consejo de Estado. (2005, 4 de mayo). *Sentencia*. Sección Segunda, Subsección A, C.P. Alberto Arango Mantilla.

Consejo de Estado. (2006, 7 de dic.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección B. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

Consejo de Estado. (2006, 30 de nov.). *Sentencia*. Sección Segunda.

Consejo de Estado. (2010, 4 de ag.). *Sentencia*. Sección Segunda, C.P. Eduardo Gómez Aranguren.

Consejo de Estado. (2010, 23 de sep.). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C. P. Gerardo Arenas Monsalve.

Consejo de Estado. (2010, 7 de oct.). *Sentencia*. Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón.

Consejo de Estado. (2012, 12 de abril). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección A. C. P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Consejo de Estado. (2012, 17 de mayo). *Sentencia*. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Corte Constitucional. (1992). *Sentencia C-221*.

Corte Constitucional. (1992, 20 de oct.). *Sentencia C-561*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.



Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-422*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (1993, 4 de ag.). *Sentencia T-308*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C- 530*.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia T-445*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-024*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-525*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-690*.

Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-048*. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional. (1998, 26 de mayo). *Sentencia SU-250*. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1998, 14 de nov.). *Sentencia T-800*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia T-965*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-563*.

Corte Constitucional. (2002, 17 de oct.). *Sentencia T-884*. M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-517*.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-963*. M.P. Jaime Araujo Rentería.



Corte Constitucional. (2003, 29 de oct.). *Sentencia T-1011*. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-610*. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. (2003, 16 de dic.). *Sentencia T-1232*. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. (2004, 7 de oct.). *Sentencia T-951*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. (2004, 9 de dic.). *Sentencia T-1240*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1230*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2005, 13 de dic.). *Sentencia T-1316*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-532*.

Corte Constitucional. (2009, 30 de ene.). *Sentencia T-048*. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. (2010, 16 de nov.). *Sentencia SU-917*. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. (2011, 21 de sep.). *Sentencia SU-691*. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Circular Conjunta No. 00032. (2012, 03 de agos). Ministerio de Trabajo y Departamento Administrativo de la Función Pública.

Delgado, H. C. (1989). *Límites constitucionales de la discrecionalidad administrativa*. Revista Chilena de Derecho, 16(2), 423-428.



Desdentado, E. (1990). *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Civitas.

Bacigalupo, M. (1997). *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid, Marcial Pons.

Fernández, T. R. (1991). *Arbitrariedad y discrecionalidad*. Madrid: Civitas.

Gaceta Constitucional No. 21, (1991, 15 de marzo. Exposición de motivos de la Constitución Política Colombiana. Gaceta Constitucional No. 21, Carlos Lemos Simmonds.

García de Enterría, E. (1995). *Lucha contra las inmunidades del poder*, 3ª ed. Madrid: Civitas.

García de Enterría y Fernández. (1998). *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. Madrid: Civitas.

González, J. L. (1962). *Materia contenciosa y fiscalización de la discrecionalidad*. *Revista de Administración Pública*, 12 (37), 157-172.

Guastini, Riccardo. (1999). *Principios de Derecho y discrecionalidad judicial. Jueces para la democracia*, (34), 39-46.

Hauriou, M. (2002). *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ª Ed. Paris: Dalloz.

Lamprea, J.A. (1994). *Principios fundamentales en la Constitución de 1991*. Bogotá: Ediciones jurídicas Radar.

López J.I. (1998). *El principio general de la proporcionalidad en derecho administrativo*. Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla.



- López Medina, Diego Eduardo. (2009). *El derecho de los jueces*. Universidad de los Andes. Legis, 139.
- Marín Hernández, Hugo Alberto. (2007). *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia. 203-491.
- Martínez de Pisón Aparicio, Iñigo (1995). *Régimen Jurídico de la Función Pública y derecho al cargo*. Ediciones civitas. 55-56.
- Nieto, A. (1964). *Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria*. Revista de Administración Pública, 44, p.p. 153-155.
- Parejo Alfonso, Luciano. (2007). *Estudio preliminar: interés público como criterio de control de la actividad administrativa en Marín Hernández, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. p.p. 27-43.
- Penagos, Gustavo. (1990). *La arbitrariedad política causa nulidad en los actos administrativos*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Rincón Córdoba, Jorge Iván (2009). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez de Santiago, J.M. (2000). *La ponderación de bienes e intereses, en el derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Sainz, F. (1976). *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*. 1º ed. Madrid: Civitas.
- Solano Sierra, Jairo Enrique. (2005). *Nuevo régimen de la carrera administrativa*. Ed. Doctrina y Ley Ltda.



Villegas Arbeláez, Jairo. (2000). *Derecho Administrativo Laboral*. Tomo I. Bogotá. Legis, 310.

Waline, M. (1930). *Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration. En Conseil d'État*. (1956). *Études et documents*, 10. (pp. 25-33). Paris: s.n.