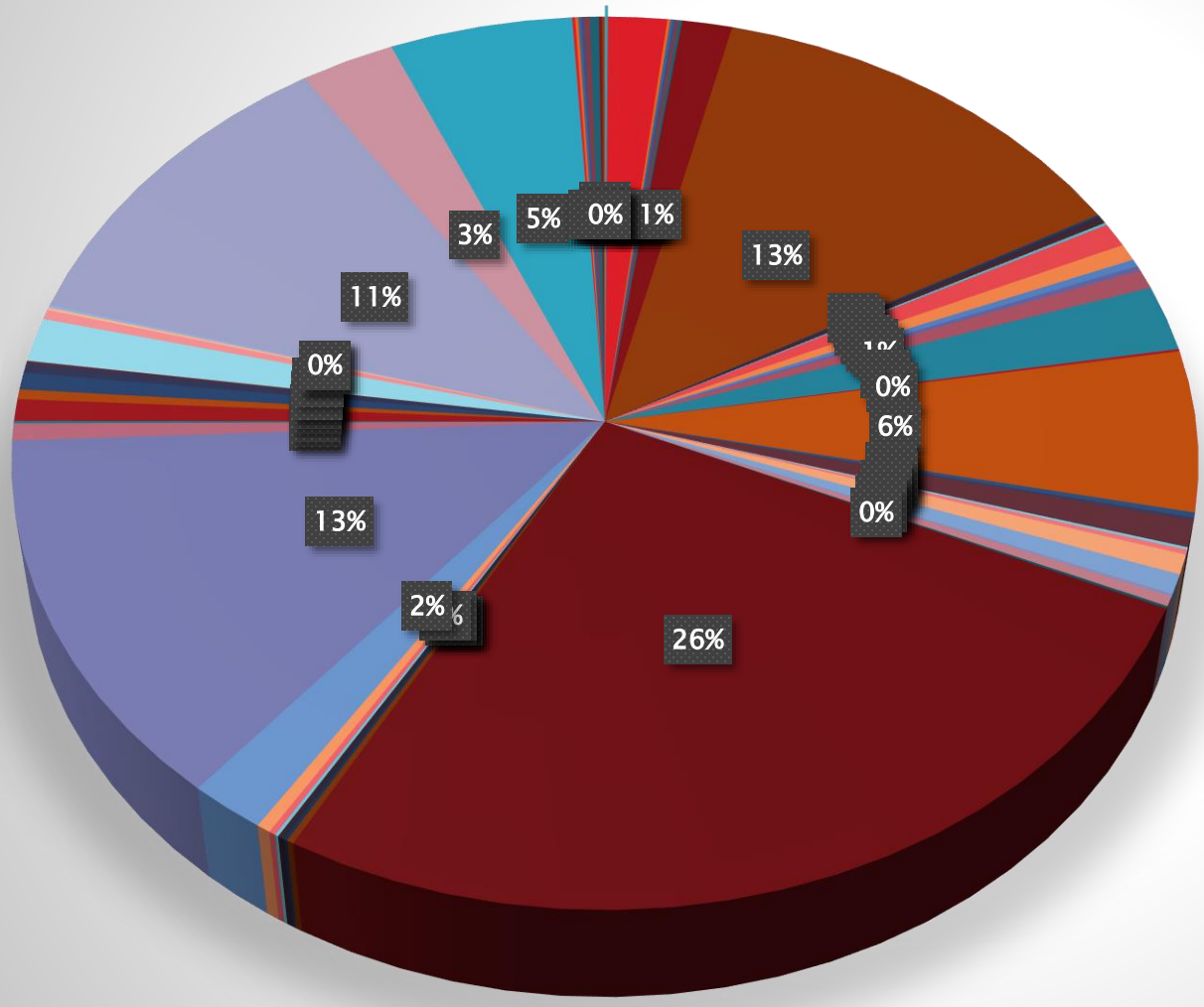
Declaración de insubsistencia de Empleos Provisionales

Cultura de la Legalidad

Montería- Córdoba- Julio 2016

ESTADO ACTUAL: 5ª causa



- Acceso a los servicios publicos
- Accidente de Transito
- Actos terroristas
- Antenas de telefonia celular
- autorizacion inscripción estampilla consumo de producto
- Construcción de Canal
- Construcciones urbanas
- Contractual
- Contrato Realidad
- Control trafico vehicular
- Demolición de construcción en predio
- Devolución impuestos
- Dotaciones
- Enriquecimiento sin causa
- Espacio Publico
- falla en el servicio
- falla en el servicio
- Falla Medica
- Horas extras
- Indemnización supresión de cargo
- Insubsistencia
- Intereses moratorios mesada pensional

Mensaje

- Los empleos de carrera que tengan vinculadas personas en nombramiento provisional, el retiro – *declaración de insubsistencia*– debe ser

- BIEN

- MOTIVADO

Conceptos iniciales

- " los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, lo empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".
- Empleos: **de carrera**, excepto los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales.
- Vacancias: temporal, definitiva.
- Insubsistencia: acto de retiro de un servidor público.

Ubicación de los nombramientos provisionales

- Se necesita proveer un empleo
- de carrera administrativa (Debe ser provisto por concurso)
- Mientras se realiza el concurso o exista la vacancia temporal
- No exista posibilidad de provisión por encargo
- Nombramiento temporal

Función Social y Función Pública

- La FUNCIÓN SOCIAL del Estado Social es la prestación de los SERVICIOS PÚBLICOS, para concretar la Justicia en el Mundo, a través de Técnicas e Instrumentos.
- La Carrera Administrativa es un Sistema TÉCNICO, para la prestación de SERVICIOS PÚBLICOS, es un Ordenamiento con PLANES, Plantas de EMPLEO en un marco de Equitativa distribución de cargas y beneficios-derechos y deberes.

Origen- Carácter temporal

- Sentencia del 1º de marzo de 2012, Consejero ponente Doctor GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado (15001-23-31-000-2001-01612-01(**0768-11**), Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE,18 d marzo de 2015 25000232500**20060260**:
- Decreto 1732 de 1960, art. 53: "*hizo referencia a los empleados provisionales, señalado que cuando por falta de candidatos elegibles, la Comisión no pudiera suministrar los que le fueran solicitados y así lo comunicare a la autoridad nominadora, ésta podía proveer el empleo con carácter provisional, de acuerdo a la paridad política. Estos empleados provisionales debían desempeñar sus cargos mientras no fueran provistos con candidatos capacitados presentados a la autoridad nominadora por el Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil, y si 15 días después de recibir el nombre del candidato apto, no fuera provisto el cargo, el empleado provisional "no podrá continuar ejerciendo las funciones del empleo y deberá separarse de él sin que por ello incurra en abandono del cargo"*.
- **Temporalidad:** Decreto Ley 2400 de 1968, Leyes 26 de 1982, 61 de 1987, Ley 27 de 1992, Ley 443 de 1998, el Decreto 1572 de 1998

- Ley 909 de 2004 en el artículo 25: cuando el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal de su cargo, el mismo será provisto en forma provisional, "… *sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera*".
- El Decreto 1227 de 2005, en el Parágrafo Transitorio de su artículo 8º en cuanto a los empleados provisionales 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 6 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.
- Esta autorización no se requiere en vacancias temporales o si el empleo se encuentra convocado a concurso.

El retiro de un empleado nombrado provisionalmente necesita motivación

- El Decreto 1227 de 2005 artículo 10 señaló, que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador puede darlos por terminados, **pero agregando que la resolución debe ser motivada**.

Antes y después de la Ley 909 – Estabilidad relativa

- *"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 motivación del acto de retiro … 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**…*
- 23 de septiembre de 2010, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Honorable Consejo de Estado, en sentencia con ponencia del Doctor GERARDO ARENAS MONSALVE (25000-23-25-000-2005-01341-02(**0883-08**)

Técnicas de decisiones discrecionales

Hugo Alberto Marín Hernández – Tratamiento de la discrecionalidad administrativa en la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa en Colombia;
Jairo Villegas Arbeláez– Derecho Laboral Administrativo

- Elementos reglados
- Desviación de poder
- Control de los hechos determinantes
- Control por el principio de imparcialidad – objetividad
- Control por el principio de igualdad
- Control por los principios de racionabilidad y razonabilidad–
- Control por el principio de proporcionalidad
- Principio de interdicción de la arbitrariedad: Obligatoriedad y calidad de la motivación
- Discrecionalidad técnica

Exigencias mínimas- Principio de Razón Suficiente SU-917 de 2010

- Circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho
- Claras, detalladas y precisas
- Con soporte fáctico
- Circunscritas al funcionario y atinentes al servicio: la realización de los principios que orientan la función administrativa o derivados del incumplimiento de las funciones propias del cargo
- No son necesariamente las mismas causas para la insubsistencia de los funcionarios en carrera
- No resultan válidas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, la invocación del ejercicio de una facultad discrecional, o la simple "cita de información, doctrina o jurisprudencia que no se relacionen de manera directa e inmediata con el caso particular"
- *"Siendo completamente inadmisible la teoría de la motivación "implícita" de los actos administrativos.*

Confirmación

- Confirmación por las Subsecciones A y B de la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, en este sentido:
- Providencia del 2 de febrero de 2012 Consejo de Estado –Sección Primera – Tutela– C.P MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO 47001-23-31-000-2011-00308-01; 12 de abril de 2012 Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A – C.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO 11001-03-15-000-2012-00378-00; 12 de abril de 2012 Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B– 11001-03-15-000-2012-00610-00(AC); 23 de octubre de 2012 Consejo de Estado– Sección Primera– Subsección A – M.P. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO 11001-03-15-000-2012-00671-01

» Casos especiales

Crisis económica

- En el presente asunto, afirma la parte actora los actos acusados están afectados por falsa motivación y desviación de poder, lo cual sustenta en que no son ciertas las razones de tipo económico aducidas, lo cual se demuestra con la vinculación de otro médico en el cargo luego de su retiro, además de que son distintos los motivos aducidos en el acto de insubsistencia y el que lo confirmo. Se deduce que la anterior referencia fue hecha respecto del demandante, toda vez que tal y como se puede verificar a folio 252 él cursó la especialización de Gerencia de la Calidad y Auditoría en Salud, desde el 31 de mayo de 2002 hasta el 7 de junio de 2003, y posteriormente tenía la obligación de programar la terminación del trabajo de grado. Los medios aportados al proceso llevan a la conclusión de que las motivaciones aducidas como fundamento del retiro, esto es, **la crisis económica de la entidad y la facultad discrecional, se encuentran desvirtuadas puesto que se demostró que luego de su retiro se vinculó a otra persona el cargo**, además de que la verdadera motivación para su retiro se fundamentó en su conducta frente a los permisos otorgados para cursar un posgrado, encontrándose con ello probada la falsa motivación del acto de insubsistencia.

  - CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013) Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON Radicación número: 05001-23-31-000-2004-00123-01(**1971-10**)

- En este caso, la Alcaldía de Quibdó, **fundamentó su decisión de insubsistencia en motivos legales – falta de autorización de la CNSC para prorrogar los cargos –, y en la necesidad de disminuir el déficit financiero del municipio, motivación que, a juicio del juez accionado se encontró ajustada a derecho** – Ley 909 de 2004[74] y su Decreto Reglamentario No 1227 de 2005[75] – y a la realidad – fundamentos fácticos que motivaron el acto[76] –, situación que no se considera enmarcada dentro de los presupuestos de configuración de desconocimiento del precedente, ni del defecto sustantivo y/o fáctico.
  - T-360 /2015

Por nombramiento en carrera

- Estima la Sala que no le asiste la razón a la demandante cuando sostiene que el Decreto 0293 de 14 de junio de 2005, por el cual se declaró insubsistente su nombramiento, carece de motivación toda vez que, resulta evidente que dicha decisión tuvo por objeto permitir que los cargos que hasta la fecha había sido provistos en provisionalidad lo fuera finalmente en propiedad. Lo anterior si se quiere, dado que el nominador, en este caso el Gobernador del Departamento del Tolima, de acuerdo con el literal b del artículo 13 del Decreto 1278 de 2002 contaba con la **facultad implícita para dar por terminado un nombramiento provisional de un empleo docente cuando esto, se repite, fuere necesario para proveerse en propiedad.** En este punto, la Sala se permite recordar que el mismo Decreto 0011 de 12 de enero de 2005, mediante el cual se aclaró la naturaleza de la incorporación de la demandante a la planta de personal docente del departamento del Tolima, en su artículo segundo dispone que la referida incorporación "(…) Surtirá efectos hasta cuando dichos cargos se provean en período de prueba o en propiedad de acuerdo con el listado de elegibles producto del concurso de méritos respectivo."

  - CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "B" Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil trece (2013) Radicación número: 73001-23-31-000-2005-01098-01(**0233-09**)

Cargo suprimido

- De manera que las reestructuraciones de planta o la supresión de empleos eran una medida necesaria para el saneamiento de las finanzas y la organización institucional; ahora, dentro de esta reorganización de personal podían incluirse de acuerdo a las necesidades previstas en los estudios, la supresión de empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera, trabajadores oficiales y los nombrados en provisionalidad, que no están en la categoría de libre nombramiento y remoción, pero que tampoco tienen el fuero de la estabilidad que confiere el ingreso por mérito, por tanto, si la actora quería sustentar en debida forma el cargo propuesto, debía demostrar mediante un buen ejercicio financiero que la solución adoptada por la entidad no era la adecuada y principalmente que se hizo con propósitos diferentes a los señalados en el acto demandado, es decir, que el objeto de las supresiones no fue el saneamiento fiscal, lo que en este caso no sucedió, de manera que el cargo tampoco prosperará. Dice el libelo que el cargo de la actora no fue suprimido, porque en el momento de su desvinculación lo ejercía como auxiliar adscrita a la Dirección de Fiscalización de Impuestos y no de la Dirección de Rentas. Verifica la Sala que tanto el acto demandado como la comunicación sobre la supresión del cargo señalan que el suprimido fue el código 565-2-4, que coincide con el cargo para el cual fue incorporada mediante Decreto 422 de 3 de marzo de 1999, el cual podía ser desempeñado en cualquier dependencia de la gobernación por tratarse de una nómina globalizada, de manera que no hay duda sobre la identidad del cargo, por ende, esta impugnación tampoco prosperará.
-
  - CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN Bogotá, D.C., enero veintiocho (28) de dos mil diez (2010). Radicación número: 05001-23-31-000-2002-00357-02(1740-08)

Al vencimiento del término del nombramiento provisional

- Sentencia T-360 de 2015:
- Para la Sala dicha comunicación constituye un acto administrativo, cuyo objeto fue producir efectos jurídicos tendientes desvincular a un funcionario público que estaba en la entidad en un cargo de carrera administrativa en calidad de provisional. Lo que indica que en el presente caso la acción de tutela es improcedente para obtener la motivación de un acto administrativo, **como quiera que al actor le informaron que las razones por las cuales terminaba su vinculación, obedecieron al vencimiento del término de 6 meses**, establecido en el decreto de nombramiento provisional que efectuó el organismo de control.

Especial protección

- Retén Social: Ley 790 de 2002, Decreto 190 de 2003, programas de renovación de la Administración Pública: las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados.

- **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION "A" Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON** Bogotá, D.C., Agosto diecinueve (19) de dos mil diez (2010) **Radicación número: 76001-23-31-000-2004-03278-01(1893-08) C- 991 de 2004 declaró inexequible el límite temporal establecido en la citada Ley 812 de 2003**

Ley de garantías electorales

- Esta ley en **el último inciso del Parágrafo de su artículo 38, impone como restricción tanto para los entes territoriales como para las entidades, la consistente en que dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, la nómina respectiva no se puede modificar, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, muerte o renuncia irrevocable debidamente aceptada y en los casos de aplicación de la normativa de carrera administrativa**. Esta prohibición ha de entenderse que se extiende a todas las elecciones a cargos de elección popular, inclusive a las presidenciales, tal como esta Corporación lo consideró. Y como lo sostuvo la Corte Constitucional cuando realizó el examen de constitucionalidad de la ley estatutaria, en particular de este Parágrafo, lo que el mismo pretende es, garantizar que no se utilice el cargo público con fines políticos en aras de la depuración del ejercicio democrático. Se tiene entonces, que por virtud de esta norma, dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones presidenciales, de parlamento, asambleas, concejos, gobernadores, alcaldes y demás comicios electorales, los gerentes o directores de las entidades descentralizadas deben respetar la prohibición de modificar la nómina de la entidad que regentan.

  - CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN Bogotá D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil trece (2013) Radicación número: 76001-23-31-000-2006-01754-01**(0900-11**)

Mensaje

- Los empleos de carrera que tengan vinculadas personas en nombramiento provisional, el retiro – *declaración de insubsistencia*– debe ser

- BIEN

- MOTIVADO

Gracias