

**EL PRECEDENTE JUDICIAL EN MATERIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE
DECLARA INSUBSISTENCIA DEL FUNCIONARIO NOMBRADO EN
PROVISIONALIDAD, CASO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO**

Natalia Andrea Zapata Tamayo*.

Resumen

Con el presente artículo se pretende exponer un caso de Constitucionalización del derecho administrativo, a partir de la definición tanto doctrinaria como normativa de conceptos como: funcionario nombrado en provisionalidad, precedente judicial, y en especial, de la revisión de sentencias de unificación proferidas por la sala plena de la Corte Constitucional, en las cuales se reitera el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente el funcionario nombrado en provisionalidad, y la Corte determina los criterios para reconocer la indemnización a aquellos que tengan derecho. Se concluye que la fuerza vinculante del precedente Constitucional, en materia del deber de motivación de los actos administrativos que declaran insubsistente al funcionario nombrado en provisionalidad, así como su indemnización, debe ser acatado por las autoridades tanto en sede administrativa y judicial en la jurisdicción administrativa

* Abogada titulada de la Universidad de Antioquia. Secretaria del Concejo Municipal de San Pedro de los Miagros. Correo electrónico: abogadanataliaz@gmail.com Este artículo se presenta para optar al título de especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

obrando como juez especializado, o como juez de tutela. Lo cual constituye un caso notable de Constitucionalización del derecho administrativo.

PALABRAS CLAVE

1. Constitucionalización del derecho administrativo 2. Deber de motivación 3. Fuerza vinculante. 4. Funcionario nombrado en provisionalidad. 5. Precedente Constitucional.

SUMARIO. Introducción. 1. Funcionarios nombrados en provisionalidad y falta de motivación del acto administrativo que los declara insubsistentes. 2. Precedente judicial vinculante, a partir de Sentencias de unificación de la Corte Constitucional. 3. Constitucionalización del derecho administrativo. 4. Conclusión. 5. Referencias Bibliográficas.

Introducción

La Constitución Política de Colombia en el artículo 125 establece que los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera, a su vez, la ley 909 de 2004 que derogó la ley 443 de 1998 y que es modificada por la ley 1960 de 2019, con sus decretos reglamentarios, conforman el marco normativo del empleo público en nuestro país. Al lado de ello, se tiene que, para proveer vacantes definitivas en todo el territorio, se acude con frecuencia a la figura del nombramiento en provisionalidad, de lo cual se debe informar a la Comisión Nacional del Servicio Civil con el fin de asegurar el cumplimiento del principio general de carrera y mérito.

En consonancia con lo anterior, una vez el escenario político cambia o respondiendo a razones de otra índole, en sede administrativa ha imperado la práctica reiterada de declarar la insubsistencia de funcionarios nombrados en provisionalidad, mediante actos administrativos sin motivación ni razonamiento alguno. Conllevando, en última instancia a que las personas afectadas acudan al mecanismo de amparo por excelencia, para ser reintegrados en su cargo y que se garanticen los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, entre otros. Con lo cual, al interior de la Corte constitucional se ha generado una línea jurisprudencial al pronunciarse sobre casos de esta índole y luego unificar jurisprudencia en sala plena, configurándose ello como ejemplo de Constitucionalización del derecho administrativo.

En primer lugar, se pretende contextualizar la situación de los funcionarios nombrados en provisionalidad cuya declaratoria de insubsistencia ha sido determinada mediante actos administrativos que carecen de motivación, y contrastar dicho fenómeno con el deber de motivación que consagra el Código de procedimiento administrativo y lo contencioso administrativo, como elemento de la validez del acto administrativo. Se aclara que en el anterior Código, Decreto 01 del 2 de febrero de 1984, no se exigía la motivación como elemento del acto administrativo, a diferencia de la Ley 1437 del año 2011, en la cual la motivación es considerada como elemento esencial para la validez del acto administrativo, según lo dispuesto en el artículo 42, al prescribir que para emitir una decisión, su contenido debe ser motivado. Al lado de ello, se hace referencia a la Ley 443 de 1998 que regía la carrera administrativa y que no disponía la obligatoriedad de la motivación en estos casos,

dicha ley fue posteriormente derogada por la ley 904 del 2009 que delimita temporalmente el nombramiento en provisionalidad, y que fue adoptado como fundamento en la sección segunda del Consejo de Estado, a partir de sentencia del 23 de septiembre de 2010.

En segundo lugar, se pretende definir y evidenciar la fuerza vinculante del precedente judicial proferido por la Corte Constitucional como principal garante de los derechos consagrados en la Constitución Política, a partir de la revisión de importantes sentencias de unificación de dicha corporación relacionadas con el tema descrito, a saber: SU 917 de 2010, SU – 691 de 2011, SU - 556 de 2014, SU – 874 de 2014, SU – 053 de 2015, SU 288 de 2015, SU – 054 de 2015.

Por último, se analizará en qué consiste el fenómeno jurídico de la Constitucionalización del derecho administrativo. Se evidencia que el caso expuesto constituye un claro ejemplo de ello, en virtud de las sentencias de unificación, por medio de las cuales la Corte Constitucional ha sentado un precedente jurisprudencial con fuerza vinculante, y que ha sido reiterado en los posteriores pronunciamientos y debe ser acogido tanto en sede administrativa como por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1. Funcionarios nombrados en provisionalidad y falta de motivación del acto administrativo que los declara insubsistentes.

El artículo 125, constitucional establece como regla general para el provisionamiento de los empleos públicos, la carrera pública, a excepción de varios tipos de empleo allí consagrados, así como los demás que determina la ley; asimismo, se dispuso que al haber una vacante se podría acudir a la figura del nombramiento en provisionalidad hasta que se llevara a cabo el concurso de méritos. Ahora, tomando en consideración la desvinculación de dichos funcionarios, inicialmente la Ley 443 de 1998 no exigía la motivación del acto al retirar al funcionario en provisionalidad, empero en vigencia de la Ley 909 del 2004 que derogó la ley 443, en el artículo 25 dispone que ante una vacancia temporal de empleos de carrera, se hará mediante nombramiento en provisionalidad, cuando no puede proveerse mediante encargo, y a su vez se delimitó la duración de dicho nombramiento.

En este orden de ideas, por mandato constitucional a nivel nacional debe prevalecer un sistema de concurso de méritos que sea abierto y transparente, al cual se pueda acceder en términos de igualdad y que permita la estabilidad laboral y seguridad en el empleo público. En contraste, en Colombia, impera una realidad que responde a prácticas nepotistas y cambiantes, conforme el escenario político va alternando, en consecuencia se acude con más frecuencia a la figura del nombramiento en provisionalidad para conformar parte de la nómina en los organismos estatales en los diferentes niveles territoriales, aun cuando la norma superior desarrollada por la legislación de la carrera administrativa dispone el carácter transitorio de este tipo de nombramientos.

Ahora bien, cuando al interior de la entidad estatal se dispone de dicho nombramiento en provisionalidad para ser ocupado por otra persona sin que finalice de la forma contemplada en la ley, se presenta el fenómeno de la declaratoria de insubsistencia mediante actos administrativos, que por lo regular, no contienen las razones de dicho retiro, teniendo como consecuencia actos carentes de motivación y susceptibles de ser demandados por traer consigo un vicio de nulidad.

Una vez expuesto lo anterior, es importante resaltar que la motivación hace parte de la forma como elemento de la validez del acto administrativo, aclarando que en el anterior Código administrativo, Decreto 01 del 2 de febrero de 1984, no se exigía la motivación como elemento del acto administrativo, a diferencia de la Ley 1437 del año 2011, en la cual la motivación es considerada como elemento esencial para la validez del mismo. Así pues, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra en el artículo 42 que para emitir una decisión su contenido debe ser motivado y en el artículo 44 contempla que aun así cuando las decisiones son de carácter discrecional, la decisión debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Según lo señala el doctrinante José Roberto Dromi (1985), la motivación del acto administrativo hace parte de la forma del acto, que es un elemento esencial del mismo, y dicha motivación consiste en la declaración de las circunstancias de hecho y derecho que han conllevado a la emanación del acto administrativo. En efecto, se encuentra ante la ausencia

de causa o motivo del acto administrativo cuando los hechos invocados como antecedentes que justificarían su emisión fueren falsos o cuando el derecho invocado para ello, no existiere, y puntualiza que la falta de motivación hace incurrir, no solo en un vicio de forma, sino también y principalmente un vicio de arbitrariedad. Además, es importante advertir que la motivación debe ser concomitante al acto y no es saneable, si se presenta una falsa motivación o falta de ella.

A su vez, la Corte Constitucional, en cuanto a la falta de motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia en los cargos nombrados en provisionalidad, enfatiza que el debido proceso administrativo es la motivación del acto, y lo define en los siguientes términos:

El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente. (Corte Constitucional, 2010, SU - 917).

2. Precedente judicial vinculante, a partir de las Sentencias de unificación de la Corte Constitucional.

Considerando que de conformidad con lo consagrado en el artículo 230 superior, en el ordenamiento jurídico Colombiano impera la ley, y el precedente judicial es entendido

como criterio auxiliar, es importante relieves la labor que la Corte Constitucional ha desempeñado en virtud de la salvaguarda de la Constitución política, irradiando todo el sistema jurídico, mediante la figura de la unificación de jurisprudencia propia de las altas Cortes, así como la consolidación del carácter vinculante del precedente judicial, en especial el constitucional.

En este punto, se precisa que el precedente jurisprudencial, en la voz de Pulido Ortiz, F. E.; Barreto Moreno, A. A. (2019) es considerado como “aquella regla de los ordenamientos jurídicos que define y regula la función normativo – autoritativa de los precedentes judiciales que son las normas generales y abstractas que han sido creadas por los jueces en sus providencias” (p.). y según la Corte Constitucional (2015) define el precedente como “La sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”(Corte Constitucional, 2015, SU - 053).

En esta misma línea, la Corte Constitucional (2015) en la sentencia de unificación aludida, cita la sentencia de tutela 292 de 2006, para referirse a los criterios determinantes si a un caso debe aplicarse un precedente:

- i) Que en la ratio decidendi de la sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que esta ratio resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y iii) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente” (Corte Constitucional, 2015, SU - 053).

En adición, en la misma sentencia de Unificación N° 053 del año 2015, la Corte Constitucional esgrime dos fundamentos con respecto la fuerza vinculante del precedente constitucional, por un lado, la necesidad de proteger el derecho a la igualdad de las personas al acceder a la administración de justicia, además de salvaguardar los principios de buena fe y seguridad jurídica, y por otro lado, reconocer la fuerza vinculante de las decisiones judiciales, en especial cuando se encaminan a unificar jurisprudencia.

Con relación a la unificación de jurisprudencia y su importancia, la Corte Constitucional en la misma sentencia de unificación 053 del 2015 determina que el precedente adquiere un carácter ordenador que busca realizar los principios de primacía de la constitución: igualdad, buena fe, seguridad jurídica y necesidad de coherencia del orden jurídico, cuando proviene de los organismos de cierre, considerando el carácter ambiguo del derecho y su necesidad de reglar dichas interpretaciones en pro de la igualdad.

Al lado de ello, el artículo 270 de la ley 1437 de 2011, entiende por sentencias de unificación jurisprudencial:

(...) las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Y en el artículo 101 de la misma ley se contempla el mecanismo de extensión de jurisprudencia por parte del organismo de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa.

A propósito, de dicho mecanismo, la misma Corte Constitucional (2011) advierte el carácter prevalente de la jurisprudencia constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del Artículo 102 del código administrativo, así:

Las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. (Corte Constitucional, 2011, C – 816).

En este sentido, la Corte Constitucional en sentencia C - 634 de 2011 precisa los efectos del desconocimiento del precedente judicial de las altas Cortes, en especial, la jurisprudencia constitucional, por parte de las autoridades administrativas, las cuales podrían incurrir en diferentes tipos de responsabilidad, así como la interposición de acciones judiciales en virtud de la afectación de derechos fundamentales. Y enfatizando en la obligatoriedad de adoptar el precedente judicial, la Corte Constitucional (2015) exige al juez de tutela para apartarse del precedente judicial el deber de:

Cumplir con una carga estricta de argumentación, donde los argumentos no pueden citar la existencia de una línea de jurisprudencia distinta, establecida por los órganos de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues dicho fundamento desvirtúa la posición reiterada y establecida por la Corte Constitucional en su condición de intérprete autorizado de la Carta Política, ni discute la postura constitucional ligada al debido proceso y a la prevalencia del derecho sustancial. (Corte Constitucional, 2015, SU – 053).

Una vez expuesto lo anterior, a continuación se analizan varias sentencias de unificación proferidas por la Corte Constitucional, en virtud de la línea jurisprudencial trazada por la Corporación en materia de la declaración de insubsistencia de funcionarios

nombrados en provisionalidad sin acto motivado; sentencias, que al ser vinculantes deben ser acatadas no solo por las salas de la corte, como precedente vertical, sino por otros organismos de cierre como el Consejo de Estado, como precedente horizontal; entre las cuales destacan: SU 917 de 2010, SU – 691 de 2011, SU - 556 de 2014, SU – 874 de 2014, SU – 053 de 2015, SU 288 de 2015, SU – 054 de 2015.

En la sentencia de Unificación 917 de 2010, se estudiaron 24 casos de tutela acumulados por tener conexidad temática, de los cuales 20 fueron en contra providencias de la jurisdicción contencioso administrativa que negaron la nulidad y restablecimiento de derechos en contra de los de actos de desvinculación, argumentando que los actos de insubsistencia de empleos de carrera en provisionalidad no requieren motivación alguna; y en la parte resolutive la Corte Constitucional accedió a la protección de los derechos fundamentales, al debido proceso, acceso efectivo a la administración de justicia, trabajo, acceso a la función pública e igualdad.

Se destaca que en dicho pronunciamiento la Corte Constitucional tuteló los derechos incoados en los 4 casos restantes donde los accionantes acudieron directamente sin agotar la jurisdicción contenciosa en contra de las entidades que profirieron los actos de desvinculación y se ordenó el reintegro a los cargos ocupados, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir durante la desvinculación.

La sentencia de unificación 691 de 2011, reitera la sentencia 917 del año 2010, además de evidenciar las posturas de la Corte constitucional y del Consejo de Estado en

materia de motivación del acto administrativo. En adición, con respecto a la indemnización solicitada sienta una posición para evitar el enriquecimiento sin causa, al ordenar a las respectivas entidades accionadas que descuenten las sumas que hubieren devengado los peticionarios provenientes del tesoro público, entre el momento de la desvinculación hasta su reintegro efectivo o hasta la fecha de supresión del cargo según el caso.

La sentencia de Unificación N° 556 de 2014. Determinó la figura de la estabilidad laboral relativa o intermedia de la que goza el cargo de carrera en provisionalidad, además se precisan los casos en que se ordenará el reintegro, sin solución de continuidad.

Como aspecto a destacar, la Corte Constitucional en esta sentencia cambia el precedente adoptado en las sentencias de unificación anteriores, la SU - 691 de 2011 y la SU - 917 de 2010, en materia de indemnización:

Esto es, sustituye la aplicación del derecho viviente del Consejo de Estado relativo a las consecuencias de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo de desvinculación, por un instrumento indemnizatorio de mínimos y máximos, similar al empleado por el legislador al sancionar los despidos injustificados de trabajadores privados en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Para lo cual ordena como indemnización, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario. (Corte Constitucional, 2014, SU – 556).

En la sentencia de unificación número 874 del 2014, la Corte Constitucional precisa las cuatro formas en las cuales el precedente jurisprudencial de la Corte es desconocido, como procedibilidad para la acción de tutela contra providencias judiciales, las cuales son:

Aplicando disposiciones legales que han sido declaradas inexecutable por sentencias de constitucionalidad; (ii) aplicando disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) contrariando la ratio decidendi de sentencias de constitucionalidad; y (iv) desconociendo el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte Constitucional a través de la ratio decidendi de sus sentencias de tutela. (Corte Constitucional, 2014, SU – 874).

En la sentencia de unificación, 053 del 2015 de la fuerza pública, la Corte Constitucional define el precedente judicial y recalca su fuerza vinculante, en especial de las sentencias de unificación, por su importancia en esta línea jurisprudencial y por otro lado, retoma los parámetros que permiten determinar si en un caso es aplicable o no un precedente, a partir de la sentencia T-292 de 2006.

En adición, en esta providencia se evidencia la carga argumentativa que debe asumir el juez de tutela para apartarse del precedente constitucional por ser de carácter obligatorio. La Corte, Precisa la diferencia entre el precedente horizontal y vertical, y alude a la importancia de la unificación de la jurisprudencia, para mantener la coherencia del ordenamiento. Afirma que la discrecionalidad difiere de la arbitrariedad, y aclara que la normatividad sobre retiro discrecional en la fuerza pública debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.

En la sentencia de unificación 054 del 2015, la Corte Constitucional se pronuncia sobre los funcionarios de la fiscalía, establece que la motivación de los actos administrativos que declaran la insubsistencia de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera deben tener una explicación de manera clara, detallada y precisa sobre las razones sobre las

cuales se prescindirá del servicio, se reiteran las sentencias de unificación, 917 del 2010, y para el caso de la indemnización, la sentencia 554 de 2015.

En la sentencia de unificación 288 del 2015, la Corte Constitucional caracteriza el defecto fáctico como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, al omitir la valoración de pruebas en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en un caso de la Policía Nacional. Por otro lado, la Corte enfatiza sobre la prevalencia del precedente constitucional y sostiene que los jueces pueden apartarse del precedente judicial si exponen razones que justifiquen su decisión.

3. Constitucionalización del derecho administrativo.

En Colombia, la jurisdicción Contencioso administrativa, data del año 1.913, siendo una especialidad cuyo organismo de cierre es el Consejo de Estado, a su vez, la Corte Constitucional fue instalada el 17 de febrero de 1992 por el entonces presidente César Gaviria Trujillo, en virtud de su creación a partir de la Constitución Política de Colombia en 1991, con el fin último de salvaguardar los postulados y principios consagrados en la Constitución Política de Colombia, como lo dispone el artículo 241 superior; considerando además que desde la teoría constitucional se plantea que la norma de normas sintetice los valores y principios magnos que deben prevalecer en un Estado, ubicándose ésta en la cúspide, de tal modo que la legislación y demás normas que conforman el ordenamiento jurídico se acojan a sus preceptos.

Según los autores, Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina (2014), caracterizan la Constitucionalización del derecho administrativo como “derecho constitucional concretizado”, destacando como desarrollo del concepto la “protección jurídica fundamental mediante el procedimiento” (p. 7).

Bajo tal entendido, la Constitucionalización del derecho, implica que todas las autoridades, en las diferentes especialidades del derecho, a saber, el derecho privado, el derecho penal, y en este caso el derecho administrativo, al aplicar la ley, y al interpretar las normas del caso concreto, se debe hacer en armonía con los postulados y principios de la Constitución Política, en beneficio del ciudadano, sin que se desconozcan los derechos y garantías allí consagrados.

En efecto, el derecho administrativo, como especialidad, también se encuentra irradiado, tanto por las disposiciones orgánicas de la Constitución Política como por la parte dogmática y en consecuencia, sus decisiones deben estar ajustadas al precedente constitucional. En adición, conforme al tipo de Constitucionalización descrito arriba y entendiendo que todas las autoridades judiciales en el orden nacional deben estar sujetas al precedente constitucional, entre ellos la jurisdicción contenciosa administrativa, los autores, explican que:

Solo cuando todos los campos del Derecho administrativo son valorados cuidadosamente en su contenido de derecho constitucional, esto es, son constitucionalizados, el ciudadano sabe que vive en un Estado de Derecho. Aquí radica una tarea evidente y muy importante de la jurisdicción administrativa, Constitucionalización como un procedimiento estándar, lo cual se ajusta al perfil que sigue siendo importante de los tribunales administrativos de

ser los garantes cotidianos del ciudadano promedio. (Montaña y Plata, Ospina Garzón, 2014, p. 31).

Siguiendo este hilo conductor, el tema que nos ocupa, con respecto a la desvinculación de los funcionarios nombrados en provisionalidad, sin motivar el acto administrativo, es un caso notable de Constitucionalización del derecho administrativo, a partir de las acciones de tutela que han sido conocidas por el juez Constitucional para invocar la garantía de sus derechos a la igualdad, debido proceso, acceso a la administración de justicia, seguridad jurídica, y han sido revisadas por la Corte Constitucional y unificados los pronunciamientos sobre el tema, con el fin de dar coherencia y precisar la línea jurisprudencial a seguir en la materia, al sentar precedente con fuerza vinculante y prevalencia sobre todo el ordenamiento jurídico, a partir de las sentencias de unificación de la sala plena de la Corte.

Con relación al asunto, el Consejo de Estado había establecido su línea jurisprudencial en el tema, con fundamento en el principio de legalidad, a partir de la Ley 443 de 1998, que permitía la discrecionalidad al separar del empleo a los servidores allí consagrados, y así lo fundamentó en varias sentencias, entre ellas la sentencia 1119 del 2005 y la sentencia 3211 del año 2005, en la cual el Consejo de Estado argumentó:

La facultad discrecional de los empleados provisionales se impone al efectuar el nombramiento en tal carácter de provisionalidad, puesto que la transitoriedad de la designación, mientras se realiza el proceso selectivo, autoriza a la administración a efectuar el nombramiento provisional. Al igual su retiro, pues tal discrecionalidad es el marco rector en estas designaciones, ya que mientras el cargo clasificado como de carrera

administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria que no otorga fuero alguno de estabilidad. Está presente en tal prescripción la potestad discrecional, ya que no existe en el ordenamiento legal otro condicionamiento. El retiro entonces de los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro.

Posteriormente, a partir de la sentencia del Consejo de Estado del 23 de septiembre de 2010 en la sección segunda de dicha corporación, hubo un cambio de línea jurisprudencial que argumentaba que sí debían fundamentar los actos administrativos que declaraban la insubsistencia en virtud de la ley 909 del 2004 y su decreto reglamentario, al dar plenos efectos a los términos de duración de los nombramientos provisionales.

A este respecto, a partir de las diferentes líneas jurisprudenciales que se gestan tanto en el Consejo de Estado y en la Corte Constitucional, como organismos de cierre para la misma materia: desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad sin motivación del acto, la Corte Constitucional en la Sentencia de unificación 691 de 2011 evidencia que dicha confrontación obedece a la naturaleza misma del derecho y su carácter interpretativo, además de considerar la evolución histórica de la jurisdicción contencioso administrativa que propugna por la defensa del principio de legalidad, como en el caso de su argumentación basada en la normas que rigen la función pública, por lo que la Corte Constitucional en esta providencia considera que dicha postura disímil no puede ser considerada como una fuente de responsabilidades ni personales ni estatales para los jueces administrativos.

Y de manera textual, la Corte Constitucional, (2011) sostiene con relación a la irradiación del derecho constitucional en este caso en concreto que se analiza, lo siguiente:

En tal sentido, si bien es cierto que la expansión del principio de supremacía constitucional ha irradiado a toda la jurisdicción en Colombia, y por ende, los fallos de los jueces administrativos consultan igualmente el espíritu de la Constitución, también lo es que, en su quehacer interpretativo y argumentativo la ley sigue ocupando un lugar de primer orden. Por el contrario, el juez constitucional, al no encontrarse atado por el texto de aquélla, ni ser tampoco el llamado a interpretarla y aplicarla en casos concretos, suele adelantar una lectura distinta de las cláusulas de derechos fundamentales. (Corte Constitucional, 2011, SU – 691).

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia de unificación 917 de 2010 señala que debe superarse la discrepancia entre el Consejo de Estado y dicha corporación en la materia discutida, con el fin de asegurar la vigencia de los derechos y principios constitucionales, y la coherencia sistémica y seguridad jurídica del ordenamiento, mediante figuras como la tutela contra sentencia, la revisión y la unificación de jurisprudencia. A este respecto, la Corte Constitucional en la sentencia de unificación 691 de 2011 aludida hizo referencia a la sentencia de tutela 736 del año 2009, en la cual donde la corporación dejó sin efecto el fallo de un Tribunal Administrativo que denegó la nulidad de un acto de insubsistencia de un empleado de la Fiscalía General de la Nación nombrado en provisionalidad, quien fue desvinculado sin la motivación del acto y concluyó que el juez de tutela, en especial la Corte Constitucional puede tomar medidas, incluso dictar sentencia sustitutiva o de reemplazo, con el fin de garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales y con ello el derecho de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad.

La Corte Constitucional en sentencia de unificación 917 del 2010, alude a la importancia de acudir a la tutela contra sentencias, en este caso del Consejo de Estado, dado la necesidad de la existencia de una interpretación unificada sobre el alcance y límites de los derechos fundamentales que se hace en revisión de los fallos de tutela, como vehículo para garantizar a los ciudadanos elementos mínimos de seguridad jurídica y certeza al acceder a la administración de justicia.

4. Conclusión.

En materia de la desvinculación o retiro de los funcionarios nombrados en provisionalidad mediante actos administrativos carentes de motivación, el Consejo de Estado fundamentó sus decisiones a partir del principio de legalidad, manteniendo por mucho tiempo una línea jurisprudencial que no encontraba la ilegal la falta de motivación del acto de retiro, ello en vigencia de la Ley 344 de 1998, no solo en desconocimiento del precedente constitucional en la materia, sino propiciando la afectación de derechos fundamentales de los administrados, pese a que en el año 2010, a partir de una sentencia de la sección segunda del Consejo de Estado se fue reconociendo la necesidad de la motivación del acto de retiro, pero no en virtud de acogerse al precedente constitucional con fuerza vinculante, sino obedeciendo al límite temporal establecido en la Ley 904 del 2009 para los nombramientos en provisionalidad.

Así pues, la Corte Constitucional, en virtud de las funciones a ella atribuidas, sienta su posición con respecto al deber de motivación de los actos administrativos que declaran la

insubsistencia de funcionarios de entidades administrativas, bajo la perspectiva constitucional, entendiendo dicha motivación como elemento del estado de derecho, del principio democrático, del principio de publicidad y garantía del debido proceso para el acceso efectivo a la administración de justicia, creando con ello un precedente jurisprudencial, al cual en sentencia de unificación 053 de 2015, dicha corporación le otorga la categoría de fuente de derecho aplicable al caso concreto. Al considerar el derecho como practica argumentativa racional.

Y es que en virtud de la Constitucionalización del derecho administrativo, la Corte Constitucional irradia la especialidad administrativa, ofreciendo una interpretación en derechos y no meramente ajustada al principio de legalidad, por ello, mediante varios mecanismos, como la revisión acción de tutela, y en especial la unificación jurisprudencial de tutelas, en su mayoría contra sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que desconocieron la fuerza vinculante del precedente constitucional, dicha corporación ha reinterpretado la falta de motivación de los actos administrativos, pudiendo así propugnar por la salvaguarda de los principios y derechos fundamentales que imperan en el ordenamiento jurídico y la prevalencia de un sistema jurídico en términos de igualdad en sus dimensiones de valor, principio y derecho fundamental, así como la seguridad jurídica y coherencia del mismo.

En la actualidad, nuevos pronunciamientos del órgano de cierre de la jurisdicción Contencioso Administrativa y la Corte Constitucional, versan sobre los montos de

liquidación de la indemnización de los funcionarios cuyos derechos laborales se vieron afectados al ser destituidos mediante actos administrativos carentes de motivación, tejiéndose una discusión en la cual, argumentos como evitar el enriquecimiento sin causa, y el principio de sostenibilidad fiscal, han sido acogidos por la Corte Constitucional en sus decisiones. En adición, una fiscal delegada obrando como funcionaria en provisionalidad acudió ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos tras ser declarado insubsistente su nombramiento mediante Resolución carente de motivación, con lo que dicho órgano internacional profirió en el año 2020 sentencia hito en la cual enfatiza la garantía de estabilidad de dichos funcionarios nombrados en provisionalidad y conmina a cumplir las garantías judiciales, ajustándose al debido proceso.

5. Referencias Bibliográficas.

Corte Constitucional, Sala plena. (16 de noviembre de 2010). Sentencia SU – 917. (MP Jorge Iván Palacio Palacio) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/SU917-10.htm>

Corte Constitucional. (24 de agosto de 2011). Sentencia C 634 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-634-11.htm>

Corte Constitucional, Sala plena. (21 de septiembre de 2011). Sentencia SU - 691. (MP Humberto Antonio Sierra Porto). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/SU691-11.htm>

Corte Constitucional Sala plena. (24 de julio de 2014). Sentencia SU - 556. (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU556-14.htm>.

Corte Constitucional. (13 de noviembre de 2014). Sentencia SU - 874. (MP Martha Victoria Sáchica Méndez. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU874-14.htm>

Corte Constitucional. (12 de febrero de 2015). Sentencia SU - 053. (MP Gloria Stella Ortiz Delgado) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/su053-15.htm>

Corte Constitucional. (12 de febrero de 2015). Sentencia SU - 054. (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU054-15.htm>

Corte Constitucional. (14 de mayo de 2015). Sentencia SU – 288. (MP Mauricio González Cuervo) Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU288-15.htm>

Gordillo, Agustín. (2012). Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas. Tomo 5. 1ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2012. En línea: [<http://www.gordillo.com/>] Págs. 297 y 298.

Montaña Plata. A; Ospina Garzón. A. F. editores (2014). La Constitucionalización del Derecho administrativo, XV Jornadas Internacionales de Derecho administrativo. 1 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Págs. 27 y 31.

Pulido Ortiz, F. E.; Barreto Moreno, A. A. (2019) La regla del precedente en el derecho administrativo. 1. ed. Bogotá: TEMIS. Pg. 50.

Congreso de la República de Colombia (18 de enero de 2011) Ley 1437. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial N° 47.956. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

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