



La provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa¹

Mary Luz Caicedo Gutiérrez

Abogada de la Universidad Nacional de Colombia sede Bogotá, Especialista en Derecho
Administrativo de la Universidad de Antioquia.
Empleada pública de carrera del Municipio de Envigado - Antioquia.

¹ Artículo elaborado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

Se analiza la problemática suscitada a partir de la configuración del tipo de servidor público que accedió a cargos de carrera administrativa provisionalmente, que permaneció cobijado a lo largo de los años por el régimen laboral estatal bajo el status de empleado de carrera, contrarió el postulado constitucional del mérito y privilegió en mayor medida el clientelismo; para constituir uno de los debates jurisprudenciales más complejo que haya tenido la función pública: “el servidor público en calidad de provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa”.

Encontrando cómo es que entre las posturas jurídicas diversas y las posiciones opuestas deambulaba el servidor público provisional quien en apariencia fungía temporalmente, pues al analizarse en profundidad su condición esta distaba de lo usualmente conocido como tal, aunque no le era dable apartarse de aquella literalidad; siendo ésta la que en últimas, así como el desarrollo y aplicación de los principios de la función pública: igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y transparencia; hicieron que miles de servidores públicos en calidad de empleados de carrera en provisionalidad, que sirvieron al Estado durante años continuos y que creyeron establecer con él una relación laboral permanente y jurídicamente estable, al día de hoy y a partir del año 2005 pasaran a formalizar su vinculación con el Estado o la concluyeran definitivamente.

Palabras clave: Servidor público; estabilidad; mérito; concurso; carrera administrativa.

Apreciaciones frente a cambios en los proyectos de vida de las víctimas indemnizadas en el marco del decreto 1290

Introducción.

Con el fin de solventar en gran medida las inquietudes más relevantes que giran en torno a la figura del cargo de provisionalidad en la carrera administrativa, se busca establecer una respuesta sustentada en las posiciones adoptadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado a lo largo del tiempo; con el fin de definir con aquellas posiciones, y primordialmente con ocasión de la promulgación de la Ley 909 de 2004 y la posterior ejecución del concurso general de méritos 001 de 2005 adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil para la provisión de la mayoría de empleos de carrera administrativa de entidades del Estado; la finalidad, necesidad y existencia (origen y terminación) del cargo de provisionalidad.

La administración pública, vista desde su interior y concretamente desde la relación laboral: empleado público - Estado, y con ocasión de la promulgación de la Ley 909 de 2004 y la posterior celebración del concurso general de méritos 001 de 2005, se vislumbró considerablemente provisional, situación ésta que propició la unificación jurisprudencial en torno a la problemática suscitada por los empleados públicos provisionales que creían perpetua su relación laboral con el Estado, y por aquellos que en virtud del principio del “mérito”, una vez culminó el proceso de selección estabilizaron su relación o la iniciaron. Principio aquel que en la relación provisional con el Estado constituye el quid del asunto, al ser él y solo él, el que le permite al administrado- concursante o empleado público convertir en **estable** su relación laboral con el Estado.

Efectuado un seguimiento a los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en cuanto a la condición laboral de los empleados públicos provisionales, hallamos no solo posiciones enfrentadas entre estas corporaciones, sino incluso dentro de ellas mismas; como fuera el caso de la Sección Segunda Laboral del Consejo de Estado cuyas diferencias surgidas desde el año 1998 vieron un primer final hacia el año 2003 a través de la unificación de jurisprudencia de sus Subsecciones, en donde primara la posición de la Subsección “B”. Para que luego de ello y con la expedición de la Ley 909 de 2004 y la posterior realización del concurso general de méritos 001 de 2005, adoptara la Sección Segunda la posición asumida en sus inicios por la Subsección “A”.

Hallamos también que los administrados en calidad de concursantes y especialmente los empleados públicos provisionales demandaron de los autorizados, esclarecimiento y pronunciamientos más firmes, así como conceptualización estatal más certera en cuanto a su condición. Lo que nos condujo a encontramos con un nutrido desarrollo legal que le permitió al ente administrativo y judicial resolver las problemáticas propuestas por el empleado público en provisionalidad, que buscaba a toda costa mantener viva su relación laboral con el Estado así fuera desvirtuando, en alguna medida, la eficacia del concurso de méritos en proceso al apelar a situaciones particulares tales como: estabilidad relativa, estabilidad restringida, condición de padre o madre cabeza de familia, padecimiento de una

discapacidad física, tiempo de permanencia en el cargo provisional, madre gestante, entre otros; lo que dio lugar a definir aún más claramente la figura del cargo provisional en la carrera administrativa por las altas cortes.

Es sabido que la estructura de la carrera administrativa se soporta en un sistema técnico de administración de personal cuyo objeto es garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público (art. 27 de la Ley 909 de 2004); materializándose en el estatuto que reglamenta los derechos y deberes de los empleados públicos y de aquellas personas que aspiran formar parte de la administración pública; no obstante, el ambiente administrativo laboral “politizado” en cuanto al ingreso, ascenso, permanencia y desvinculación de los servidores públicos; que hasta hace unos años predominó en el ámbito laboral administrativo y que originó la demanda jurisprudencial y conceptual; solo permitió la eficacia de dicho estatuto, puede afirmarse sin apuros, con la ejecución del concurso de méritos 001 de 2005 que antes mencionamos.

En este sentido el propósito de este documento será establecer cuál es el lugar que ocupa el cargo de provisionalidad en la actualidad; y poder con ello configurar un referente doctrinario de consulta en materia administrativa laboral, que acorde con los postulados constitucionales, normativos y de desarrollo jurisprudencial, agrupe las respuestas a las dudas más relevantes que rodean la figura del cargo de provisionalidad en la carrera administrativa.

Propuesto así nuestro rumbo académico y con la finalidad de no entrar a ciegas a explorar los caminos por los que se ha movido el empleado público provisional, comenzaremos por realizar unas sucintas precisiones acerca de los conceptos de: Carrera Administrativa y Empleado Público de Carrera, que nos permitirá de manera más acertada ubicar el cargo en provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa.

La carrera administrativa.

Tal y como lo señalo la Corte Constitucional en su estudio de constitucionalidad al Decreto Numero 1660 de 1991 en la sentencia C-479/92, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero: “...uno de los elementos esenciales en la estructura de las instituciones colombianas ha venido siendo desde 1.936 y con mayor énfasis a partir de la Carta del 91, el valor del trabajo...” valor este que se instituyó en inherente al ser humano y con ello a su dignidad, siendo resguardado por el Estado dada su intervención en la vida económica y social.

El valor del trabajo o más propiamente el derecho al trabajo, a la luz de la Constitución de 1.991 y a su desarrollo jurisprudencial y doctrinario; hace referencia más específicamente a la posibilidad de obtener un empleo, el cual, si bien se encuentra resguardado por el Estado, no contempla en su esencia que todos puedan adquirirlo, ya que su acceso se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos de mérito y capacidad. Requisitos que se hacen más evidentes y rigurosos para quien aspira a un cargo público.

Es así como la Constitución de 1991 estableció en el artículo 125 el Régimen de Carrera Administrativa como fundamento estructural de la función pública, que fuera desarrollado actualmente por la Ley 909 de 2004; y que tiene como propósito comprobar, previo el cumplimiento de unas exigencias determinadas en la ley: el mérito, las capacidades y aptitudes, de quienes pretendan desempeñar funciones públicas en calidad de empleados públicos específicamente. Así como garantizar la permanencia de aquellos que las cumplieron y mantienen un desempeño satisfactorio de las labores encomendadas.

Aquellas exigencias, resaltó la Corte Constitucional a través de su Sentencia C-037/1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, buscan: "...que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perceptivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad."

De esta manera quien pretenda ejercer un cargo de función de pública en una relación laboral con el Estado como **empleado público de carrera**, que, debe puntualizarse, se diferencia de los cargos de: elección popular o miembros de corporaciones públicas, de libre nombramiento y remoción, en periodo fijo, temporal, contratista, privado con funciones públicas, y por supuesto los trabajadores oficiales; se somete al régimen establecido por la carrera administrativa y sus exigencias: (1) el cumplimiento de una serie de requisitos previamente establecidos de acuerdo al cargo al que se aspira, calidades y capacidades; (2) la culminación satisfactoria de un concurso de méritos; (3) el nombramiento en periodo de prueba el cual debe ser superado mediante la demostración material de aptitudes y competencias para el cargo; y (4) la consolidación de su vinculación con la administración estatal a través de la inscripción en carrera administrativa. Lo que le permitirá al aspirante hacer parte de la función pública y emprender su pleno tránsito en la carrera administrativa, la cual busca ahora reconocerle permanentemente y de forma constante su superación académica y personal.

La permanencia en la carrera administrativa, y las prerrogativas que esta otorga, dependerá del óptimo desempeño de las funciones del cargo ejercido por el empleado público de carrera, el cual será evaluado de manera semestral; así como por la violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley. Resaltando en este último aspecto la prevalencia de intereses de carácter general, lo que implica que el Estado en aras del ejercicio adecuado de la gestión pública, pueda suprimir en circunstancias específicas determinados empleos. Sin que se desconozcan los derechos laborales de los empleados públicos afectados, que como mínimo serán indemnizados, ni la estabilidad laboral que les ofrece la carrera administrativa.

Al respecto la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) señaló en el concepto 02-4495 del 31 de marzo de 2009 que: "... los empleados con derechos de carrera administrativa cuentan con estabilidad laboral, la cual tiene manifestación en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, que les protege brindándoles un fuero de estabilidad frente a las distintas

situaciones administrativas que resultan en la supresión de su cargo, al establecer que tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, o a elegir entre la reincorporación y la indemnización, cuando no sea factible la incorporación.”

Explicada entonces sucintamente la figura de la carrera administrativa, es necesario tratar de comprender someramente el concepto de **empleado público de carrera**, como elemento del conjunto de empleados públicos definidos por el artículo 1 de la Ley 909 de 2004, que junto a los miembros de corporaciones públicas, los contratistas, los privados con funciones públicas y los trabajadores oficiales; son especie del género “servidor público”.

Los empleados públicos de carrera.

De la lectura del artículo 113 de la Constitución Política de Colombia se infiere la plena aplicación del principio de la separación de los poderes y de la especialización del cumplimiento funciones estatales a través del ejercicio de la función: legislativa, ejecutiva y judicial; así como que este poder estatal a su vez se encuentra sectorizado en otros órganos autónomos e independientes que han sido erigidos para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Las competencias atribuidas a dichos órganos conforman la actividad estatal que deben llevarse a cabo por quienes se vinculen laboralmente con el Estado, es decir, los servidores públicos.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-299/94 con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell, expresó lo siguiente:

"La noción de servidor público que la Constitución emplea en diferentes normas (arts. 6, 122, 123, 124, 126, 127 y 129), sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral".

"Según los términos del artículo 123, "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"".

"El artículo 125 a su turno establece en lo pertinente: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley."

"Así pues, dentro del género "servidor público", se comprenden según la Constitución diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales".

Postura que se mantiene vigente en los pronunciamientos de la Corte Constitucional en la actualidad.

Los empleados públicos se caracterizan por estar vinculados con la administración mediante una relación legal y reglamentada. Y de conformidad con el artículo 1° de la Ley

909 de 2004 pueden clasificarse en: empleados públicos de carrera, empleados públicos de libre nombramiento y remoción; empleados públicos de periodo fijo y empleados públicos temporales.

Los empleados públicos de carrera como ya se examinó se proveen en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito o concurso público, según lo establecido en el Título V de la Ley 909 de 2004. Los empleados públicos de libre nombramiento y remoción son provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la ley en mención. Los empleados públicos de periodo fijo son de naturaleza contractual y pueden ser retirados al terminar el plazo del contrato. Y los empleados públicos temporales, que por cumplir unas funciones que no realiza el personal de planta ya que no forman parte de las actividades permanentes de la administración, tienen una vinculación con el Estado por un tiempo determinado.

No siendo suficiente la anterior clasificación, del empleo público de carrera se desprende una subcategoría que se encuentra regulada por el artículo 25 de la Ley 909 de 2004: **el cargo público de carrera en provisionalidad**, que es el que ocupa nuestro estudio y el que se pretende analizar de la manera que sigue.

El cargo público de carrera en provisionalidad.

El ordenamiento jurídico dispuso como una medida de provisión de empleos de carrera administrativa el **nombramiento en provisionalidad**, consistente en la asignación transitoria de un empleo de carrera administrativa vacante temporalmente o de manera definitiva, a una persona que reúna los requisitos para desempeñarlo y mientras se surte el respectivo concurso de méritos para proveerlo.

La naturaleza temporal del nombramiento en provisionalidad implica para el empleado, a diferencia del cargo de carrera administrativa, una permanencia efímera en el empleo como su nombre lo indica.

El marco legal de los empleados provisionales, a partir de la promulgación de la constitución de 1991, estaba en la **Ley 27 de 1992**, por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, que en su artículo 10° segundo inciso señalaba que mientras se efectuaba la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en carrera administrativa tendrían derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenaban los requisitos para su desempeño. De lo contrario esos nombramientos podrían hacerse con **empleados provisionales**.

Esta ley que posteriormente fuera derogada por la **Ley 443 de 1998** que en sus artículos 9 y 10 regulaban la provisión de empleos por vacancia temporal y la duración del encargo y de los nombramientos provisionales; establecía que los empleos de carrera administrativa cuyos titulares estuvieran separados del cargo de manera temporal solo podrían ser ocupados bien fuera a través de la figura del encargo o por empleados provisionales, por el tiempo que duraran dichas situaciones administrativas. Mientras que para los cargos con vacancia definitiva el término de duración del encargo y del nombramiento provisional no

podría exceder el término de cuatro (4) meses, término que podría ser prorrogado previa autorización de la Comisión del Servicio Civil, hasta cuando se superara la circunstancia que dio lugar a la prórroga.

El artículo 4° del **Decreto 2329 de 1995** por su parte, reproducía el inciso segundo del artículo 10 de la Ley 27 de 1992.

El artículo 4° del **Decreto Reglamentario 1572 de 1998**, a diferencia de las normas precedentes, estableció un concepto de la figura del nombramiento provisional en la que indicaba: “**Entiéndase 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. También tendrá el carácter de provisional la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción y que en virtud de la ley o de una decisión de la Corte Constitucional se convierta en cargo de carrera. Tal carácter se adquiere a partir de la fecha en que se opere el cambio de naturaleza del cargo y éste deberá ser provisto teniendo en cuenta el orden de prioridad establecido en el artículo 2° de este decreto. En caso de que deba realizarse el concurso, éste deberá convocarse de manera inmediata y proveerse con la persona que ocupe el primer puesto en la respectiva lista de elegibles.”

Observamos entonces como la norma de manera clara hace una relación entre provisionalidad en el cargo, con quien ocupe un cargo de carrera administrativa **sin haberse sometido a un concurso de méritos**, independientemente de la denominación que al cargo se le de.

Este artículo posteriormente fue modificado por el artículo 2 del **Decreto 2504 de 1998**, pero en su interpretación mantuvo su esencia original.

A la postre, y con la expedición de la **Ley 790 de 2002**, en donde si bien no se introdujo ninguna referencia normativa expresa en cuanto a la definición del cargo o nombramiento en provisionalidad, se referenció a través del artículo 8°, y dado el carácter temporal del cargo, un reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica de los empleados provisionales con ocasión del retiro del servicio por supresión del empleo en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública que traía consigo el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 aprobado por la Ley 812 de 2003 y dispuesto por el Artículo 8° Literal D.

Hasta este momento, la aplicación del marco legal de los empleados provisionales dio origen a controversias judiciales y sobretodo pronunciamientos disimiles entre las altas Corporaciones; en los que el concepto de provisionalidad, que aunque en apariencia se encontraba claro, a interpretación de la Corte Constitucional y en aras de garantizar derechos fundamentales, le permitía al empleado público provisional mutar la transitoriedad de su cargo a una estabilidad “relativa” supeditando su permanencia a la realización del concurso publico de méritos para designar en propiedad a quien lo superara. Mientras que el Consejo de Estado a través de la Sección Segunda dirimía su posición entre asimilar al empleado provisional como a uno de libre nombramiento y remoción cuya

desvinculación podría ser discrecional y adoptar en sus decisiones la posición de la Corte Constitucional. Estos puntos de vista más adelante se referenciarán y analizarán.

Nos encontramos por último con la expedición de la **Ley 909 de 2004** y su **Decreto Reglamentario 1227 de 2005**, vigentes en la actualidad, que cambiaron sustancialmente el marco normativo de los empleados provisionales al pretender dar solución a las inamovibles e indefinidas relaciones laborales provisionales con el Estado de manera definitiva, instituyendo a través del artículo 25 que: “Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

De lo anterior se colige la improcedencia del nombramiento en provisionalidad para vacancias definitivas y en consecuencia su temporalidad “indefinida”; debiéndose proceder, sino a la apertura de un concurso de méritos, a la ocupación del cargo a través de la figura del encargo con servidores públicos de carrera. Procurándose el sostenimiento de la función pública basado en sus principios, especialmente en el mérito, y en donde su filosofía es el establecimiento de listas de elegibles producto de concursos de mérito, para proveer los cargos que estén en situación administrativa de vacancia definitiva como las jubilaciones, retiros y renunciaciones.

Es así, como armados del nutrido referente normativo antes referenciado, nuestros intérpretes jurídicos tomaron decisiones en sede administrativa y judicial, las cuales abrieron caminos diferentes en los que el empleado público provisional debió deambular y que resulta pertinente analizar con el ánimo de identificar cuál es su actual escenario laboral.

Desarrollo jurisprudencial del cargo de provisionalidad por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional en atención a demandas de tutela por parte de empleados provisionales que se habían visto separados del cargo mediante insubsistencia discrecional, tuvo la oportunidad de sentar su posición frente a la situación laboral de estos empleados de la siguiente manera:

En la sentencia T-800/98, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, expresó:

“...la estabilidad laboral de un funcionario 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.”

En el caso que analizaba la Corte en esa oportunidad, quien demandaba ocupaba un cargo de carrera en provisionalidad, y su insubsistencia discrecional era fundamentada en el

hecho de que la funcionaria ocupaba el cargo por más tiempo del establecido en la ley (artículo 4º del Decreto 2329 de 1995) debiéndose entonces separar del cargo mientras se convocaba el concurso de méritos.

De lo cual la Corte interpreto: “Como se deduce del texto, la provisionalidad se admite “mientras se efectúe la selección para ocupar un empleo de carrera administrativa”. Esto quiere decir que la administración está obligada a convocar el respectivo concurso dentro de dicho lapso para que se cumplan los dos principales propósitos de la Ley: evitar la prolongada vinculación de funcionarios en cargos respecto de los cuales no han acreditado los requisitos de idoneidad y que el Estado considera, deben ser provistos mediante concurso de méritos; e impedir que la administración se paralice por el hecho de que no haya servidores públicos desempeñando las funciones propias del cargo vacante.”

Así las cosas, un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad por más tiempo del autorizado legalmente, debe ser desvinculado como lo ordena la norma siempre que la administración cumpla con la obligación de iniciar el concurso de méritos para proveer la plaza definitivamente, ya que de no ser así los cargos estarían destinados a quedarse disponibles.

Desde este momento la Corte Constitucional sienta su posición en dos temas relevantes frente a la situación laboral de los empleados en provisionalidad: **(1)** el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción; y **(2)** el nominador solo puede desvincular al empleado público en provisionalidad cuando exista justa causa para ello, es decir que la desvinculación no puede darse discrecionalmente sino que el nominador debe motivar su decisión.

En la Sentencia de Unificación 250/98, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte se pronunció en cuanto al tema puntual de la motivación del acto mediante el cual se declare la insubsistencia de un empleado público en provisionalidad así:

“El problema que se plantea en esta tutela, en relación con el debido proceso, es si la falta de motivación para el retiro constituye violación de aquél derecho.

La respuesta es contundente: según se explicó anteriormente, necesariamente debe haber motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional...”

“La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta... 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.”

En la Sentencia T-752/03, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, el pronunciamiento fue ratificado al señalar la Corte:

“Para declarar la insubsistencia del empleado público que esté ocupando un cargo de carrera, la Administración deberá motivar su decisión a fin de garantizar el debido proceso y en particular el derecho de defensa de la persona a quien se pretende desvincular del servicio público. Distinto ocurre en el caso del retiro de un empleado de libre nombramiento y remoción, pues las normas...permiten una mayor discrecionalidad al nominador al momento de declarar la insubsistencia.”

“La Corte ha considerado que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que se encuentre en provisionalidad. La Administración sólo podría desvincularlo por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar. El deber de motivar el acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento de carrera se hace extensivo para desvincular a quien este ocupando provisionalmente... La falta de motivación... constituye una violación al debido proceso.”

En la Sentencia T-1159/05, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, y con posterioridad a la expedición de la Ley 909 de 2004, la Corte sostuvo:

“Esta Corporación ha sido uniforme al afirmar que el hecho de que un funcionario esté nombrado en provisionalidad no lo equipara a uno de libre nombramiento y remoción en términos de la no necesidad de motivación del acto de desvinculación...se ha predicado que la diferencia con la jurisprudencia del Consejo de Estado radica en que cuando esa Corporación manifiesta que la desvinculación de funcionarios nombrados en provisionalidad no requiere de motivación lo hace desde un análisis de legalidad... la Corte Constitucional lo hace desde un análisis constitucional...”

“Tal obligación de motivación persiste hasta el momento en el cual sea nombrado en el cargo una persona que haya sido escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza.”

La Corte Constitucional ratifica y clarifica que el momento en el que el acto de desvinculación de un empleado de carrera provisional no deberá ser motivado, en aras de garantizar el debido proceso, será únicamente cuando sea nombrada en el cargo una persona que haya sido escogida en virtud de la realización de concurso público de méritos para proveer de manera definitiva la plaza.

A través de la Sentencia T-729 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte señala que se:

“...ha decantado una línea jurisprudencial sólida, conforme a la cual el derecho al debido proceso cobija todas las actuaciones administrativas y no sólo las judiciales, pues así emerge directamente de lo prescrito por el artículo 29 superior. ...Dentro de los aspectos integrantes del derecho fundamental al debido proceso administrativo, la Corte ha resaltado que los actos de la Administración deben ser motivados, pues de esta manera se evita la arbitrariedad y los abusos por parte de las autoridades administrativas.”

En la Sentencia de Unificación 446/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte expreso lo que a continuación se referencia:

“...no cabe duda a la Sala de que la jurisprudencia reiteradísima de esta Corporación en todas sus Salas ha sostenido que el derecho al debido proceso administrativo involucra la garantía que cobija a los funcionarios nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, de ser desvinculados mediante resolución motivada. En tal virtud este tipo de funcionarios gozan de cierta **estabilidad laboral**.” (Negrilla fuera de texto)

Clara entonces la posición de la Corte en sus pronunciamientos en cuanto a diferenciar al empleado público en provisionalidad del empleado público de libre nombramiento y remoción; establecer la necesidad de motivar los actos que lo desvinculen del cargo y otorgarle cierta estabilidad laboral. A través de la Sentencia C-431/10, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, la Corte desarrolla la figura del cargo de provisionalidad y lo enfrenta con el cargo ocupado por los empleados inscritos en carrera administrativa. De dicha sentencia se destaca:

“Existe un mandato constitucional que ordena implementar el Sistema de Carrera Administrativa -artículo 125 Superior-, por lo que el Legislador está autorizado de manera clara y expresa para establecer diferenciaciones que privilegien dicho régimen... Desde luego, quienes están inscritos en ese Sistema continúan siendo servidores públicos pero no se encuentran en la misma o en similar situación que los demás servidores públicos –ni siquiera en la circunstancia en la que se hallan quienes han sido nombrados de manera provisional en un cargo de carrera–. Tal diferenciación no sólo está justificada desde el punto de vista constitucional sino que obedece a un mandato constitucional expreso, esto es, al contemplado por el artículo 125 Superior.

En otras palabras, todos los empleados tienen la categoría de servidores públicos. No obstante, su situación no es exactamente la misma, pues al paso que los empleados inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa han sido sometidos a un estricto mecanismo de selección sustentado en el mérito y en el concurso, los demás empleados o servidores públicos no lo han hecho. Por ello, el hallarse los empleados públicos inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa se permite tratar de manera igual a todas las personas que, además de ostentar el cargo de empleados públicos, se encuentren inscritos en dicho Sistema. Este criterio hace factible al mismo tiempo tratar de manera desigual, esto es, no hacer extensivos los privilegios que les reconoce la Constitución a los empleados de carrera, a los demás empleados públicos...”

Sobresale en torno al tema lo que se pasa a transcribir:

“La Corporación ha tenido en cuenta que en la realidad el número de personas nombradas de manera provisional en cargos de carrera es muy extenso. Esto la ha llevado a tutelar en múltiples ocasiones los derechos de estas personas y la ha conducido a precisar que ellas gozan de una protección intermedia que no las asimila a la que les corresponde a quienes – por medio del concurso y del mérito–, han llegado a integrar un cargo de carrera en propiedad, pero que tampoco las hace equiparables a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.”

“...esto no significa que quienes han sido nombrados (as) en provisionalidad ostentan los derechos que se derivan de la carrera y, en particular, el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente.”

“El punto en el que se equiparan los funcionarios inscritos en el régimen de carrera administrativa y los servidores o empleados públicos que desempeñan de manera provisional un cargo de carrera es, por tanto, la necesidad de motivar los actos administrativos en caso de que tales servidores públicos sean declarados insubsistentes. Ello, empero, no puede conducir a pensar que existe una identidad entre la circunstancia propia de los empleados inscritos en el régimen de carrera y quienes no lo están, así de manera provisional ocupen un cargo de carrera.”

Si llegáramos hasta aquí, de la figura del cargo de provisionalidad en el marco de la carrera administrativa, bajo la garantía y salvaguarda de los derechos fundamentales, podríamos concluir:

1. Antes de la expedición de la Ley 909 de 2004 el cargo en provisionalidad fue creado con la finalidad de que se ocuparan cargos de carrera que se encontraran vacantes **temporal** y **definitivamente**, y no pudieran ser provistos mediante la figura del encargo.
2. Con la expedición de la Ley 909 de 2004, y con la finalidad de remediar la situación que por años se venía presentando en la función pública basada en una relación laboral provisional “indefinida”; los empleados provisionales solo pueden ocupar cargos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que implican separación **temporal** de los mismos y cuando no sea posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera. Aunque en la práctica se dé para los casos en los que medie la separación definitiva (tales como la renuncia, jubilación, y retiro); y se insiste, no sea posible proveerlo mediante la figura del encargo, mientras se surte el concurso de méritos. Esto con el ánimo de no generar traumatismos en la administración.
3. El nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción; aunque su esencia ambos contemplen una temporalidad o provisionalidad. Por tanto el nominador solo puede desvincular al empleado público en provisionalidad cuando exista justa causa para ello, es decir que la desvinculación no puede darse discrecionalmente, como sucede con los empleados públicos de libre nombramiento y remoción; sino que el nominador debe motivar su decisión.
4. La desvinculación del cargo para un empleado provisional se dará por motivos disciplinarios, bajo rendimiento laboral o porque se convoque a concurso para llenar la plaza que ocupa de manera **definitiva**. No siendo aceptable que se desvincule al servidor público provisional por motivos diferentes a los anteriores para que el cargo sea ocupado por otro provisional.

5. Los funcionarios en provisionalidad en virtud de su relación con el Estado y de lo antes expresado, gozan de una cierta estabilidad laboral.
6. Sin embargo el hecho de que los actos administrativos que declaran la insubsistencia de una persona nombrada en provisionalidad requieren motivación, esto no significa que ostentan los derechos que se derivan de la carrera y, en particular, el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera al cargo.

Así pues, el cargo en provisionalidad al no equipararse al cargo de libre nombramiento y remoción, y tampoco a uno de carrera administrativa; se puede aseverar constituiría para quien lo ejerce una “condición laboral transitoria” que basada en una serie de criterios fundamentales como el debido proceso, derechos de la madre en gestación, entre otros; le otorgan un tipo de estabilidad laboral relativa con el Estado.

Desarrollo jurisprudencial del cargo de provisionalidad por el Consejo de Estado.

No obstante lo anterior, nos encontramos por otra parte con los pronunciamientos del Consejo de Estado que difieren notablemente de las conclusiones antes planteadas, modificando el panorama del empleado provisional cuando en sede judicial han pretendido la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos que discrecionalmente los han separado de su cargo. Esta posición la analizaremos de la manera que sigue.

La Sección Segunda del Consejo de Estado encargada de los asuntos laborales resolvía los asuntos que llegaban a su despacho de dos maneras distintas. La Subsección “A” de alguna manera seguía la línea establecida por la Corte Constitucional en el entendido de que los empleados provisionales gozaban de algún grado de estabilidad que exigía que el acto de separación del cargo debiera ser motivado. Mientras que la Subsección “B”, sostenía que los empleados provisionales al no haber ingresado a la administración mediante concurso de méritos, no podía gozar de estabilidad laboral alguna y su cargo era asimilable al de libre nombramiento y remoción.

En la Sentencia de julio 19 de 1993, en la que fuera Consejera Ponente la doctora Clara Forero de Castro se consignó lo que paso a transcribir:

“...la insubsistencia es el ejercicio de la facultad de remover de la cual están investidas las autoridades nominadoras para desvincular del servicio libremente a quienes no están protegidos por garantía de estabilidad, o como resultado de deficientes calificaciones de servicio, o negativas evaluaciones del desempeño, cuando se trata de empleados inscritos en carrera administrativa. La insubsistencia para los primeros tiene como base la aludida potestad, respecto de los segundos debe fundamentarse en el cuestionamiento de su eficiencia o de su rendimiento... mediante ella se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo que ocupaba, en ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al nominador en relación con los empleados no pertenecientes a la carrera administrativa, como lo era la demandante, ya que no alegó y menos probó que se hallará escalafonada en ella.”

En la sentencia aludida se deja sentada la posición de la sección en cuanto a señalar de manera categórica que la facultad discrecional que le asiste al nominador es en relación a los empleados no pertenecientes a la carrera administrativa. Y si bien no se refiere puntualmente al caso de los empleados en provisionalidad, se pueden entender incluidos, en la medida de que estos no pertenecen a la carrera administrativa.

Por otro lado, en la Sentencia del 20 de junio de 2002 siendo Consejera Ponente la doctora Ana Margarita Olaya Forero, esta fue la posición que se adoptó en el caso examinado:

“Ciertamente, no pueden predicarse iguales derechos de quien se encuentra nombrado en provisionalidad respecto de quien se halla designado en propiedad, pues si bien aquella modalidad de provisión no genera por sí misma inamovilidad, sólo puede cederse su titularidad cuando el cargo ha de proveerse con quien ha superado el respectivo concurso de méritos. En tal situación, puede afirmarse que los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad dentro de la función pública tienen una estabilidad restringida, pues, para su desvinculación, debe mediar por lo menos un acto administrativo motivado como garantía plena del debido proceso (artículo 29 Constitucional)... La anterior afirmación, tiene fundamento constitucional en el artículo 53, que consagra como principio mínimo fundamental el de la estabilidad laboral, el cual sólo podrá ser afectado cuando se trate de atender intereses de carácter general, situaciones en las cuales podrían verse sacrificados, según el caso, derechos particulares o individuales.... se exige que la decisión de desvinculación se adopte esencialmente por necesidades del servicio, pues el acto de retiro en estos casos debe siempre estar motivado para que pueda ser ejercida la defensa de sus derechos, por el afectado.”

Este panorama era mucho más garantista para el empleado provisional, quien ostentaba, en palabras del Consejo de Estado, una “estabilidad restringida”, basada en los mismos fundamentos constitucionales que la Corte Constitucional les otorgaba a estos empleados mediante la “estabilidad relativa” que desarrollaba en sus pronunciamientos.

Posición que se ratificó en la Sentencia de 22 de agosto de 2002, C. P. Alberto Arango Mantilla, al establecer:

“...en recientes pronunciamientos, esta Sala ha venido admitiendo que los servidores públicos vinculados de manera provisional adquieren una estabilidad restringida, es decir, que si bien no pueden equiparse a los empleados inscritos en carrera, tampoco es viable hacerlos equivalentes a los empleados de libre nombramiento y remoción. A diferencia de lo que se presenta en las categorías mencionadas, el retiro de estos empleados exige una motivación en el acto que indique las necesidades del servicio que justifican el retiro del servidor o, sencillamente, que su desvinculación obedezca a que se ha provisto el empleo como resultado del concurso.”

Sin embargo, como se enunció con anterioridad, otro rumbo tomaba la subsección “B” quien fundamentaba sus decisiones con base en lo establecido en el artículo 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973; el artículo 7° del Decreto reglamentario 1572 de 1998, y la Ley 443 de 1998; pues les facultaba para: “En cualquier momento poder 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.”

Pero esta dicotomía no permanecería indefinida en el tiempo, por ello y con el fin de unificar la posición de las Sub-Secciones sobre el tema del nombramiento en provisionalidad en cuanto la estabilidad en el empleo, en Sentencia del 13 de marzo de 2003, con ponencia del Consejero Tarsicio Cáceres Toro, se instituyó:

"Es claro que el empleado nombrado en provisionalidad ostenta una "posición diferente" al vinculado y escalafonado en la carrera judicial, como también a la del designado por la vía del libre nombramiento y remoción. En efecto, el primero no puede asimilarse en sus derechos al de carrera (estabilidad), por cuanto no ha accedido al cargo mediante el respectivo concurso de méritos; tampoco puede equipararse al de libre nombramiento, por cuanto el cargo que ejerce provisionalmente es de carrera.

(...)

Además, el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera judicial, lo es en forma "discrecional" por el nominador por cuanto no requiere de procedimiento, ni motivación dicho acto; de igual manera, su desvinculación puede seguir igual procedimiento. Así, tienen similitud el nombramiento y la insubsistencia del empleado de libre nombramiento y remoción con el nombrado provisionalmente.

(...)

De conformidad con lo anterior, esta Sala de Sección, en cuanto al punto del nombramiento en provisionalidad judicial, unifica su criterio acogiendo la tesis que de que al empleado nombrado en provisionalidad no le asiste fuero alguno de estabilidad, pudiéndose, en consecuencia, proceder a su retiro sin que sea menester motivación alguna.

(...)

La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público -de la justicia en el caso de autos-, pero tal modalidad no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeña.

Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista lista de elegibles vigente y aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. Entonces, si quien ejerce un cargo en provisionalidad no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio, bien puede ser removido del mismo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo por la vía del concurso, nuevamente se podrá designar la persona para que lo ejerza mediante nombramiento en provisionalidad.

Y, dado que esta clase de personal no está escalafonado en la carrera y no cuenta con estabilidad, no puede exigirse que el acto de remoción tenga las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra como protección del personal de carrera. De manera que, cuando se remueve a esta clase de personal, sin los requisitos que la ley establece para el personal de carrera, no puede alegarse la violación del DEBIDO PROCESO ya que dichas normas no le son aplicables (...)

No es posible considerar que el acto de su remoción del empleo adolezca de INDEBIDA MOTIVACIÓN, ni que esté incurso en la causal de VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO porque, como ya se dijo, la normatividad que consagra unas circunstancias de retiro, procedimiento y recursos es para el personal de carrera."

Así las cosas, podemos concluir que:

1. No es posible admitir un privilegio de estabilidad para los nombramientos provisionales que solo le es propio de los empleados de carrera administrativa
2. La permanencia en los cargos de carrera por un empleado en provisionalidad no se encuentra condicionado a la ejecución del concurso de méritos, sino cuando este haya superado de manera satisfactoria las etapas de un proceso de selección y se obtenga calificación satisfactoria.
3. El nombramiento provisional está autorizado para los cargos de carrera administrativa que no hayan sido surtidos por concurso de méritos y no se asimila al cargo de libre nombramiento y remoción. No obstante, dada la igualdad para su ingreso, resulta posible aplicarle para su retiro las reglas de la discrecionalidad.
4. No es viable pensar que el acto de remoción del empleo de un servidor provisional viole el derecho fundamental al debido proceso, porque la normatividad vigente solo consagra causales de retiro, procedimiento y recursos para los empleados de carrera administrativa. Además, debe presumirse que la insubsistencia se inspira en razones de buen servicio, la cual en todo caso puede ser agotada en sede judicial.

Unificación de jurisprudencia.

Referenciada entonces las posiciones adoptadas por las altas Corporaciones, las cuales marcaron las rutas de dos senderos totalmente para que anduviera el empleado provisional; debió la Corte Constitucional, como garante de los derechos fundamentales, buscar nuevas alternativas para proteger sin más tropiezos los derechos fundamentales de quien se empleaba en provisionalidad con el Estado; llevándola a garantizarle a toda persona, en sede de revisión de tutela, el ejercicio del recurso judicial efectivo consagrado en el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

De esta manera la Corte consolidó su jurisprudencia el 16 de noviembre de 2010 en la Sentencia de Unificación 917 de 2010, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, con la finalidad de zanjar el fenómeno que a lo largo de 12 años se venía configurando para los empleados provisionales del Estado: "el desconocimiento del precedente constitucional" por parte de las entidades estatales y la jurisdicción administrativa, especialmente el Consejo de Estado, en el tratamiento adoptado en las decisiones de separación de su cargo. Así es como en aplicación de la figura de la Tutela contra Sentencia judicial, la Corte estableció unos mecanismos de protección constitucional a adoptar en el curso de los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de garantizar los derechos fundamentales al debido proceso y acceso efectivo a la justicia de los demandantes, los cuales deberían aplicarse en los siguientes casos:

1. Proceso ordinario en el que uno de los fallos de instancia ha sido conforme a la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional: el juez de tutela en este caso debe dejar sin efecto la sentencia contraria al precedente y, en su lugar, confirmar el fallo de instancia que se ajusta a la jurisprudencia constitucional.
2. Cuando ninguna decisión de instancia se ajusta a la jurisprudencia constitucional y no es posible entonces dejar ninguna en firme: caso en el cual deberá el juez de tutela dejar sin efecto el fallo de última instancia y ordenar que se dicte uno nuevo ajustado al precedente constitucional.
3. Cuando en oportunidades precedentes se ha ordenado dictar un nuevo fallo pero el juez de instancia se niega a proferirlo o lo hace en contravía las reglas fijadas en la jurisprudencia constitucional, a sabiendas de que la protección efectiva de los derechos fundamentales resultará afectada: En estos casos el juez de tutela, y muy especialmente la Corte Constitucional, debe tomar directamente las medidas necesarias, debiendo incluso dictar sentencia sustitutiva o de remplazo, toda vez que no habría otra alternativa para garantizar la real y efectiva protección de los derechos fundamentales de los demandantes y con ello el derecho de acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad.

Resalta la Corte que la sentencia de remplazo tiene su razón de ser, para el caso concreto de los provisionales separados de su cargo por acto administrativo sin motivación, porque:

1. Las circunstancias demuestran la negativa del Consejo de Estado para cumplir lo dispuesto por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela.
2. El Consejo de Estado ha desobedecido el llamado de la Corte Constitucional para el cumplimiento de fallos de tutela relacionados específicamente con la motivación de los actos de retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad.
3. La sentencia de remplazo atiende el llamado hecho por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para brindar a toda persona un recurso judicial efectivo que asegure la protección de sus derechos fundamentales.
4. La sentencia de remplazo se instituye en el recurso judicial efectivo para garantizar la inmediata protección de los derechos afectados tanto por la administración como por los jueces de instancia, pues de no ser así los demandantes se verían en la necesidad de acudir a otros medios judiciales cuando existe claridad de que el derecho les asiste.

No obstante lo anterior, la Corte deja claro que estas circunstancias no generan “fuero de inamovilidad” pues la separación del cargo de un empleado en provisionalidad podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley, siempre y cuando medie la motivación del acto.

Planteada así la posición unificada de la Corte Constitucional, que buscó remediar en alguna medida la desatención a sus pronunciamientos y la aplicación efectiva del precedente constitucional; nos encontramos con que dos meses atrás la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante Sentencia de septiembre 23 de 2010, C. P., Gerardo Arenas Monsalve, y en vigencia de la ley 909 de 2004, replanteo su última posición unificada adoptada, que aunque fundamentada en aspectos meramente legales y no en pronunciamientos jurisprudenciales de rango constitucional; giraba en torno a establecer

que dado que la norma citada junto con su decreto reglamentario 1227 de 2005 configuraron unas circunstancias específicas para quien ocupara un cargo en provisionalidad, “... **solo mediante acto motivado** el nominador podrá darlos por terminados, antes del vencimiento del termino de duración del encargo, de la prorroga o del nombramiento provisional.” (Negrilla fuera de texto)

“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 2° del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2°, art. 41 Ley 909 de 2004).”

Así las cosas podemos aseverar que, aun cuando con motivaciones de fondo muy disímiles, surgió un criterio unificador entre las altas Cortes, el cual dio lugar a concluir sobre el particular, que el cargo de provisionalidad: (1) es un cargo de carrera provisto temporalmente a través de un nombramiento en provisionalidad, (2) cuyas causales de retiro son procedentes sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley (la calificación de desempeño, la comisión de faltas disciplinarias o la provisión del cargo por concurso de méritos); razón por la cual (3) el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado; esto aun cuando (4) no goce de los derechos y privilegios de un empleado de carrera en propiedad dado que su ingreso no fue producto de un concurso de méritos, (5) no pudiendo ser posible de esta manera asimilarlo al cargo de libre nombramiento y remoción.

Protección constitucional del empleado provisional bajo otras circunstancias.

Los empleados provisionales no solo han acudido a la acción de tutela para la salvaguarda de su relación laboral con el Estado cuando han visto comprometido su derecho fundamental del debido proceso y el ejercicio del recurso judicial efectivo, por la expedición de un acto administrativo que los separa de su cargo sin mediar motivación. Sino que también han recurrido a ella apelando la protección de otros derechos fundamentales que paradójicamente, como su relación laboral con el Estado, de manera temporal les ha dado la opción de continuar en el cargo.

Resalta principalmente lo estudiado en su oportunidad por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 446 del 26 de mayo de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; en la que se puntualiza la condición que envuelve la relación de los servidores en provisionalidad con el Estado traducida en una estabilidad relativa laboral, como ya lo hemos explicado; quienes pueden ser desvinculados de su cargo para proveerlos con una

persona de carrera, situación que debe ser claramente expuesta en el acto de desvinculación. Lo que de ninguna forma vulneraría derecho alguno de estos funcionarios, dado que la estabilidad relativa de la que goza cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

Lo anterior, sin desconocer la obligación a cargo de las entidades estatales de brindar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: (1) las madres y padres cabeza de familia; (2) las personas que estaban próximas a pensionarse, y (3) las personas en situación de discapacidad. Proveyendo, en los términos del artículo 13 de la Constitución Política, mecanismos que les garanticen ser las ultimas en ser desvinculadas, sin llegar al extremo de afirmar que dicho trato les otorga un derecho indefinido para permanecer en un empleo de carrera, dado que predominará el derecho de quien gano concurso de méritos.

Cabe resaltar que aun cuando el llamado “reten social” antes referenciado, en virtud del programa de renovación de la administración pública contenido en la Ley 790 de 2002, se estableció para renovar y modernizar la estructura de la rama ejecutiva del orden nacional; por razones de igualdad material propias del Estado Social de Derecho, los entes que quedan excluidos de esta norma deberán prestar especial atención a que sus actuaciones no contraríen el trato preferencial a las personas atrás mencionadas.

Conclusiones.

Es factible afirmar que en gran medida fueron alcanzadas las expectativas que se plantearon al inicio de este documento, toda vez que se logró establecer que la figura del empleado público provisional corresponde a una subcategoría de la clasificación consagrada en el artículo 1° de la Ley 909 de 2004, que si bien no se encuentra establecida como tal en dicho artículo, es desarrollado por el artículo 25 de la Ley con la finalidad de amortiguar temporalmente una situación administrativa laboral muy común en nuestras entidades estatales, la vacancia temporal o “definitiva” de los cargos de carrera que no pueden ser provistos mediante la figura del encargo y cuyo concurso de méritos esta por ejecutarse.

Se consiguió determinar luego de un estudio legal y jurisprudencial, que el cargo de provisionalidad al ser una subcategoría de los empleos de carrera de la administración, tiene unas particularidades especiales que se fundamentan en su denominación, es decir, si bien la figura fue creada con el fin de que el servidor ejecutara labores propias de un empleado de carrera administrativa, su condición transitoria o provisional, y sobre todo el hecho de no haber accedido al cargo de la manera que lo establece la ley para dichos cargos, no lo hace acreedor de los derechos consagrados para ellos y mucho menos de la garantía de estabilidad laboral de que gozan. Su condición de provisional ante el Estado, y solo por el tiempo que dure la vacancia del cargo, le garantiza exclusivamente una estabilidad laboral relativa o restringida, que se traduce en el ejercicio de solo algunos pocos derechos laborales propios de los empleados de carrera administrativa, y las causales de separación del cargo son procedentes sólo y de conformidad con las consagradas en la Constitución Política y la ley: la calificación de desempeño, la comisión de faltas disciplinarias o la provisión del cargo por concurso de méritos; razón por la cual el acto administrativo que disponga su retiro del cargo debe ser motivado por el nominador, no solo con el ánimo de

garantizarle el derecho fundamental del debido proceso y la aplicación efectiva del precedente constitucional; sino porque así lo establece la ley.

Se pudo establecer igualmente que el cargo de provisionalidad no es posible asimilarlo a uno de libre nombramiento y remoción, pues si bien comparten la característica de la discrecionalidad a la hora de proveerlo, no lo hacen al momento de la desvinculación. Además es conocido que el cargo de libre nombramiento y remoción opera para cargos de confianza, que generalmente se encuentran en los niveles asesor o directivo; mientras que los cargos de carrera administrativa, que pueden ser ocupados por provisionales, comprenden sobre todo los niveles: asistencial, técnico y profesional.

Por último se identificó que dentro de esas prerrogativas relativas que le otorga la Constitución y la Ley al empleado provisional, se encuentra el llamado “reten social” que le garantiza a aquel debido a su condición ser desvinculado del cargo en último lugar, sin que ello le otorgue un derecho indefinido para permanecer en un empleo de carrera, toda vez que predominará el derecho de quien gane el concurso de méritos para proveer la plaza.

BIBLIOGRAFÍA.

RODRÍGUEZ R., Libardo. DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL Y COLOMBIANO. 14ª Edición. Bogotá: Temis. 2005. 568 p. ISBN 958-35-0509-7

LLERAS CAMARGO, Alberto. LA CARRERA ADMINISTRATIVA. En: Carta Administrativa. N°. 319. septiembre de 2007; pp. 19-22. ISSN: 0120-193X

VÁSQUEZ GÓMEZ, Jean Paul.[jeanpvasquez@hotmail.com] SUPRESIÓN DE CARGOS PÚBLICOS E INCORPORACIÓN DE EMPLEADOS EN LA NUEVA PLANTA DE PERSONAL. EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA DIFERENCIA POSITIVA. [En línea]. En: Justicia Juris. Vol. 6, N°11 Abril - Septiembre de 2009; pp.89-104. Disponible en: [http://www.uac.edu.co/images/stories/publicaciones/revistas_cientificas/juris/volumen-6-no-11/art-8.pdf]. Consultado: 04, junio, 2013. ISSN: 1692-8571

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia C-479/92. Trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992). M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. Exp. D-020, D-025, D-031, D-040.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia C-299/94. Treinta (30) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994). M.P. Antonio Barrera Carbonell. Exp. D-455.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia C-037/96. Cinco (5) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. P.E.-008.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Novena. Sentencia T-800/98. Catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y ocho (1998). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Exp. T-179.755.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia SU 250/98. Veintiséis (26) de mayo de mil novecientos noventa y ocho (1998). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Exp. T-134192.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Novena. Sentencia T-752/03. Veintiocho (28) de agosto de dos mil tres (2003). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Exp. T-727626.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Sexta. Sentencia T-1159/05. Diecisiete (17) de noviembre de dos mil cinco (2005). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Exp. T-1159818.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Quinta de Revisión. Sentencia T- 729/07. Trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Exp. T-1645471.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-010/08. Diecisiete (17) de enero de dos mil ocho (2008). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Exp. T-168304.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia C-431/10. Dos (2) de junio de dos mil diez (2010). M.P. Mauricio González Cuervo. Exp. D-7916.

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia SU-917/10. Dieciséis (16) de noviembre de dos mil diez (2010). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Exp. T-2116104 (acumulados).

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia SU-446 /11. Veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. T- 2643464 (acumulados).

Corte Constitucional (Colombia). Sala Plena. Sentencia SU 446/11. Veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011). M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Exp. T-2.643.464 (acumulados).

Corte Constitucional (Colombia). Sala Primera de Revisión. Sentencia T-017/12. Veinte (20) de enero de dos mil doce (2012). M.P. María Victoria Calle Correa. Exp. T-3140852.

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda. Sentencia de Julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y tres (1993). C. P. Clara Forero de Castro. Rad. 5083.

Consejo de Estado (Colombia). Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia de junio veinte (20) de dos mil dos (2002). C.P. Ana Margarita Olaya Forero. Rad. 25000-23-25-000-1999-3487-01(4084-01)

Consejo de Estado (Colombia). Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia de agosto veintidós (22) de dos mil dos (2002). C.P. Alberto Arango Mantilla. Rad. 17001-23-31-000-1997-0048-01(1903-01)

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda. Sentencia de marzo trece (13) de dos mil tres (2003). C. P. Tarsicio Cáceres Toro. Rad. 76001-23-31-000-1998-1834-01.

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda Subsección “A”. Sentencia de junio treinta (30) de dos mil cinco (2005). C. P. Ana Margarita Olaya Forero. Rad. 760012331000200101469-01(3211-04)

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda Subsección “B”. Sentencia de abril veinticuatro (24) de dos mil ocho (2008). C. P. Jesús María Lemos Bustamante. Rad. 25000-23-25-000-2002-08677-01(6678-05)

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda. Sentencia de septiembre veintitrés (23) de dos mil diez (2010). C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08)

Consejo de Estado (Colombia).Sección Segunda Subsección “B”. Sentencia de febrero diecisiete (17) de dos mil once (2011). C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Rad. 05001-23-31-000-2004-03585-01(1543-10)2-00006-01(AC)

Congreso de la República (Colombia). LEY 909 DE 2004. Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones. Colombia: Congreso de la República, 2004, 80 p.

Congreso de la República (Colombia). LEY 27 DE 1992. Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de

personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones. Colombia: Congreso de la República, 1992, 10 p.

Congreso de la República (Colombia). LEY 443 DE 1998. Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones. Colombia: Congreso de la República, 1998, 45 p.

Congreso de la República (Colombia). LEY 790 DE 2002. Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República. Colombia: Congreso de la República, 2002, 15 p.

SAMPER PIZANO, Ernesto. DECRETO REGLAMENTARIO 2329 DE 1995. Por el cual se reglamenta el capítulo I del Decreto Ley No. 1222 de junio 28 de 1993, los artículos 7 y 10 de la Ley 190 de 1995 y se dictan otras disposiciones. Colombia: Presidencia de la República, 1995, 15 p.

SAMPER PIZANO, Ernesto. DECRETO REGLAMENTARIO 1572 DE 1998. Por el cual se reglamenta la Ley 443 de 1998 y el Decreto - Ley 1567 de 1998. Colombia: Presidencia de la República, 1998, 15 p.

PASTRANA ARANGO, Andrés. DECRETO REGLAMENTARIO 2504 DE 1998. Por el cual se modifican los artículos 2, 4 y 12 (transitorio), 130, 131, 135, 149, 151, 154, 155 y 156 del Decreto 1572 de 1998. Colombia: Presidencia de la República, 1998, 10 p.

URIBE VÉLEZ, Álvaro. DECRETO REGLAMENTARIO 1227 DE 2005. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998. Colombia: Presidencia de la República, 2005, 50 p.

Comisión Nacional del Servicio Civil. Concepto 02-4495 de marzo treinta y uno (31) de dos mil nueve (2009).