

Implicaciones jurídicas de las provisionalidades

DEISY JOANNA FORERO FORERO

* Abogada Universidad Santo Tomás, Bucaramanga. Especialista en Derecho Administrativo, USTA Bucaramanga. Diplomado Pedagogía para la Educación Superior, USTA Bucaramanga. Asesora Jurídica municipio de Barbosa (Santander). Docente Catedrática Universidad Cooperativa de Colombia UCC (Bucaramanga). Abogada Litigante en Derecho Administrativo, Laboral.

Resumen

La vinculación de las personas a través del mecanismo de las provisionalidades, consiste, en proveer de manera transitoria un cargo de la carrera administrativa que se encuentra vacante por no haberse desarrollado el respectivo concurso. Esta forma de vinculación se hace atendiendo a la discrecionalidad del nominador; por lo anterior, se puede decir que las provisionalidades se asemejan en sus efectos jurídicos a las personas vinculadas en cargos de libre nombramiento y remoción.

En la medida en que las provisionalidades se vinculan sin superar las etapas propias del concurso, no se puede pretender que adquieran los derechos propios del empleado de carrera que sí se vinculó superando cada etapa del concurso, por ello se encuentran en una situación precaria que no les permite gozar de la estabilidad propia del empleo, ello permite que el nominador desvincule al empleado provisional cuando por razones de interés general lo considere necesario, sin que para ello requiera motivar el acto administrativo de insubsistencia, lo que se debe hacer es la respectiva anotación en la hoja de vida, así sea de manera posterior a la ocurrencia del hecho.

Para evitar que la discrecionalidad del nominador se convierta en arbitrariedad se debe tener en cuenta que las razones en virtud de las cuales se generó la insubsistencia atiendan, bien sea a mejorar el servicio, a proteger las finanzas de la respectiva entidad o con ocasión de una reestructuración de la misma.

Abstract

Transitory employee's work contract consists of providing temporarily an administrative career post, which is vacant until a permanent employee can be officially appointed, according to the established regulations for that. This way of contract can be done depending on the nominator's discretion, and its juridical effects on the contracted individual come to be similar to those established in free removal and appointment contracts. Depending on the full satisfaction of every requirement demanded in the official post competition, the transitory employee might have or not the benefits proper of such position if it were in charge of a full-time administrative career employee, whose appointment were the result of a public post competition. This is why, motivated by either general interest or need, the nominator may dismiss a transitory employee freely and legally. He would have only to justify his decision in writing on the temporary employee's c.v. records, which might be done after his dismissal.

In order to avoid that the nominator's discretion becomes an arbitrariness, it is necessary to bear in mind the reasons generating a dismissal, which ought to be for improving facilities, protecting entity's finances or its re-structure.

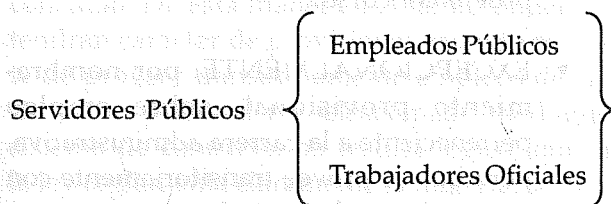
Palabras clave: provisionalidad, libre nombramiento, remoción, empleado de carrera, nominador, carrera administrativa.

Key words: free removal and appointment, administrative career employee, nominator, transitory career post.

Implicaciones y contextualización de las provisionalidades

El desarrollo laboral del país se ha visto deteriorado por la falta de oportunidades para los profesionales y por el detrimento de las condiciones laborales de los trabajadores.

Al hacer un análisis de las entidades estatales, desde el punto de vista laboral, tendríamos que referirnos a la clasificación de los servidores públicos y las modalidades de vinculación de cada uno



Entendidas así las cosas, se debe, entonces, estudiar la carrera administrativa, pues, en ella aparentemente se encuentran establecidos los mecanismos a través de los cuales los particulares pueden ingresar a la función pública, en condiciones de igualdad y equidad, pero, desafortunadamente, ello no es así, pues, la carrera administrativa no es ajena a la politiquería que rodea al país.

La Ley 489 de 1998, define la Carrera Administrativa como un "sistema técnico de Administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascenso".

Como una de las características sobresalientes de este sistema se entiende que tanto el acceso a ella, como los ascensos, se hacen exclusivamente con base en el mérito, es ésta la piedra angular y base primordial sobre la cual la ley edificó el sistema de carrera administrativa.

No obstante lo anterior, en muchas entidades estatales que ya tienen definida su planta de personal, se encuentran numerosos cargos ocupados por personas que no han presentado ningún tipo de concurso para acceder a ellos, pues, encontramos el claro ejemplo de los nombramientos en provisionalidad, con los cuales muchos políticos aprovechan para pagar los favores recibidos antes de los comicios electorales.

Este tipo de vinculación desde el punto de vista jurídico y atendiendo a los postulados legales que rigen la materia, debe entenderse y equipararse en sus efectos jurídicos como si fuera un libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, debido al origen de los nombramientos en provisionalidad, que en su mayoría se hacen cumpliendo favores políticos, se ha pretendido a través de numerosas demandas, que quienes se han vinculado a través de este mecanismo, adquieran los derechos de quien se vincula a un cargo de carrera, superando las etapas propias del concurso; quiere decir lo anterior, que las personas que por algunas razones distintas a haber presentado pruebas y entrevistas, se encuentran ejerciendo labores en un cargo de carrera, se han creído acreedoras del derecho a la estabilidad laboral, y por ello, cuando se da por terminada una provisionalidad, acuden a la vía judicial con sendas demandas que lo único que pretenden

es desconocer la naturaleza jurídica de las provisionalidades y obtener del estado jugosas indemnizaciones.

Siguiendo lo anterior, la jurisprudencia de las Altas Corporaciones no ha sido clara ni uniforme, pues, ha mantenido diversos criterios que serán analizados más adelante.

En aras de hacer claridad respecto del tema que se está tratando, y reconocer las modalidades de ingreso a la Función Pública para tener precisión respecto de las provisionalidades, se debe recordar que siguiendo lo establecido en el artículo 123 de la Constitución Nacional se habla de:

Cuadro de los servidores públicos

En categoría de Funcionarios:

- Por elección: Congresistas, Diputados y Concejales
- Por nombramiento Ordinario o Libre. Son excluidos de la carrera y por tanto son de manejo político y flexible, de conveniencia discrecional como los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Gerentes, Directores de Entidades descentralizadas.

CATEGORÍA DE EMPLEADOS: Se trata del desempeño de cargos de carrera administrativa y su provisión se hace de la siguiente forma:

1. Nombramiento en periodo de Prueba: Son empleos que pertenecen a la carrera y por tanto, como regla general, debe mediar la selección por concurso y nombramiento en periodo de prueba.
2. Nombramiento en Provisionalidad: Se presenta cuando el empleo, perteneciente a la carrera, no ha sido provisto conforme a la regla general, por nombramiento en periodo de prueba como resultado de concurso sino, por vía excepcional, por nombramiento en provisionalidad.

3. Empleos que se deben proveer:

- Por vacancia definitiva: Este evento se configura por renuncia regularmente aceptada, declaratoria de insubsistencia regularmente aceptada, destitución, revocatoria del nombramiento, invalidez absoluta, pensión, traslados o ascenso.
- Por vacancia temporal: Cuando quien desempeña el empleo se encuentra en vacaciones, licencia, comisión, salvo la de servicio, servicio militar, por encargo, si se le desliga de funciones por suspensión en el ejercicio del empleo.

4. Clases de nombramientos:

- Ordinario: Para los empleos que sean de libre nombramiento y remoción.
- En periodo de prueba: Para empleos que pertenecen a la carrera administrativa, previo concurso.
- EXCEPCIONALMENTE, por nombramiento provisional, sobre empleo perteneciente a la carrera administrativa, pero que se provee transitoriamente con personal no seleccionado por concurso.
- Por ascenso: Para empleados ya inscritos en la carrera administrativa, a fin de proveer empleos que sean de carrera, de mayor nivel, categoría o remuneración.

Por lo anterior, la vinculación en carrera administrativa se considera como una modalidad especial, pues, tiene una regulación particular y se traduce en el estatuto que reglamenta los derechos y deberes de los funcionarios y de aquellas personas que aspiran ingresar al servicio oficial.

Queda claro, entonces, que las personas que ingresan bajo la modalidad de provisionalidad, no pueden tener los mismo derechos de quienes verdaderamente se encuentran en

carrera, pues, ello sería desnaturalizar la figura de las provisionalidades y entonces no tendría sentido presentar pruebas y ser calificado para ingresar en el sistema de carrera, si existen personas que, por cuestiones políticas, llegan en provisionalidad con los mismos derechos y teniendo la misma estabilidad.

Entendida la provisionalidad como la designación de un particular para desempeñar, sin mediar concurso, un empleo de carrera para el que cumple los requisitos, solo se autoriza el nombramiento de un provisional cuando no sea posible el encargo, o sea, cuando no sea posible asignar esas funciones a un empleado inscrito en carrera; la provisionalidad y el encargo ocurren por vacancia transitoria o definitiva del empleo a proveer. Si la vacancia es transitoria, la provisionalidad se puede extender por todo el tiempo de dicha situación de vacancia; si la vacancia es definitiva, la ley dispone que para designar a un encargado o a un provisional se debe convocar previamente a concurso. De esta manera, los nombramientos tendrán carácter de provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante sistema de concurso, no resulta lógico, que si la ley reglamenta claramente la materia, se pretenda dar un sentido diferente y se otorguen derechos arbitrariamente, a quienes no los ostentan; entonces qué sentido tiene la existencia de la ley 489 de 1998?

Analizando la jurisprudencia que existe en torno al tema de las provisionalidades, se observa claramente que no ha existido una posición uniforme; todo lo contrario, ha variado notablemente. Durante los años de 1998 y 1999, la Corte Constitucional profirió sentencias en relación con el retiro de las provisionalidades, entre las que se destacan las sentencias SU-250 de 1998 y T-800 de 1998, en las cuales se hicieron las siguientes conclusiones:

- "Los provisionales no son empleados de libre remoción.

- La administración solo puede desvincularlos por motivos legales como consecuencia de proceso disciplinario, o para darle cumplimiento a una lista de elegibles, o por razones objetivas relacionadas con el funcionamiento de la administración, como la reducción de presupuesto de gastos personales.
- La administración está habilitada para separar a sus funcionarios provisionales, bajo la condición de que el acto sea debidamente motivado.
- El desempeño de una determinada actividad en una determinada entidad, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino prerrogativas, su afectación puede comprometer en casos concretos derechos fundamentales tutelables.
- Vencido el término legal de la provisionalidad, si no se ha convocado a concurso, el empleado que se desempeña en ese carácter, por esas razones no puede ser desvinculado del servicio. Es lo que ocurre en las circunstancias actuales con la imposibilidad de convocar a concurso.
- La Administración Pública puede crear, modificar, reorganizar y suprimir cargos, cuando las necesidades públicas o las restricciones económicas lo impongan".

*Si la Corte lo que busca es dar garantías,
la primera garantía que se debe otorgar
es la adecuada interpretación de la ley*

Teniendo en cuenta los conceptos planteados por la Honorable Corte Constitucional, parece que, en aras de una interpretación constitucional de la ley, la Corporación se atreviera a legislar, porque primero le otorga a las provisionalidades una precaria estabilidad cuando dice que solamente se pueden desvincular por motivos legales, y que el acto de desvinculación debe ser motivado, y además, manifiesta que si, vencido el término de la

provisionalidad no se ha convocado a concurso, el provisional no puede ser desvinculado del servicio. ¿No es eso darle a las provisionalidades una estabilidad condicionada, cuando la misma ley dice que son empleados que se vinculan transitoriamente y no adquieren los derechos de quienes se vinculan en carrera? Estas interpretaciones que la Honorable Corte hace, atentan contra la razón de ser de los nombramientos en provisionalidad y abren las puertas para que quienes se encuentran vinculados bajo esta modalidad adquieren ciertos derechos, no por ley, sino por jurisprudencia y todavía la Corte afirma que eventualmente procede la acción de tutela para proteger derechos que resulten vulnerados cuando sea desvinculada la provisionalidad.

Si la Corte lo que busca es dar garantías, la primera garantía que se debe otorgar es la adecuada interpretación de la ley, y en ese sentido, la ley 489 de 1998 es muy clara en cuanto a las provisionalidades se refiere, pues es lógico que si una persona se vincula en un cargo de carrera, sin agotar los procedimientos establecidos para ello, no pueden adquirir los mismos derechos; sin embargo, siguiendo los postulados de la Corte se adquieren los derechos de carrera con el solo hecho de vincularse a ella, así sea mediante una provisionalidad; entonces, sería bueno cuestionarse si en Colombia quien legisla es el Congreso o la Corte Constitucional y así se reviviría el eterno problema del *choque de trenes*. Siguiendo la Carta Constitucional, en su artículo 150 "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.
2. Expedir códigos en todos los ramos de la legislación y reformar sus disposiciones".

En igual sentido, el artículo 241 superior, establece: "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la constitución", sin embargo, esto no quiere decir que la Corte pueda modificar el sentido de una ley,

sino que, debe velar porque ella se adecúe al ordenamiento constitucional, pero no otorgar efectos distintos de la misma.

Analizando los graves problemas que se dieron con la interpretación que la Corte Constitucional hizo respecto de las provisionalidades, y debido al cúmulo de demandas que se originaron por las provisionalidades que se dieron por terminadas, se hizo necesario estudiar, a profundidad, la naturaleza jurídica de esta figura de vinculación y por ello, el 11 de septiembre de 2003, en jurisprudencia proferida por el Honorable Consejo de Estado, con Magistrado Ponente Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, se precisaron algunos conceptos en torno al tema así: "... los derechos de carrera se adquieren cuando se obtenga calificación satisfactoria del periodo de prueba en la forma como lo consigna el artículo 23 de la ley 443 de 1998 inciso 2. Conforme a lo anterior, no es dable predicar que el empleado nombrado provisionalmente para desempeñar transitoriamente un cargo de carrera administrativa y mientras se realiza el concurso, pueda ostentar la misma condición del que se vincula a la administración previa superación rigurosa de un conjunto de etapas que ponen a prueba su idoneidad personal e intelectual para desempeñar la función. Ahora bien, la situación del nombrado provisionalmente se asemeja a la de los designados para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción, porque en ambos casos, el nombramiento se efectúa en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger en beneficio del servicio a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función y el retiro, a su vez debe estar precedido de razones objetivas plenamente justificadas en el interés general. La sala estima que si bien es cierto el nombramiento provisional se ha instituido para los cargos clasificados

Mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria

como de carrera administrativa que no hayan sido provistos por concurso y que dicho nombramiento no es predicable como forma de provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, sí es pertinente predicar respecto de tal modalidad de vinculación las reglas de la facultad discrecional, dada la similitud en el ingreso y el retiro que se presenta tanto para los nombramientos provisionales como para los de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto de insubsistencia que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro".

Analizando por partes la citada jurisprudencia, notamos cómo ella trata puntos exactos de los cuales se puede inferir el manejo que debe dársele a los nombramientos en provisionalidad:

1. "Los derechos de la carrera administrativa solo se adquieren en la medida en que se haya superado el concurso de méritos para ello establecido. Quiere decir lo anterior que solamente cuando el empleado haya presentado las diferentes pruebas y haya obtenido una calificación satisfactoria, además que una vez vinculado en periodo de prueba obtenga un buen resultado del mismo y se vincule a la carrera administrativa, la persona que no supere estas etapas no puede adquirir los derechos de carrera ni muchos menos el de estabilidad.
2. La anotación en la hoja de vida de las causas del retiro, siguiendo la exigencia prevista en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1998. El artículo 26 del Decreto 2400 de 1998 establece que el nombramiento efectuado a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a la carrera podrá ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las circunstancias que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.

Entonces contrario a lo manifestado por la Honorable Corte Constitucional, no se necesita motivar el acto que termina una provisionalidad, lo que se requiere es anotar las causas que la generaron en la hoja de vida, y esta exigencia se puede cumplir en forma posterior al acto de insubsistencia, pues es un requisito de índole formal que no afecta la validez. Es decir que el omitir la anotación en la hoja de vida, lo único que puede generar es una falta disciplinaria para el funcionario que lo haga.

3. La facultad discrecional y el nombramiento en provisionalidad. Teniendo en cuenta el artículo 125 de la Constitución Política, la carrera administrativa es un sistema de administración de personal que tiene por finalidad escoger, el aporte humano más capacitado y calificado para desempeñar la función pública. Así las cosas como lo expresa la jurisprudencia "El proceso selectivo se convierte en la herramienta de escogencia, y el mérito, es el pilar fundamental en la superación de las etapas que lo conforman.. De manera que solamente el sometimiento a las etapas del concurso y la superación satisfactoria de todas ellas, es la condición sine qua non para ser nombrado y para predicar los derechos que otorga la carrera administrativa, entre ellos con mayor relevancia el de la estabilidad", es decir que solamente gozan de esa estabilidad las personas que superan las fases de un concurso, teniendo en cuenta lo anterior, los vinculados a través de nombramiento en provisionalidad, pueden ser removidos en cualquier momento, pues no ostentan el derecho de estabilidad propio de la carrera en la medida en que su acceso al sistema no fue por mérito, sino por voluntad de quien tiene la facultad de nominar."

La posibilidad de homologar a los provisionales con empleados de libre nombramiento y remoción se da porque en los dos casos el nombramiento se hace en ejercicio de una facultad discrecional del nominador para escoger a

quien desempeñe determinado cargo, y en ejercicio de esa misma discrecionalidad puede retirarlo precedido de razones objetivas justificadas en el interés general, para evitar así, que de la discrecionalidad se incurra en la arbitrariedad y lograr que de esta manera el nominador proceda legalmente a desvincular el empleado.

Ahora, en relación con los cargos de carrera, si bien es cierto que éstos obedecen a un criterio técnico distinto a la naturaleza directiva y en ocasiones política de los cargos de libre nombramiento y remoción, es lógico que la facultad discrecional se origine al hacer los nombramientos provisionales por la transitoriedad que ellos ostentan, mientras se realiza el proceso de selección.

En cuanto a la estabilidad de los empleos provisionales sostiene la jurisprudencia 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, y solamente su buen desempeño y su eficiencia serán los que le permitan continuar en el cargo o ser retirado de él, a menos que haya reformas que fuercen su retiro. No es lógico admitir el fuero de estabilidad, propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, so pretexto de la naturaleza del empleo, pues ello distorsiona el sentido que tiene el concurso de méritos. De otra parte, desconoce que la *permanencia* en los cargos de carrera se condiciona a la realización del concurso de méritos, y opera exclusivamente cuando se ingrese al

sistema mediante la superación de las etapas que comprende el proceso selectivo siempre que no se obtenga calificación insatisfactoria en la prestación de los servicios.

De conformidad con lo anterior, las personas que se encuentran ocupando cargos de carrera administrativa, bajo la modalidad de nombramiento en provisionalidad, no gozan de la estabilidad pretendida, y por tanto se pueden asemejar a cargos de libre nombramiento y remoción y pueden ser desvinculados en cualquier momento, sin que el acto administrativo tenga que ser motivado, pero sí que exista la anotación en la hoja de vida del desvinculado.

Se debe tener en cuenta también, que en aras de evitar que la discrecionalidad del nominador se convierta en arbitrariedad, las causas por las cuales termine una provisionalidad no pueden ser por su capricho, sino que debe ser en razón de proteger los intereses de la administración, por una reestructuración, o por una necesaria supresión de cargos para proteger los dineros públicos.

En conclusión, los cargos ocupados a través de la figura de las provisionalidades no pueden ostentar los derechos de la carrera administrativa, pues, no han superado las etapas rigurosas para ello; sólo se adquiere el derecho cuando se ha superado el concurso; de lo contrario, se encontrará en la situación precaria como si fuera de libre nombramiento y remoción, lo anterior con el fin de proteger la integridad de la ley colombiana.