LA DESVINCULACIÓN DE EMPLEADOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN COLOMBIA

Ximena Angarita Fernández, Ana Isabel Martínez Castro y Nayla Rosa Romero Rodríguez[1]

[1] *Especialistas en Derecho Administrativo. Universidad Libre Seccional Socorro. lavexi16@hotmail.com; anysbell16@hotmail.com; nayromero_r@hotmail.com*

Recepción artículo marzo 10 de 2014. Aceptación artículo mayo 15 de 2015

EL CENTAURO ISSN: 2027 - 1212

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad analizar la problemática que existe, debido a las posturas asumidas tanto por la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado, en lo referente a la desvinculación de aquellas personas que han sido nombradas en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, lo cual ha conllevado a la ocurrencia de los denominados choque de trenes, que tiene como consecuencia última, una muestras más de inestabilidad jurídica en nuestro país.

En razón a lo anterior, es necesario en primer lugar, revisar la normatividad vigente, aplicable a los Servidores públicos de carrera administrativa, así como a los nombrados en provisionalidad, con el fin de obtener claridad frente a las decisiones que vayan a ser adoptadas por parte del nominador y cuáles son las herramientas jurídicas que permitan una adecuada defensa a quienes pretenden reclamar sus intereses. De la misma manera, es importante determinar la naturaleza del acto administrativo y bajo qué parámetros debe expedirse, sin que vulnere los derechos de los empleados u ocasione perjuicios en la estabilidad laboral de los mismos.

Es por ello, que debe existir paridad entre los diversos criterios sentados en la Jurisprudencia, no sólo de la Corte Constitucional, sino también del Consejo de Estado, toda vez que si hay uniformidad en las decisiones de estas dos corporaciones, le será más fácil a los jueces establecer una posición al respecto.

Palabras clave

Acto administrativo, carrera administrativa, insubsistencia, libre nombramiento y remoción, provisionalidad.

ABSTRACT

This article aims to analyze the problems that exist, due to the positions taken by both the Constitutional Court and the Council of State regarding the separation of those who have been named in provisional charges of administrative career, which has led to the occurrence of so-called train wreck, whose ultimate consequence, a sample of legal instability in our country.

Due to this, it is necessary first to review the current regulations applicable to public servants' career, as well as appointed provisional, in order to obtain clarity in the decisions that are to be adopted by part of the nominator and what the legal tools that enable an adequate defense to those who seek to reclaim their interests are. Likewise, it is important to determine the nature of the administrative act and under what parameters should be issued, without infringing the rights of employees or cause harm to the job security of the same.

It is therefore that there should be parity between the various criteria established in the jurisprudence, not only of the Constitutional Court, but also the Council of State, since if there is uniformity in the decisions of these two corporations, it will be easier to judges establish a position on it.

Keywords

Administrative career, free appointment and removal, provisional act administrative, annulments.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Descripción del problema

En la actualidad existe una problemática acerca de que si es obligatorio, o no, motivar el acto administrativo mediante el cual se declara insubsistente a una persona que ha sido nombrada en provisionalidad para ejercer un cargo de carrera administrativa.

También, gira en torno a esta problemática, si dicha persona adquiere algún tipo de estabilidad laboral, o contrario sensu, pueden ser desvinculados en aplicación de la facultad discrecional que tienen los nominadores en los casos de funcionarios nombrados en cargos de libre nombramiento y remoción.

Existe una gran proliferación de estos casos, los cuales son objeto de estudio por diferentes jueces del país, por lo cual, se considera que es menester que los actores tengan a su alcance la mayor cantidad de información acerca del tema, a fin de que se tomen las decisiones pertinentes.

En el caso de los empleados, el tener claridad acerca de cuáles son las condiciones reales que rigen su empleo, le ayudarán a saber en su caso cuáles son sus derechos y cuáles son las obligaciones del nominador para con él, para declarar su insubsistencia.

En lo atinente al nominador, le ayudara , a saber cuál es el tratamiento adecuado que debe brindarle a sus empleados nombrados en provisionalidad, cuando los vaya a declarar insubsistentes, a fin, de no incurrir en yerros, que en un futuro puedan, convertirse en fallos condenatorios.

Con ocasión de la expedición de estos actos administrativos sin motivación, se han presentado un sinnúmero de demandas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las cuales, las mayoría de los casos han sido resueltas de manera desfavorable para los demandantes, es decir,

aquellos empleados a los cuales se les ha declarado insubsistentes, bajo el argumento de que a los nombrados en provisionalidad se les puede retirar del cargo sin necesidad de motivar el acto administrativo que así lo disponga, pero al presentar dichos demandantes acciones de tutelas contra tales decisiones, en aquellas ocasiones en que han sido revisadas por la Corte Constitucional, esta ha expresado lo contrario, presentándose lo que comúnmente se conoce como choque de trenes.

La ley y la Constitución Política de Colombia regulan la naturaleza y los elementos del Empleo público, sin embargo, actualmente existe divergencia en los criterios jurisprudenciales adoptados por la Corte Constitucional y El Consejo de Estado frente al hecho de motivar o no el acto administrativo que desvincula a un empleado Público nombrado en provisionalidad. La corte Constitucional, por su parte, defiende la tesis de la exigencia de motivar el acto que desvincula a estos servidores Públicos, mientras que, el Consejo de Estado se opone señalando que no es obligatorio tal requisito, toda vez que los empleados nombrados en provisionalidad no gozan de estabilidad Jurídica.

1.2. Antecedentes

En Colombia, la Administración Publica, nutrida por principios como el Mérito, la Imparcialidad y la igualdad, es, desde la constitución política de 1991 en su artículo 209, uno de los temas con mayor transcendencia en el desarrollo político y administrativo del empleo público en Colombia (Leyva & Plazas, 2014).

Es así que "este régimen insta al cumplimiento de ciertas cualidades, aptitudes y requisitos por parte del personal que desempeñe cargos al servicio del Estado, estableciendo reglas generales y excepcionales" (Leyva & Plazas, 2014, pág. 8).

Por tal motivo, cuando de empleo público se trata, se traen a colación dos condiciones, la primera, derivada de la importancia de salvaguardar las citadas cualidades, aptitudes y requisitos, para que dentro de la administración se conserve la igualdad y el mérito ante la oportunidad de acceder a un ascenso en el servicio público, tal condición se denomina carrera administrativa (Leyva & Plazas, 2014).

La segunda condición se derivada más de la necesidad de proveer un servicio por parte de la administración pública, busca suplir una necesidad con la vinculación de un empleado público, sin que medie el sistema de mérito como forma de selección, dicha condición se le conoce como provisionalidad (Leyva & Plazas, 2014).

No obstante, y aunque ambas sean condiciones del empleo público, es la provisionalidad uno de los temas más controvertidos en los últimos tiempos, en cuanto a la motivación o no para la desvinculación del servidor público nombrado como tal.

Lo anterior, en razón a que las altas cortes como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, se han dado la tarea de decidir sobre casos en concreto relacionados con la necesidad o no de motivar el acto que declara la insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad, el primero, facultado conforme a presupuestos legales y constitucionales, y el segundo, inspirado en el respeto a los principios y valores constitucionales del derecho al trabajo, la estabilidad laboral y el mínimo vital, condiciones que activan la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos fundamentales (Leyva & Plazas, 2014).

En un primer momento, el Consejo de estado, como mayor ente supremo en la interpretación del derecho administrativo, y del empleo público, venia considerando como innecesaria la motivación del acto que constituirá la tan mencionada declaración de insubsistencia debido a las facultades de discrecionalidad con las que cuenta el nominador, no obstante, la Corte Constitucional al abordar especialmente el hecho de sí, es necesario o no la motivación del referido acto administrativo, bajo los mencionados presupuestos, en sentencia SU-250/98, señalo que:

Hoy en nuestro país, en la Constitución de 1991, la

motivación, que es expresión del principio de publicidad, es constitucionalmente recogida en el artículo 209. La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo (Corte Constitucional, Mayo 26 de 1998).

Y más adelante considero esta corporación que:

La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos (Corte Constitucional, Mayo 26 de 1998).

De ahí que, desde el estudio del derecho y de las repercusiones del estado social de derecho, se generó una dicotomía entre las posiciones de estas altas cortes, dos interpretaciones distintas, que generan una contraposición de precedentes jurisprudenciales, los cuales, actualmente cuentan con fuerza de ley, como las sentencias de Unificación de la Corte Constitucional y el precedente judicial del Consejo de Estado.

1.3. Pregunta problema

¿Se puede, sin acto administrativo que lo motive, desvincular por insubsistencia a un Servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa?

1.4. Justificación

Con la presente investigación se pretende abordar la interpretación que le han dado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional frente a la necesidad de motivar o no, el acto administrativo que declara la insubsistencia y por consiguiente la desvinculación de un Servidor Público nombrado en provisionalidad. De esta manera surge la necesidad y la importancia de analizar ambas posturas debido a la inseguridad jurídica que la mencionada dicotomía produce, para así tratar de crear un concepto uniforme que permita a los estudiantes y profesionales de Derecho, al igual que los interesados en la temática, adoptar la posición que jurídicamente sea la acertada, partiendo del marco jurídico que ha generado el estado social de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.5. Objetivo general

Determinar los diversos criterios establecidos por el Consejo de estado y la Corte Constitucional frente a la declaración de insubsistencia a los empleados en provisionalidad.

1.6. Objetivos específicos

- Revisar las fuentes normativas concernientes a la naturaleza del acto administrativo y la estabilidad jurídica de los empleados nombrados en provisionalidad.
- Estudiar la jurisprudencia que desarrolle el régimen jurídico de los servidores públicos nombrados en provisionalidad.
- Comparar el precedente desarrollado por la Corte Constitucional frente al del Consejo de Estado, respecto a la Declaración de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad.

2. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

El tipo de Investigación es Explorativa, descriptiva, y explicativa toda vez que, se estudia y describe una figura jurídica y con base en ello se busca darle solución al problema jurídico.

2.2. Localización

Socorro (Santander).

2.3. Variables (o unidades de análisis)

Las variables por las cuales parte la presente investigación son las siguientes:

· Que la norma es ambigua toda vez que no aborda desde su fuerza vinculante la necesidad o no, de motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia de un empleado nombrado en provisionalidad.

· Que la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado parte de la discrecionalidad que tiene el nominador para actuar frente a las condiciones laborales que tienen los empleados de Libre nombramiento y remoción y quienes ostentan la calidad de provisionales, condiciones que no se asemejan a los servidores Públicos de carrera administrativa.

· Que la Jurisprudencia propuesta por la Corte Constitucional, bajo principios constitucionales como la dignidad humana, y el estado de cosas inconstitucionales como el no llamamiento a concurso público para el acceso a la carrera administrativa, unidos a la estabilidad laboral y al mínimo vital obligan al nominador, a motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia y por consiguiente la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad.

2.4. Técnicas de investigación

Las técnicas de investigación utilizadas fueron: El análisis, por cuanto la investigación toma una figura jurídica para su desglose y aplicación en un determinado caso en concreto; y la interpretación, en virtud de que, se traen a colación los presupuestos de la norma, la jurisprudencia, la doctrina y los principios que irradian el derecho, para así, comprender en mayor medida la trascendencia jurídica de la figura investigada, buscando de esta manera una respuesta al problema de investigación.

2.5. Materiales y equipos o instrumentos

Se realizó un estudio de fuentes primarias (Sentencias, leyes, Constitución Política) y secundarias (Tesis).

3. RESULTADOS

3.1. Empleo público

A fin de abordar este estudio es necesario traer a colación las normas aplicables a los funcionarios de carrera.

El artículo 125 de la Constitución Política dispone:

> Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la constitución y la ley, serán nombrados por concurso público (Constitución Política de Colombia, 1991).

Como puede observarse, la norma constitucional consagra que los empleos del Estado son, por regla general, de carrera, es decir, que deben proveerse

mediante el sistema de concurso público y sólo exceptúa del mencionado sistema a los cargos de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, los de los trabajadores oficiales y los demás que establezca la misma carta y la ley.

En efecto, a fin de satisfacer los cometidos estatales, la administración, debe crear plantas de personal dedicadas a tal fin, y en dichas plantas de personal, existen, entre otros, empleos de carrera, de período y de libre nombramiento y remoción, los cuales deben ser proveídos en propiedad, y de manera excepcional en provisionalidad y en encargo (Consejo de Estado, 2006).

Hasta aquí las cosas, el asunto pareciera no tener mayor problema, pero este aflora, cuando, no es posible proveer dichos cargos en propiedad y es imperioso nombrar personas en provisionalidad, en razón, a que es necesario seguir brindando una correcta prestación del servicio, y aun es mayor la problemática cuando el nominador desvincula a ese funcionario que ha sido nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, y expide un acto administrativo sin motivación alguna, alegando que la desvinculación la hace en aplicación de la facultad discrecional que a él le asiste, al considerar que el nombrado en provisionalidad, no le asiste ningún tipo de estabilidad laboral, y que su nombramiento se asemeja para todos los efectos en lo relacionado a la permanencia en el cargo a los empleados de libre nombramiento y remoción.

Sobre este galimatías, el profesor Pedro Alfonso Hernández, señaló:

> Ninguna clasificación de empleos públicos se altera por la modalidad de provisión ni por el carácter del servidor público que los desempeñe. Esto es, un empleo de carrera conservará su naturaleza así esté provisto por un empleado provisional; un empleo de elección popular no cambiará su naturaleza por el hecho de ser provisto transitoriamente por un empleado de libre nombramiento y remoción (2004, p. 18)

De lo anterior, es claro que independientemente de la forma en que se provea un cargo, tal acto de nombramiento, no puede desdibujar el régimen jurídico que la normatividad previamente ha establecido para el mismo.

Es claro, que tanto el nombramiento, como la desvinculación de una persona a un cargo de carrera administrativa, o de libre nombramiento y remoción, se debe hacer mediante un acto administrativo, razón por la cual a continuación se hacer unas breves precisiones sobre estos actos.

3.2. Acto administrativo

El acto administrativo, en sentido más simple, a nuestra forma de ver, se define como la manifestación unilateral de la voluntad de la administración capaz de producir efectos jurídicos.

El profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, lo define como "toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos" (2008, p. 131).

De lo anterior, es claro que cuando se habla de actos administrativos, indiscutiblemente, estamos en presencia de declaraciones de voluntad, las cuales para ser consideradas actos administrativos en sentido estricto, deben reunir unos requisitos, a saber: Declaración de voluntad; De origen administrativo; Que proyecte sus efectos en el ámbito jurídico (Consejo de Estado, 1993).

Además del cumplimiento de estos requisitos, existen unas causales de ilegalidad de actos administrativos, las cuales se clasifican a saber: Incompetencia; Vicios de forma y procedimiento; Desvío o desviación de poder; Ilegalidad en cuanto al objeto y Falsa motivación.

La incursión en cualquiera de estas causales debe ser estudiada, en principio, en un juicio de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativa, pero existen casos excepcionales, en que con la expedición de estos actos se vulneran derechos fundamentales, lo cual hace imperiosa la intervención de los jueces constitucionales.

Es menester tener en cuenta que cuando la administración pública viola el principio de legalidad, el acto mediante el cual incurre en esa violación es calificado de ilegal.

En efecto, el principio de legalidad consiste en el respeto de las normas superiores, de lo cual, se tiene, que encontramos en la violación de una norma jurídica superior, una causal general de ilegalidad. La citada causal, está consagrada en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo, al disponer que la acción de nulidad Procederá Cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse.

Ahora bien, descendiendo al asunto de marras, se tiene que con ocasión de la expedición de estos actos administrativos de desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, sin motivación, se han presentado un sinnúmero de demandas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las cuales, la mayoría de las veces han sido resueltas de manera desfavorable para los demandantes, es decir, aquellos servidores públicos a los cuales se les ha declarado insubsistentes, bajo el argumento de que a los nombrados en provisionalidad se les puede retirar del cargo sin necesidad de motivar el acto administrativo que así lo disponga, pero al presentar dichos demandantes acciones de tutelas contra tales decisiones, en aquellas ocasiones en que han sido revisadas por la Corte Constitucional, esta ha expresado lo contrario, presentándose lo que comúnmente se conoce como choque de trenes.

Por su parte, la ley 270 de 1.996, establece la clasificación y la forma como deben ser provistos los empleos de la Rama judicial, señalando para tal efecto, cuales son los empleos de libre nombramiento y remoción, en tal virtud su provisión, debe llevarse a cabo de la manera como lo ordena la ley, es decir que el proceso de selección, debe realizarse con fundamento a la lista de elegibles, originada de la aprobación del concurso de méritos y de manera excepcional cuando este, no se ha efectuado y por tanto no existe lista alguna, procede entonces, la designación de manera provisional.

3.3. Declaratoria de insubsistencia

Respecto al tema el profesor Jorge Iván Rincón Córdoba, señalo:

La declaratoria de insubsistencia como causal de terminación de la relación jurídica de los funcionarios de carrera obedece a la premisa según la cual la permanencia del individuo dentro de la organización se halla condicionada a que el mérito y capacidad que se demostraron en el ingreso sea una constante del desempeño del dependiente dentro del aparato administrativo (2009, p. 605).

De lo anterior se colige que a diferencia de los empleados de libre nombramiento y remoción, la estabilidad laboral de que goza el funcionario nombrado en carrera administrativa, obedece en gran manera a los méritos que éste obtuvo en el proceso de selección al que fue objeto, por tanto su desempeño dentro del ejercicio de sus funciones es la constante que salvaguarda su permanencia en el cargo.

No obstante, como se ha dicho anteriormente, éste solo puede ser declarado insubsistente cuando merma o disminuye la capacidad laboral, que ocasiona que él funcionario no reúna las exigencias básicas para su desempeño, o cuando no habiendo ocurrido esto, el funcionario comete una falta disciplinaria.

En efecto, se tiene que la permanencia en empleo se sujeta a la obtención de resultados medibles.
Por su parte, en el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, existen divergencias entre los criterios asumidos tanto por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional.

3.4. Posición del consejo de estado

La tesis del Consejo de Estado (Consejo de Estado, 2006), es que de igual manera a como sucede en los casos de nombramientos efectuados para cargos de libre nombramiento y remoción, desde la perspectiva legal, quien ingresa a un cargo de carrera con nombramiento en provisionalidad no adquiere fuero alguno de inamovilidad, pues, esa estabilidad relativa provendría solamente de las circunstancias de haber superado un proceso de concurso y haber accedido al referido cargo por méritos y en propiedad.

En otro aspecto, afín con el anterior, el acto que declara la insubsistencia de un nombramiento hecho en provisionalidad en un cargo de carrera no requiere motivación, ni trámite administrativo previo, pues, estas condiciones son esenciales exclusivamente cuando se trata de desvincular a quien, previo concurso de méritos, ha logrado los derechos de carrera.

Dada la presunción de legalidad, de búsqueda del buen servicio y de prevalencia del interés general que encarna un acto administrativo de insubsistencia, al nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera, como al nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, simple y llanamente, en el esquema trazado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, le corresponde alegar y probar la ocurrencia de una o varias de las causales de anulación consagradas en el artículo 137 del C.P.A.C.A. para lograr tal propósito y el consecuente restablecimiento del derecho.
Como consecuencia de los anteriores planteamientos, es razonable que el Consejo de Estado reitere que la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera no deba motivarse, pues, la presunción referida no pierde su vigencia en esta especial materia.

Definido que el Consejo de Estado, por todas las razones expuestas, no aplicará las premisas sentadas por la Corte respecto de la absoluta necesidad de motivación de los actos administrativos que desvinculan funcionarios provisionalmente nombrados en cargos de carrera, corresponde ratificar la postura del Consejo de Estado en los procesos en los que se hace alusión a los temas de la motivación en desvinculación de provisionales.

A su vez, el Consejo de Estado fundamenta su posición, en lo estatuido al respecto en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, reglamentario del Decreto 2400 de 1968, establece con plena vigencia:

ARTICULO 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.

El segundo es que si bien es cierto, en un comienzo, luego de la expedición de la Ley 443 de 1998, el legislador estableció una estabilidad de quienes eran nombrados provisionalmente en cargos de carrera, ya que el Decreto 1330 de julio 13 de 1998, en virtud del cual se reglamentaba parcialmente aquella ley, consagraba la prohibición para los nominadores de declarar insubsistente los nombramientos de los empleados con carácter provisional, no es menos cierto que dicho decreto fue derogado en su integridad por el Decreto 1754 de agosto 26 de 1998.

En tercer lugar y en la misma proyección, debe decirse que el Decreto 2504 de 1998, modificatorio del artículo 4º del Decreto 1572 de 1998, dispone que debe entenderse por nombramiento provisional aquel que se hace a una persona para proveer, de manera transitoria, un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, así en el respectivo acto administrativo no se indique la clase de nombramiento de que se trata.

Lo que deja por fuera la presunta estabilidad relativa.
Y, seguidamente, que el artículo 7º del mismo Decreto 1572 de 1998, en su parte final señala: "El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador".
Nótese que esta regulación específica de la desvinculación de los provisionales, no estableció que fuera motivada.
En conclusión, esta Corporación ha mantenido en forma reiterada su criterio según el cual el nombramiento en provisionalidad no otorga ningún fuero de estabilidad, por lo cual no es necesario motivar el acto de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad.

3.5. Posición de la corte constitucional

Ahora bien, en lo que respecta al acto de desvinculación de funcionario en provisionalidad nombrado en un cargo de carrera, la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener, que él mismo, debe motivarse, teniendo en cuenta, que sólo motivos de interés general no pueden conducir a su desvinculación.
En la Sentencia T-951 de octubre 7 de 2.004, la Corte Constitucional, sostuvo:

> En virtud de la protección del debido proceso del trabajador, el acto administrativo mediante el cual se desvincula a un empleado nombrado de manera provisional en un cargo de carrera, debe ser motivado, mientras que en dicho cargo no sea nombrada una persona seleccionada con base al concurso de méritos. (Corte Constitucional, 2004).

La anterior afirmación, tiene fundamento en el artículo 53 de la constitucional, al consagrar como principio mínimo fundamental el de la estabilidad laboral.

Sobre el particular, la Corporación Constitucional, en sentencia T-800 de 1998, señaló que:

> La estabilidad laboral de un funcionarlo que ocupa un cargo de carrera administrativa, no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, como es el caso, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción: Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello (Corte Constitucional,1998).

Posteriormente, en sentencia T-1011 de 2003, la misma Corporación manifestó:

> El fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidas de su empleo sino dentro de los límites que la constitución Política y las leyes establecen (Corte Constitucional, 2003).

Se puede concluir entonces, que la discrecionalidad no exonera a la administración de la necesidad de justificar su actuación, 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 y además con el propósito de respetar su derecho al debido proceso, permitiendo a aquellos un adecuado ejercicio del derecho de contradicción en los eventos en que se encuentren en desacuerdo con la decisión que haya sido adoptada unilateralmente por la administración.

Ha sido reiterativa la jurisprudencia constitucional, sobre la violación de los derechos fundamentales de las personas vinculadas en cargos de carrera en provisionalidad, declaradas insubsistentes, en las cuales ha ordenado reintegrarlas al cargo que ocupaban antes de su desvinculación ó a, otro de iguales características, previa la nulidad del acto administrativo expedido sin motivación.
La línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional, que exige la motivación del acto de retiro es aplicable siempre que el retiro del servicio tenga que ver con cargos de carrera, sin que interese si la designación hubiere sido en propiedad o en provisionalidad.

En lo que atañe a la estabilidad en los órganos y entidades del estado y la prestación de las funciones públicas con fundamento en los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y publicidad que obliga a los nominadores a tener presentes el mérito y las calidades personales para resolver sobre el ingreso, el ascenso y la permanencia en cargos de carrera, a la administración le está vedado actuar infundadamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho y de derecho que corresponde en cada caso.

El Código Contencioso Administrativo crea la obligación general de que el acto administrativo, debe ser expedido, fundamentándose en la prueba o en informes disponibles y motivarse. En efecto, la finalidad de tal obligación es la de evitar la arbitrariedad de la administración.

Está claro, que la falta de motivación del acto que retira del servicio a una persona que ocupa un cargo de carrera así sea en provisionalidad, quebranta el ordenamiento constitucional que garantiza el debido proceso, habida cuenta que la desvinculación del mismo debe hacerse posterior al agotamiento de una actuación administrativa en la cual se le haya dado la oportunidad de ejercer sus derechos de defensa, contradicción, y con plena observancia del debido proceso.

4. DISCUSIÓN

De todo lo anterior se colige, que los actos administrativos que declaren la insubsistencia de un cargo de carrera ocupado en provisionalidad, deben ser motivados, pues tal omisión deviene en la vulneración de derechos fundamentales, ante la imposibilidad del servidor público de conocer y controvertir las razones de la insubsistencia y así poder ejercer el derecho de defensa y contradicción. En efecto, quienes ocupen un cargo que sea de carrera administrativa en provisionalidad, solo pueden ser desvinculados de los mismos, mediante acto administrativo motivado por dos causales taxativas, a saber: Porque incurrieron en una falta disciplinaria que fue demostrada previo el procedimiento señalado por la ley, o; porque se convocó a concurso y se designó a la persona que ocupó el primer puesto.

En lo atinente a la motivación de los actos administrativos, como es sabido, la Administración tiene el deber de motivar algunos de sus actos, es decir, debe indicar, además de su parte dispositiva, una de sus fundamentos fácticos y jurídicos. Cuando la motivación sea obligada y se omita o sea excesivamente genérica, el acto estará afectado por un vicio formal que, producirá su nulidad.

5. CONCLUSIONES

En conclusión, el tema abordado denota la inmensa crisis que tiene nuestro ordenamiento jurídico respecto al tema, debido a las diferentes posiciones asumidas por las altas corporaciones, quienes en la disputa de poder y autonomía propia, no han unificado de manera integral su criterio, a fin de salvaguardar la estabilidad jurídica de nuestro ordenamiento, provocando lo que comúnmente conocemos como los llamados "Choque de trenes".

Pues como a bien se tiene, mientras que en la tesis sostenida por el Consejo de Estado, en donde prima la protección de la administración pública, la posición asumida por la Corte Constitucional, propende por la protección y eficacia de los derechos fundamentales se convierte en el criterio definitivo que regula el derecho en Colombia.

Cabe anotar, que es más acertada la postura asumida por la Corte Constitucional, toda vez que esta corporación en virtud de que Colombia es un estado social de derecho, protege los derechos fundamentales, a fin de cumplir con uno de los fines esenciales del estado.

En efecto, si un fin esencial del Estado social de Derecho es la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución, si en el artículo 209 de la Constitución se regulan como principios que rigen la actividad de la Administración Pública los principios de imparcialidad y publicidad, la conclusión obligada es que los actos administrativos de declaratoria de insubsistencia de empleos provisionales deben motivarse explicando las razones por las cuales se declara la insubsistencia, a efectos de darle transparencia y publicidad a la actuación de la Administración y garantizar el ejercicio del derecho de contradicción y defensa por parte de los servidores públicos.

Es por ello que cuando se trata de cargos de libre nombramiento y remoción, su declaratoria de insubsistencia debe ser motivada, en aras de garantizar y aplicar tales principios constitucionales.

Lo anterior por cuanto, es claro que siempre la Administración debe exponer los motivos por los cuales toma decisiones en cumplimiento de principios constitucionales de transparencia y publicidad, por lo cual nada impide que se motiven también los actos de declaratoria de insubsistencia de empleos de libre nombramiento y remoción.

6. AGRADECIMIENTOS

Queremos expresar nuestros más profundos agradecimientos, en primer lugar a Dios, porque sin él nada sería posible, y a la Universidad Libre, por abrirnos sus puertas y bridarnos la oportunidad de avanzar en nuestra formación académica y vida profesional.

7. REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución política de Colombia. Bogotá: Presidencia de la República.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991). Constitución política de Colombia. Bogotá: Presidencia de la República.

Leyva, A., & Plazas, D. (2014). La Insubsistencia De Funcionarios En Provisionalidad En Cargos De Carrera Administrativa. Análisis De La Jurisprudencia Constitucional Y Contencioso Administrativo. Santiago De Cali: Proyecto De Investigación Socio Jurídica.

Presidente de la República de Colombia. (1984). Decreto 01 de 1984. Diario Oficial No. 36439 de Enero 10 de 1984.

Congreso de la Republica de Colombia. (2011). Ley 1437 de 2011. Diario Oficial No. 47.956 de enero 18 de 2011. http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=41249

Congreso de la República de Colombia. (1998). Ley 443 de 1998. Diario Oficial Nª 43320 http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=190

El presidente de la República de Colombia. (1998). Decreto 1572 de 1998. Diario Oficial No. 43.358 de agosto 10 de 1998.

Hernández, P. (2004). Bases Constitucionales de Función Pública . Bogotá .

Rincón, J. (2009). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Santofimio, J. (2008). Tratado de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Consejo de Estado. Sala de contencioso administrativo, sección segunda. (C.P. Tarsicio Cáceres Toro. 09 de Marzo de 2006)

Consejo de Estado. Sala Plena. (C.P. Diego Younes Moreno. 14 de Julio de 1993)

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso Administrativo. (C.P. Ana Margarita Olaya Forero. 19 de Octubre de 2006).

Corte constitucional de Colombia. (2004). Sentencia T-951/2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-951-04.htm

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia T-800/1998. M.P. Vladimiro Naranjo http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-800-98.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia T-1011/2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-1011-03.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2004). Sentencia T-597/2004. M.P. Luis Guillermo Guerrero. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-597-04.htm

Corte Constitucional de Colombia. (2009). Sentencia T-109/2009. M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-109-09.htm