

La provisionalidad y la facultad discrecional de la administración en el ordenamiento jurídico colombiano¹

Temporariness and the Discretionary Power of the Administration in the Colombian Legal System

Les désignations provisoires et la faculté discrétionnaire de l'Administration dans l'ordre juridique colombien

Emiro Carlos Valdés López²

Resumen:

Este artículo presenta los resultados de la investigación titulada: “La figura legal de la provisionalidad como medio de defraudación de los fines del Estado y la Función Pública”. Se trata de una investigación que se efectuó teniendo como marco de referencia los fallos que ha proferido el Consejo de Estado en los últimos años, en los cuales se ha esbozado y fortalecido una jurisprudencia que legitima el uso abusivo de los nombramientos en provisionalidad por parte la Administración Pública en el país. Se estudia también la resistencia que al interior de la Corte Constitucional ha generado esta práctica. Al final, se describe el grave problema social que involucra al Estado como empleador que trata arbitrariamente a sus servidores.

Palabras clave: nombramientos de carrera, corrupción política, administración pública, derecho público.

1 Este artículo es resultado de la investigación titulada: La figura legal de la provisionalidad como medio de defraudación de los fines del Estado y la Función Pública, adelantada por el autor como integrante del Centro de Casos de Impacto en derechos humanos.

2 Investigador de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín. Egresado de la misma Escuela. Correo Electrónico: allo_zmax@hotmail.com

Este artículo fue recibido el día 20 de marzo de 2009 y aprobado por el Consejo Editorial en el Acta de Reunión Ordinaria No. 9 del 24 de junio de 2009.

Abstract

This article presents the results of a research entitled “The Legal Figure of Temporariness as a Means to Defraud the State Goals and the Public Function”. This research was made using the judgments given by the “*Consejo de Estado*” (*State Council Court*) in the last years as a reference frame, in which a jurisprudence legitimizing the abusive use that the Public Administration has made of the temporary appointments is outlined and reaffirmed. The resistance that this practice has generated within the Constitutional Court is also studied. At the end, a description of the serious social problem involving the State as an employer that treats its servers arbitrarily is given.

Key words: career appointments, political corruption, public administration, public law.

Résumé:

Dans cet article, l'on présente les conclusions d'une recherche intitulée « La figure légale des désignations provisoires comme moyen qui détournent les fins de l'État et de la fonction publique ». Les arrêtés prononcés, ces dernières années, par le Conseil d'État qui rendent compte d'une jurisprudence légitimant la désignation abusive des désignations provisoires constituent le cadre de référence de cette étude. Nous y analysons de même la résistance éprouvée par la Cour Constitutionnelle envers ce type de démarches de l'Administration Publique. Nous décrivons enfin la manière arbitraire dont l'État traite ses employés, ce qui devient un grave problème social.

Mots clés: engagements de carrière, corruption politique, administration publique, droit public.

Sumario

Introducción. 1. Plan Temático. 2. Marco Normativo del Ensayo. 3. Conceptos Básicos. 4. Normatividad Aplicable a las Insubsistencias de Empleados Provisionales. 5. Tratamiento de los nombramientos en provisionalidad y las insubsistencias en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa: Consejo de Estado. 6. Jurisdicción Constitucional: Corte Constitucional. 7. De cara a un Estado Social de Derecho: ¿Cuál es la interpretación más acertada? 8. Teoría del Acto Administrativo. 9. La Tutela. 10. Una cuestión política. 11. Nueva normatividad: Ley 909 de 2004 y Acto Legislativo 01 de 2008. Bibliografía.

Introducción

Como es natural y apenas lógico, en los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados, existen temas sobre los cuales hay consensos dogmáticos, jurisprudenciales y legales, por cuanto han sido ampliamente debatidos y hay claridad habida cuenta de los desarrollos legales o de sus precedentes judiciales; o también, simplemente se trata de temas que desde la doctrina se muestran como pacíficos, y frente a los cuales hay un acuerdo tácito desde la perspectiva de los actores del ordenamiento jurídico, ya que sobre los mismos no se pueden elaborar muchas hipótesis o las que se elaboran no conllevan un alto grado de complejidad para determinar lo justo para cada caso.

Por el contrario, existen otros temas sobre los cuales no hay ese acuerdo tácito, porque no han tenido el suficiente desarrollo legal o jurisprudencial o porque se trata de un tema frente al que se pueden presentar múltiples y variadas hipótesis en las que se discuten cuestiones de relevancia. Es, por ejemplo, el caso de los valores o principios constitucionales que determinan la forma de concebir lo que es justo, de tal modo que se trata de temas inacabados (y tal vez inacabables) y sobre los que se exige meditación y análisis profundos por parte de quienes hacen el derecho tanto en la teoría como en la práctica.

El ordenamiento jurídico colombiano no es ajeno a este tipo de situaciones, de ahí que se hable de asuntos pacíficamente asimilados desde hace algún tiempo, y también de temas en los que la doctrina y la jurisprudencia se muestran dividi-

das, situación que en algunos eventos ha dado lugar a lo que se ha denominado choque de trenes, que no es más que la divergencia jurisprudencial entre las altas cortes del país.

Sin embargo, existen una serie de asuntos que se mueven dentro de las variables de aquellos temas pacíficos y acabados y los temas complejos o problemáticos, son situaciones que aparentemente están resueltas y sobre las que recae ese acuerdo tácito, pero se dice aparentemente porque basta hacer un análisis medianamente para percatarse de las distintas aristas que se dejan observar en estos temas.

Uno de los temas que en principio se muestra como pacífico en el ordenamiento jurídico colombiano y en la doctrina nacional, tiene que ver con los constantes nombramientos de funcionarios públicos en provisionalidad por parte de la Administración Pública. La jurisdicción contencioso administrativa, en cabeza del Consejo de Estado, ha unificado su criterio respecto de la precariedad o inestabilidad legal que suponen estos nombramientos y de la forma como se terminan; y con ello ha dado pie a dudar acerca de la independencia y mutuo control que se supone existen entre los poderes públicos, ya que con pronunciamientos como los del Consejo de Estado, **el poder judicial ha sido funcional a prácticas del poder ejecutivo, quien las ha implementado de manera generalizada y en contravía a cualquier idea de sana administración**, reforzando así la imagen del **juez como actor político más no jurídico**, y que decide a favor de intereses totalmente opuestos a los de la legalidad.

1. Plan Temático

Resulta pertinente establecer algunos lineamientos generales antes de entrar a analizar el tema que constituye el objeto de estudio de este artículo.

En primer lugar, es del caso establecer un **marco normativo y temporal** dentro del cual se resuelven actualmente los conflictos que en estos asuntos –los nombramientos en provisionalidad– se presentan ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En segundo lugar, corresponde esclarecer conceptos tales como **provisionalidad, insubsistencia y carrera administrativa**; aquí se analiza lo dispuesto en

la Constitución y la ley, para luego mirar la posición del Consejo de Estado, y lo dicho por la Corte Constitucional.

En este punto este estudio abandonará el plano descriptivo, para abordar el tema desde una perspectiva crítica, por lo que se propondrá analizar cómo la Administración Pública ha utilizado los nombramientos en provisionalidad; los cuestionamientos que ello supone a la teoría del acto administrativo; los costos en materia de derechos de los trabajadores; el aval judicial a prácticas que rayan en el límite de la corrupción, que se dan de manera sistemática y reiterada, y que en definitiva ofrecen alguna muestra de cómo es que se manejan muchos asuntos desde el poder y cómo es que los intereses políticos permean cualquier estructura jurídica.

2. Marco Normativo del Ensayo

En Colombia, actualmente el tema de los nombramientos en provisionalidad y las insubsistencias de los nombrados en estas condiciones es regulado por la Ley 909 de 2004, que derogó lo dispuesto por la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, legislación que establecía el sistema de carrera administrativa en Colombia.

No obstante encontrarse la Ley 443 de 1998 derogada, es importante tener claro lo que en ella se estableció en materia de provisionalidad, pues esta ley, con sus decretos reglamentarios, constituye la normatividad aplicable a los casos que en materia de insubsistencias por provisionalidad se están fallando en los juzgados, tribunales administrativos y en el Consejo de Estado (acciones de nulidad y restablecimiento del derecho); de tal modo que este escrito tomará la Ley 443 de 1998 como normatividad referente, teniendo en cuenta que la Ley 909 de 2004 introdujo algunas modificaciones que aquí serán analizadas.

3. Conceptos Básicos

Con el objeto de sentar algunas bases iniciales para poder entender de mejor forma esta investigación y profundizar en su lectura crítica, conviene definir algunos conceptos:

Por **carrera administrativa** se entenderá el sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público³.

Por su parte, el **nombramiento provisional**, según el Consejo de Estado, es el que se le hace a una persona no seleccionada por el sistema de méritos para proveer de manera transitoria un empleo de carrera⁴, es decir, la provisionalidad, como herramienta de la administración de personal, parte siempre del supuesto de una vacancia temporal o definitiva en un empleo de carrera.

La **vacancia temporal**, como su nombre lo indica, se da cuando un cargo de carrera se encuentra desprovisto de funcionario por causas temporales, como por ejemplo cuando un funcionario solicita una licencia, el cargo en este caso estará vacante hasta cuando el titular se reincorpore; mientras que la **vacancia definitiva**, se da, por ejemplo, cuando quien ocupaba el cargo es desvinculado totalmente o cuando se le impone la sanción disciplinaria de la destitución del cargo.

Diferente al empleado en provisionalidad se encuentra el **empleado de carrera**, el cual a través de un concurso de méritos se ha hecho merecedor de una estabilidad reforzada o fuero de inamovilidad. Y sólo podrá ser desvinculado del cargo por las causales traídas en la ley.

Finalmente, la **insubsistencia** es el acto mediante el cual se retira del servicio a un funcionario público, con sujeción a la normatividad que para cada tipo de empleado se estableció en la Constitución y la ley.

3 Definición Legal: Artículo 1° de la Ley 443 de 1998 y 27 de la Ley 909 de 2004.

4 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 17 de mayo 2007, Expediente 7068-05, Consejero ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez.

4. Normatividad Aplicable a las Insubsistencias de Empleados Provisionales⁵

Determinados algunos conceptos previos, corresponde en este punto iniciar con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, como norma superior dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y el cual establece que:

Los empleos en los órganos y las 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. (...) En ningún caso la filiación política podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (Negrillas por fuera del texto original).

La Ley 443 de 1998, en su artículo 8° estableció los casos en los cuales procedían los nombramientos en provisionalidad:

En caso de vacancia definitiva, el encargo o el nombramiento provisional **sólo procederán cuando se haya convocado a concurso** para la provisión del empleo. (...) Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito. (...) Parágrafo. Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta Ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos. (Negrillas por fuera del texto original).

Mientras que el artículo 10° estableció el lapso de duración de los nombramientos en provisionalidad:

El término de duración del encargo y del nombramiento provisional, cuando se trate de vacancia definitiva no podrá exceder de cuatro (4) meses, cuando la vacancia sea resultado del ascenso con período de prueba, de un empleado de carrera, el encargo o el nombramiento provisional tendrán la duración de dicho período más el tiempo necesario para determinar la superación del mismo. De estas situaciones se informará a las respectivas Comisiones del Servicio Civil.

5 Teniendo en cuenta los argumentos esbozados anteriormente de por qué el ensayo se hará mayormente sobre la base de lo establecido en la Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios.

El inciso segundo del artículo 3° del Decreto 1572 de 1998 reafirmó la exigencia de la Ley 443 de 1998 para que procediera el nombramiento en provisionalidad, por ello en este se expresó:

(...) **Tanto el encargo como el nombramiento provisional sólo procederán después de que se haya convocado el respectivo proceso de selección**, salvo autorización previa de la correspondiente Comisión del Servicio Civil cuando medie justificación del jefe de la entidad en los casos en que por autoridad competente se ordene la creación, reestructuración orgánica, fusión, transformación o liquidación de la entidad. (Negrillas por fuera del texto original).

El artículo 6° del decreto prohibió los nombramientos sucesivos en provisionalidad, por lo que en él se dijo:

Vencido el término de duración del encargo, de la provisionalidad o el de su prórroga, si la hubiere, no podrá proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos, y procederá su provisión definitiva mediante la utilización de la respectiva lista de elegibles. (Negrillas por fuera del texto original).

El artículo 7° determinó escuetamente la forma de desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad:

El empleado con vinculación de carácter provisional deberá ser retirado del servicio mediante declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, a través de acto administrativo expedido por el nominador. No obstante lo anterior, en cualquier momento antes de cumplirse el término del encargo, de la provisionalidad o de su prórroga, el nominador, por resolución, podrá darlos por terminados.

De lo anterior se colige, sin lugar a equívocos, que los nombramientos en provisionalidad solo serían jurídicamente posibles **cuando se hubiese convocado previamente a concurso** para la provisión del cargo en propiedad, de ahí que las entidades tendrían la obligación legal de abrir la convocatoria antes de nombrar a un empleado en provisionalidad o en su defecto, solicitar autorización previa a la correspondiente Comisión del Servicio Civil en los casos de reestructuración de la entidad. Por ello, la ley les concedió a las entidades descentralizadas la facultad

para organizar estos concursos, bajo las directrices de las Comisiones del Servicio Civil y con asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública⁶.

No obstante, tal competencia fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C – 372 de 1999, en la que se consideró que, según la Constitución Política, solo podía existir una sola Comisión de Servicio Civil, que debería tener alcance nacional, y a la cual le correspondería realizar todos los concursos de méritos para la provisión de los cargos de carrera en propiedad, razón por la cual no podían estar conferidas las competencias de tal órgano a los entes descentralizados y se declararon inexecutable los artículos que otorgaban estas facultades.

También debe decirse, respecto de la normatividad expuesta que se advierte una incoherencia, pues si la intención del legislador era la de garantizar la efectiva y eficiente prestación del servicio, y que los nombramientos en provisionalidad se dieran mientras se culminaban los concursos de méritos, como excepción a la regla (prueba de ello era que quien era nombrado en provisionalidad no podía ser reemplazado por alguien en la misma condición), entonces ¿cómo se explica que en los decretos reglamentarios, el gobierno haya autorizado al nominador a desvincular a estos funcionarios **en cualquier momento** sin que se determinara una causa específica?

Así las cosas ¿Cómo pretendía el gobierno otorgarle la importancia al buen funcionamiento de las entidades, si a través de los decretos reglamentarios no hizo más que abrirle la puerta a los nominadores para que desvincularan a los provisionales sin causas determinadas o determinables? Al menos eso es lo que se lee de los decretos. Este y otros temas debieron generar polémica de cara a su interpretación.

5. Tratamiento de los nombramientos en provisionalidad y las insubsistencias en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa: Consejo de Estado

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime en los últimos tiempos en sostener que **los empleados nombrados en provisionalidad se asi-**

6 Artículo 14 de la Ley 443 de 1998.

milan a los empleados de libre nombramiento y remoción, en el sentido que estas modalidades de vinculación no generan ningún fuero de estabilidad, pues en el caso de los nombramientos en provisionalidad se ha dicho que se trata de nombramientos esencialmente temporales y precarios.

En Sentencia de 13 de marzo de 2003, Expediente 4972-01, con ponencia del Dr. Tarsicio Cáceres Toro, el más alto tribunal de lo contencioso administrativo, unificó su criterio respecto de la estabilidad de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, criterio que ha mantenido en sus siguientes pronunciamientos de la Sección Segunda y que ha sido seguido por los demás jueces de inferior jerarquía funcional. Es así como se encuentran las siguientes decisiones:

Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Expediente: 2427-05, Consejero ponente Alejandro Ordóñez Maldonado:

Resumen del Caso: Yovanny Perea Mosquera el 23 de agosto de 2002, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Caquetá contra la Fiscalía General de la Nación, solicitando la nulidad de la Resolución No. 0662 de 11 de abril de 2002, expedida por el Fiscal General de la Nación, por medio de la cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Profesional Universitario I de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Florencia.

Se señaló en la demanda que el actor fue vinculado en provisionalidad al servicio de la Fiscalía General de la Nación mediante Resolución No. 240 de 9 de septiembre de 1992 y en dicho cargo se desempeñó hasta el 24 de abril de 2002, siempre con eficiencia, probidad, lealtad, capacidad y experiencia, y adujo que su declaratoria de insubsistencia fue arbitraria, *so pretexto* de hacer uso de la facultad discrecional porque no fue adecuada a ningún fin legal o constitucional y con ella nunca se buscó la mejora del servicio pues es indiscutible que el actor era un funcionario con suficiente capacidad de desempeño en sus funciones y no puede el acto acusado apoyarse sencillamente en la existencia de la facultad de libre nombramiento y remoción para retirarlo del cargo.

El Tribunal Administrativo de Caquetá negó en primera instancia las pretensiones de la demanda porque estimó que el retiro del servicio del actor podía hacerse mediante la facultad discrecional teniendo en cuenta que éste fue designado en provisionalidad en un cargo de carrera y como no se realizó el respectivo proceso de selección, según el Tribunal de Caquetá,

no le asistió derecho a la estabilidad que se otorga a quienes están inscritos en carrera.

Y sobre la desviación de poder manifestó que el buen desempeño del actor no le confería fuero alguno de estabilidad, pues el cabal cumplimiento de sus funciones es una obligación a cargo de todo servidor estatal, así su ingreso no hubiese estado precedido de concurso de méritos, razón por la cual podía ser removido en forma discrecional.

Finalmente, el Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia, y consideró que el actor ostentaba la condición de empleado en provisionalidad. **“Esta modalidad de vinculación no le otorgaba fuero de estabilidad y conforme a ello, la entidad demandada estaba facultada para proferir el acto de retiro haciendo uso de la potestad discrecional** y atendiendo las pautas y límites que comporta el ejercicio de dicha facultad y que la Sala ha venido expresando en reiteradas oportunidades tal y como se consigna en el proceso con Radicación Nro. 4714-2001. C.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado”. (Negrillas por fuera del texto original).

Vale la pena resaltar que en el anterior caso, el actor citó en la demanda la Sentencia de mayo 18 del año 2000, proferida dentro del Proceso N° 2459-99, con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, en donde se discutía la insubsistencia, a través de un acto discrecional, de Doris Isabel Ceballos, empleada en provisionalidad del Instituto de Seguros Sociales. En dicha sentencia se dijo:

Es verdad que según las normas que regulan la administración de personal, que el nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora sin necesidad de motivar la providencia, atributo del derecho público, conocido como facultad discrecional. Sin embargo tal prerrogativa no puede concebirse de manera aislada e ilimitada y sin ningún control, su ejercicio tiene en el ordenamiento, trazados precisos límites, unos de orden Constitucional ya citados aunque no todos, y otros de rango legal, como la adecuación de su ejercicio a los fines de la norma que la autoriza y la proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa. En asuntos como el presente la hoja de vida de la actora es prueba suficiente para demostrar que el nominador con la expedición del acto acusado desbordó la proporcionalidad del ejercicio de la facultad discrecional que le confiere la ley, pues los méritos personales de la servidora derivados de su experiencia en los distintos cargos que desempeñó, su preparación académica, el cumplimiento de las responsabilidades a ella encomendadas, con ausencia de antecedentes

disciplinarios, garantizaban la prestación del adecuado servicio público a que la sociedad aspira. Estas circunstancias por sí solas demuestran que la expedición del acto de insubsistencia sin ninguna justificación, desconoce la previsión del artículo 36 del C.C.A., antes anotada. En situaciones como la presente se invierte la carga de la prueba, es decir correspondía al I.S.S. demostrar que con el ejercicio de la facultad de libre remoción, se proponía mejorar el servicio público a su cargo, e indicar en qué condiciones, de lo contrario se pone en evidencia el desvío de poder.

Pero llama la atención que a pesar de que el actor aportó hoja de vida de su calidad y eficiencia en el desempeño del cargo, y que se trataba del mismo Magistrado, que esbozó esta teoría de la inversión de la carga de la prueba y la importancia que tenía el buen desempeño para que se exigiera un acto motivado para declarar la insubsistencia; en este nuevo caso se dijo simplemente lo siguiente:

Acerca de los argumentos expuestos en la sentencia del 18 de mayo de 2000, expediente No. 2459-99. C. P.: ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO y aplicarlos en el *sub lite*, es necesario precisar que la declaratoria de nulidad del acto administrativo que retiró del servicio a la señora DORIS ISABEL CEBALLOS, obedeció a una razón diferente a la que se deja expuesta en esta providencia. Por la anterior razón, no es posible, como lo solicita el actor, equiparar una situación excepcional como la acontecida en el referido caso a la ocurrida en el presente asunto.

La inversión de la carga de la prueba que se aplicó en aquella ocasión⁷ se sustentó en que la eficiencia en la prestación del servicio durante largos años en el mismo empleo conllevaba para la administración, en este caso el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, acreditar que con el retiro de la funcionaria no se desmejoró el servicio, regla que en el asunto debatido no puede aplicarse.

¿Acaso no se trataba aquí también de un empleado que desempeñaba eficientemente sus funciones y llevaba trabajando con el Estado desde el año 1992? Es extraño como un mismo magistrado se abstiene de reconocer su propia regla jurisprudencial sabiendo que salta a primera vista que es abiertamente aplicable por similitud, y resulta más extraño aún cuando se sujeta del falaz argumento de que no se trata de un caso análogo, y lo hace sin aportar los argumentos suficientes

7 Sentencia de 18 de mayo de 2000, Exp. 2459-99. Actor: Doris Isabel Ceballos Mendoza. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

que demuestren que se está en presencia de circunstancias de hecho que impliquen diferencias reales sobre las cuales no se puede proferir una misma decisión.

Sentencia de 17 de mayo 2007, Expediente 7068-05, Consejero ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez:

Resumen del Caso: Jorge Hernán Palacino Córdoba demanda la nulidad de la Resolución No. 000273 de 26 de abril de 2001, por medio de la cual el Gobernador (E) del Departamento del Quindío declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Jefe de Departamento, Código 280, Grado 33, Secretaría de Desarrollo Rural y Ambiental, adscrita a la planta global del Sector Central de la Administración Departamental, quien fue nombrado en provisionalidad, por Decreto No. 1181 de 29 de diciembre de 1998, y declarado insubsistente mediante acto discrecional.

El Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones de la demanda por considerar que se trataba de un acto ajustado a la Ley.

En segunda instancia, el Consejo de Estado confirmó la sentencia de primera instancia y expresó lo siguiente: “como el demandante, según se anotó, se hallaba nombrado en provisionalidad, no tiene los derechos del personal escalafonado que ha ingresado al servicio mediante concurso de méritos, no pudiéndose someter su remoción a las causales legales establecidas para este personal, como tampoco a las formas, requisitos y recursos que para ellos consagra el ordenamiento jurídico. **Cabe reiterar que la provisión de los cargos de Carrera mediante el nombramiento en provisionalidad, tiene lugar mientras se hace la designación por el sistema legalmente previsto -concurso de méritos- sin que ello implique que la persona provisionalmente nombrada no pueda ser removida del servicio hasta tanto se produzca el nombramiento previsto legalmente, porque así no lo consagra la Ley.** La provisionalidad es una forma de proveer los cargos para no interrumpir la prestación del servicio público, modalidad que no ha sido consagrada legalmente como generadora de fuero de estabilidad para el funcionario que lo desempeñe. **Por lo tanto, la autoridad nominadora, mientras no exista concurso y lista de elegibles aplicable, puede ejercer la facultad discrecional en aras del buen servicio público. La administración puede, en aras de mejorar el servicio, aún cuando no haya vencido el término de provisionalidad o el término de la prórroga del nombramiento del empleado, removerlo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo definitivamente en propiedad, se puede hacer, nuevamente, en provisionalidad.** En este

orden de ideas, la remoción de esta clase de funcionarios sin los requisitos que la Ley establece para el personal de Carrera, no viola las disposiciones legales que regulan dicha materia, como lo argumenta el libelista”. (Negrillas por fuera del texto original).

En la anterior jurisprudencia se pueden evidenciar los dos temas centrales de este escrito. El primero que tiene que ver con la estabilidad de los empleados públicos nombrados en provisionalidad, y el segundo, que hace relación a la forma como deben ser desvinculados del servicio.

En relación con el primero de los temas, se concluye que ha sido uniforme la jurisprudencia del Consejo de Estado al sostener que a los funcionarios nombrados en provisionalidad no les asiste el fuero de estabilidad que es propio de los funcionarios inscritos en el sistema de carrera, lo cual en principio es cierto, ya que no pueden gozar, los nombrados en provisionalidad, de las mismas garantías que el empleado de carrera que ha demostrado sus aptitudes para ejercer el cargo a través del sistema legalmente diseñado para tal fin, cual es el concurso de méritos. Pero si bien es cierto que no se trata de funcionarios de carrera, también lo es el hecho de que no son funcionarios de libre nombramiento y remoción.

Ahora, el segundo tema, de no menor entidad que el primero, consiste en la facultad discrecional con que cuenta el nominador para remover del servicio a los funcionarios nombrados en provisionalidad, pues, como ya se vio, el Consejo de Estado ha considerado como ajustado a derecho las declaratorias de insubsistencia de funcionarios provisionales, a través de actos administrativos discrecionales, sobre los cuales no se exige motivación alguna, y ello porque se ha tenido por cierto que se hace por **“razones del servicio”**, es decir, que **el juez presume que la insubsistencia obedece al mejoramiento de la actividad administrativa.**

Llama la atención en el fallo citado la manera como maneja el Consejo de Estado la expresa prohibición legal de reemplazar a un funcionario en provisionalidad por otro en la misma condición, pues si bien esta forma de vinculación es una herramienta de la administración para garantizar la eficiente prestación del servicio, no es menos cierto que esta no es la modalidad adecuada de vincular a sus funcionarios; aspecto que parece desconocer el pronunciamiento citado cuando expresa que: **“La administración puede, en aras de mejorar el servicio, aún cuando no haya vencido el término de provisionalidad o el término de la prórroga del**

nombramiento del empleado, removerlo cuando la autoridad nominadora lo estime conveniente y, si aún no puede proveerse el cargo definitivamente en propiedad, se puede hacer, nuevamente, en provisionalidad”.

¿Qué pasa con la expresa prohibición legal?

6. Jurisdicción Constitucional. Corte Constitucional

En contraposición a lo que sostiene el Consejo de Estado, la Corte Constitucional, por medio de sentencias de tutela, estableció una interpretación diferente, que se encontraba en mayor consonancia con lo establecido en la Constitución Política en materia de estabilidad laboral y debido proceso, y la finalidad de la Ley 443, por lo que producto de esta interpretación, se les otorgó una mayor estabilidad a los empleados nombrados en provisionalidad. En este sentido se encuentra la Sentencia T - 800 de 1998, con Ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa:

Resumen del Caso: Gloria Amparo Gallego Román, por medio de la acción de tutela solicita la protección de sus derechos constitucionales al trabajo, a la vida, a la salud, a la educación y a la vivienda, presuntamente vulnerados por el director del Hospital San Roque, del municipio de Pradera, Valle, al ser desvinculada del cargo de carrera que ocupaba provisionalmente, y frente a la que se resolvió favorablemente en primera instancia, por lo que se ordenó su reintegro hasta que se efectuara el concurso de méritos, decisión que fue confirmada por el juez de segunda instancia y la Corte, finalmente, revisó las anteriores sentencias, y ordenó, adicionalmente a la accionante, demandar el acto de la desvinculación mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Es decir, operó la tutela como mecanismo transitorio.

En esta providencia se dijo: **“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, 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.

(...) Un funcionario que se encuentra ocupando un cargo de carrera administrativa en provisionalidad por más tiempo del autorizado por la

Ley, debe ser desvinculado siempre y cuando la administración cumpla, por su parte, con la obligación de convocar el respectivo concurso de méritos para proveer definitivamente la plaza, pues de no darse tal correspondencia, los cargos estarían destinados gradualmente a quedarse vacantes, al no haber una designación oportuna del reemplazo. El derecho a la estabilidad laboral, representado en el hecho de que no puede ser desvinculada del cargo mientras no se configure una justa causa disciplinaria o se convoque el respectivo concurso de méritos, sí podría llegar a atentar contra derechos fundamentales” (Negrillas por fuera del texto original).

En lo que respecta a la motivación de los actos por medio de los cuales se declara la insubsistencia de un funcionario nombrado en provisionalidad, contrario a lo sostenido en este aspecto por el Juez contencioso, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia T - 884 de 1998, con Ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández que:

La falta de motivación de ese acto del Estado que retira del servicio a una persona nombrada en interinidad porque aún no se han hecho los concursos para ingresar a la carrera, es una omisión en contra del derecho porque la motivación es necesaria para el control de los actos administrativos que facilita la función revisora de lo contencioso-administrativo, y, por ende, la falta de motivación se convierte en un obstáculo para el efectivo acceso a la justicia (artículo 229).

Esa actitud de retirar a una persona del cargo, sin motivar el acto administrativo correspondiente, ubica al afectado en una **indefensión constitucional**. (...) La garantía consagrada en el art. 29 C.P., implica al respecto del esencial principio de contradicción de modo que los contendientes, en posición de igualdad, dispongan de las mismas oportunidades de alegar y probar cuanto estimaren conveniente con vistas al reconocimiento judicial de sus tesis. (...) Es, pues, de la esencia de las garantías de protección, la posibilidad de debatir, de lo contrario se cae en indefensión y, por ende, se restringe y viola el debido proceso en su fase de la defensa.

No es lógico ni justo que al afectado por un acto administrativo de desvinculación (salvo en los casos de libre nombramiento y remoción) no se le indica el motivo del retiro para que se defienda del en señalamiento que se le hace.

Y si ello ocurre (desvinculación sin motivación) se viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 C.P. para “actuaciones judiciales y

administrativas, **porque se coloca en indefensión a la persona afectada, ya que no puede hacer una real defensa jurídica y esto repercute en el acceso a la justicia** establecido en el artículo 229 C.P.” (Negrillas por fuera del texto original).

En los casos anteriores se observa que la Corte ordena, vía tutela, el reintegro de los funcionarios nombrados en provisionalidad, en tanto les reconoce cierta estabilidad y que su desvinculación debe darse a través de un acto motivado; no obstante, opera como mecanismo transitorio ya que se exige impugnar el acto de insubsistencia en la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, ha habido un giro jurisprudencial (que se estudiará más adelante) que ordena sólo la motivación del acto de desvinculación, es decir, hoy la Corte Constitucional no ordena el reintegro del funcionario en aquellos casos en los que se ha declarado insubsistente por medio de acto motivado, sólo ordena el reintegro cuando la administración declara la insubsistencia sin motivación alguna.

7. De cara a un Estado Social de Derecho: ¿Cuál es la interpretación más acertada?

No puede pasarse por alto que Colombia es un Estado Social de Derecho, el cual supone una protección especial a la población en materia social, razón por la que se fundamenta en el respeto por el trabajo y en consecuencia por la estabilidad laboral; además, el ejercicio del poder debe estar encausado dentro del debido proceso y acorde a las finalidades constitucionalmente fijadas.

Establecido lo anterior, corresponde analizar la conveniencia de una postura u otra, pues no se trata de otorgarle la razón a un tribunal, sino de determinar cuál tendría que ser la posición que en Colombia debería sostenerse respecto de los nombramientos hechos en provisionalidad y su forma de terminación.

Ciertamente los empleados nombrados en provisionalidad no poseen las mismas garantías y prerrogativas que tienen los empleados de carrera, por cuanto estos últimos a través de un sistema de selección por méritos, se han hecho acreedores de dicho estatus; pero **no menos cierto es el hecho de que los empleados nombrados en provisionalidad no están en el mismo nivel que los empleados de**

libre nombramiento y remoción, aunque tengan semejanzas y hayan sido tratados por el Consejo de Estado como similares.

Ante esto debe decirse que son dos tipos de nombramientos distintos que obedecen a finalidades que no son idénticas y, por tanto, requieren de un tratamiento que asuma estas diferencias.

En este punto se debe advertir que a pesar de no tener el mismo fuero de inamovilidad que los empleados de carrera poseen, a los nombrados en provisionalidad les asiste una expectativa jurídicamente susceptible de protección, puesto que la procedencia de este tipo de nombramientos sólo es dable cuando se ha convocado previamente a concurso, lo que le genera al provisional una estabilidad restringida hasta tanto no se provea en el cargo al ganador del concurso o incurra aquel en una falta al régimen disciplinario; pues **la misma Ley 443 prohíbe reemplazar a un provisional por otro que se encuentre en la misma condición**. De ahí se establece que la finalidad de dicha normatividad es diáfana cuando se propone generar todas las condiciones para que las entidades vinculen a los funcionarios en propiedad y de acuerdo con los procedimientos legales y constitucionales, **y evitar así que los empleados vinculados lo sean en provisionalidad por regla general, y que sean tratados como funcionarios de libre nombramiento y remoción, cuando no lo son**.

En efecto, los empleados de libre nombramiento y remoción, según ha dicho la Corte Constitucional, son la excepción dentro del sistema de administración de personal público en Colombia. En tal sentido se expresó la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C - 195 de 1994, con Ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa:

Como base para determinar cuando un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal, pero además dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la Ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe, haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador obedezca a una potestad infundada (sic). Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la

Constitución establece y aquellos que determina la Ley (artículo 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total o implique una decisión política.

Convertir a la provisionalidad en el mecanismo predilecto de vinculación de funcionarios a la administración, y a los provisionales en empleados de libre nombramiento y remoción, ha hecho del Estado uno de los empleadores que de la forma más flagrante, constante, frecuente y sistemática, viola lo constitucionalmente dispuesto acerca de la protección al trabajador, la estabilidad laboral y las condiciones que supone ser un servidor público, lo que además de vulnerar las garantías de los funcionarios, genera un efecto social perverso, porque de una manera u otra, dentro del imaginario colectivo, tanto de los servidores públicos como de los particulares, se va arraigando una cultura de desconocimiento de los fines esenciales de un Estado como el colombiano que se hace llamar Social de Derecho, y en últimas termina éste siendo deslegitimado por la fuerza de las prácticas ilegales, politiqueras y corruptas, que sus propios funcionarios en algunos casos ponen en marcha y en muchos otros, padecen.

Ahora bien, **¿qué posibilidades reales de defensa tiene el funcionario que estaba nombrado en provisionalidad, al que se le terminó su vinculación mediante un acto administrativo sin motivación?** Sólo podría demandar en acción de tutela el reintegro, hasta tanto hubiese un acto motivado, el cual sería demandable pero sólo mediante la acción de nulidad y restablecimiento.

La jurisprudencia dominante del Consejo de Estado, producto de una interpretación literalista y aislada del resto del ordenamiento, ha dicho que en estos casos se presume que el nominador desvincula al funcionario en provisionalidad por razones del servicio, lo que simple y llanamente constituye una presunción a favor del empleador y la interpretación más desfavorable para el trabajador, que a todas luces contraría la esencia de la normatividad laboral.

En palabras simples, la práctica judicial, del Consejo de Estado, ha optado por avalar jurídicamente el estado actual de cosas, y ha dado pie para que la facultad discrecional se utilice omnímodamente suponiendo unas razones, que además que se tienen por ciertas, y ni siquiera se deben hacer expresas en el acto administrativo. ¿Es eso constitucional?

Ahora, para quienes sostienen, dentro de la jurisdicción contenciosa, que no se puede predicar ninguna clase de estabilidad para los provisionales, y que la omisión de la entidad al no convocar concurso sólo justificaría una sanción disciplinaria para el funcionario encargado de ello, más no tendría la capacidad jurídica suficiente para enervar el nombramiento del nuevo empleado y la remoción del provisional, ¿cómo pretenden garantizar la efectiva prestación del servicio si la ley le impide a la administración reemplazar a un funcionario en provisionalidad por otro en las mismas condiciones?

El Consejo de Estado sostiene que: “en aras de mejorar el servicio”, la administración puede, en cualquier momento, desvincular a un funcionario provisional, e incluso, nombrar en su reemplazo a otro en la misma calidad. ¿Cómo no desmejorar el servicio si al dejar esta puerta abierta, la jurisdicción le está permitiendo a la administración utilizar una insana práctica para vincular servidores, que desconoce que la forma idónea de hacerlo es a través de un concurso de méritos?

En virtud de la interpretación teleológica del Consejo de Estado, según la cual, por no desmejorar el servicio, la administración podría hacer uso de la provisionalidad repetitiva e indefinidamente, se defrauda de manera flagrante la finalidad de la carrera administrativa y se desconocen los principios de la administración pública –legalidad, moralidad, eficiencia y debido proceso administrativo–, que, en últimas, constituyen garantías para los administrados.

8. Teoría del Acto Administrativo

Para no abordar el tema de las insubsistencias de los funcionarios nombrados en provisionalidad únicamente desde la perspectiva de los argumentos constitucional, resulta adecuado y justo hacer un análisis de la situación desde la teoría del acto administrativo, y más exactamente, desde la motivación y las finalidades de tal acto.

La necesidad de motivar los actos además de constituir una garantía a favor de los administrados, reafirma la sujeción del ejercicio del poder a lo determinado en la ley y la Constitución, es por eso que en la medida en que las decisiones discrecionales en un ordenamiento dejen de ser la excepción respecto de determinados temas, ocurrirá que quien ejerce el poder estará en mayores posibilidades de abusar

de éste y vulnerar cualquier garantía ciudadana, atribuyéndose competencias no asignadas por la ley.

La sola enunciación de simples consideraciones en un acto administrativo no constituye una motivación en sentido estricto. Se requiere, para que exista una auténtica motivación, la expresión de las circunstancias de hecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración. Además, la motivación constituye un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto, por lo que cualquier anomalía que se aduzca en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición⁸. **Es por eso que fundamentar una insubsistencia de un empleado en provisionalidad expresando exclusivamente “razones del servicio” o “necesidades del servicio” no configura una verdadera motivación. El acto carecería de ésta.**

En lo que tiene que ver con la desviación de poder debe decirse que esta causal de anulación de un acto administrativo se invoca cuando las finalidades del acto administrativo no son compatibles con las que la ley tuvo en cuenta para otorgar, al funcionario, la competencia para proferirlo, de tal modo que se tratan de actos con finalidades arbitrarias o ajenas a las legalmente permitidas. Y como se verá más adelante, esto de las insubsistencias de los nombrados en provisionalidad, encierra problemas éticos y sobre todo políticos, habida cuenta del sinnúmero de **insubsistencias por “necesidades del servicio” que se le hacen a los empleados en provisionalidad, y cuyas finalidades no son mejorar el servicio, sino favorecer intereses personales.**

Por último, respecto de la teoría del acto administrativo vale la pena traer a colación lo dispuesto en un caso resuelto por el Consejo de Estado en el año 2008, en el que, sin que se hubiese dado un giro radical a la actual jurisprudencia, sí se observan algunos análisis incipientes de detalles que antes eran pasados por alto.

Se sostuvo en dicha providencia que si los actos que declaran la insubsistencia expresaron alguna motivación específica, ésta debería ser estudiada y analizada

8 Sentencia del 26 de junio de 2008, Expediente N° 0606-07, Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

por el juez contencioso, y también se dijo que constituye una falsa motivación sostener al momento de declarar la provisionalidad, que se encuentra vencido el plazo de los 4 meses, cuando la entidad vinculó al funcionario a sabiendas de que no iba a convocar a concurso.

Se trata aquí de la Sentencia del 26 de Junio de 2008, Expediente 0606-07, Consejero Ponente Dr. Gustavo Gómez Aranguren:

Si bien frente a los cargos de carrera desempeñados por empleados en provisionalidad ha imperado la tesis según la cual éstos se asimilan en su tratamiento a los de libre nombramiento y remoción -dada la similitud en su forma de provisión- predicándose el ejercicio de la facultad discrecional para su retiro mediante acto administrativo que no requiere motivación, tal facultad se le ha endilgado a la Administración respecto de los empleados provisionales sin expresión real de la misma dentro del Ordenamiento Jurídico, presumiendo razones objetivas para su retiro, es decir, que la no expresión de motivación implica un fin intrínseco y adecuado de mejoramiento del servicio; sin embargo, cuando existe una motivación clara y expresa dentro del acto de insubsistencia de un empleado provisional, ya no opera la presunción referida y en su control jurisdiccional, se atiene la Administración a las razones de hecho y de derecho consignadas en dicho acto por cuanto constituye entonces un acto reglado, tal como se precisó inicialmente. Así, la facultad discrecional no puede aducirse en estos casos y por ende no pueden presumirse las razones objetivas de mejoramiento del servicio como equivocadamente lo alega la parte demandada y posteriormente lo ratifica el a quo, sino que en ejercicio de una facultad reglada y con expresión de la misma, el acto se sujeta a lo prescrito en el ordenamiento al respecto y la revisión de los cargos de nulidad de que se acuse, debe instruirse al tenor de su contenido pues lo contrario implicaría un cambio de motivación desde todo punto de vista ilegal. (...)

Las normas anteriormente esbozadas establecen la perentoriedad del término de duración de los cargos en provisionalidad (artículos 8º, 10º de la Ley 443 de 1998, artículos 5º, 7º del decreto 1572 de 1998); **no obstante debe observarse que la provisión bajo esta modalidad se autoriza únicamente cuando previamente se ha convocado a concurso, lo que sin duda alguna justifica el sucinto término señalado para su duración pues se supone que dentro del mismo debe agotarse el proceso de selección respectivo, lo que obliga a la autoridad encargada a su adelantamiento expedito so pena de afectar la prestación del servicio y la eficiencia en el desarrollo de la función administrativa ante la vacancia prolongada del cargo a proveer; regulación**

que además busca evitar la dilación indefinida de los nombramientos en interinidad, situación que desconocería los principios de la carrera administrativa establecidos en el Sistema de Administración de Personal adoptado en nuestro ordenamiento. (Negrillas fuera del texto).

Esta sentencia implica un tímido giro del Consejo de Estado, pues en este caso, se comienza a cuestionar el uso que se está dando a la provisionalidad y su asimilación con los empleos de libre nombramiento y remoción. Además, el máximo tribunal de la justicia contenciosa, se atreve a revisar la motivación del acto administrativo de desvinculación a la luz del ordenamiento, por lo que en este fallo ordenó el reintegro del funcionario, atendiendo a que las razones que dio la administración al desvincularlo fueron falsas.

Más interesante aún: en la mencionada sentencia se afirma que la facultad discrecional para retirar funcionarios nombrados en provisionalidad y la presunción de que se hace para mejorar el servicio, no ha sido traída expresamente por el ordenamiento jurídico. De donde se puede vislumbrar que se comienza a dudar de la aplicación pacífica de tal presunción.

9. La Tutela

Mucho es lo que se ha discutido en Colombia acerca de la procedencia de acciones de tutela en contra de sentencias, hasta tal punto que la Corte Constitucional ha intentado darle a esto un carácter excepcional a través de estrictas reglas.

En materia de insubsistencias de empleados nombrados en provisionalidad se ha establecido que por regla general el medio judicial adecuado para impugnarlas es el de la acción de nulidad y reestablecimiento ante la jurisdicción contencioso administrativa, aunque por excepción, y ante un perjuicio irremediable, la tutela resulta procedente y adecuada para reintegrar al funcionario hasta tanto no se produzca un acto expresamente motivado, susceptible de control jurisdiccional⁹.

En la Sentencia T – 257 de 2006, con ponencia del Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional estableció específicamente las reglas para que opere la tutela ante la situación antes mencionada:

9 Sentencia T-951 del 2004, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Esta Sala ha reiterado que para conceder el amparo del derecho al debido proceso por falta de motivación deben cumplirse los siguientes supuestos: (i) que se trate de un funcionario nombrado en provisionalidad; (ii) que el cargo que se ocupe sea cargo de carrera administrativa; (iii) que sea posteriormente desvinculado mediante un acto administrativo no motivado; (iv) que se haya remplazado por un funcionario también nombrado en provisionalidad. La acción de tutela sería el mecanismo judicial idóneo para ordenarle a la administración que cumpla con la obligación de motivar su decisión y de esa forma garantizar los derechos constitucionales del funcionario afectado, entre ellos el derecho a acceder a la justicia contencioso administrativa, para controvertir el acto motivado de desvinculación.

La Corte Constitucional mantiene vigente su posición respecto de la necesidad de motivación del acto que declara la insubsistencia, lo cual, sin lugar a dudas, ofrece una herramienta que en últimas y de manera indirecta, termina reforzando en algo la estabilidad del funcionario nombrado en provisionalidad, pues la Administración estaría en la obligación de motivar con razones de hecho y de derecho ciertas, para proceder a declarar la insubsistencia, lo cuál haría posible que el funcionario desvinculado pudiera acudir a la jurisdicción contenciosa mediante una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

10. Una cuestión política

Si se abandona un poco el plano jurídico para abordar el tema de la inestabilidad de los servidores provisionales y la discrecionalidad en sus insubsistencias, y se analiza el problema desde un punto de vista político y más pragmático, se puede concluir que **la provisionalidad se ha terminado por convertir en el caballo de batalla de la burocracia de las administraciones de las entidades públicas en Colombia**. Y entonces se encuentra que los despachos judiciales se colman de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, “casualmente” dentro de los 4 meses siguientes a los cambios de administración dentro de una entidad pública como la Alcaldía, la Gobernación, o Empresas Sociales del Estado, etc. Y se da también de forma paradójica, una univocidad de argumentos y consideraciones en los actos de insubsistencia, que parecieran ser minutas socializadas en todas las entidades, en las que hasta las citas jurisprudenciales son idénticas, pero que en el fondo apuntan a razones partidistas que fundamentan las numerosas desvinculaciones; lo cual es difícilmente sustentable mediante un acervo probatorio, porque como ya se dijo: la entidad demandada, o sea, el empleador, llega al proceso en

posición de superioridad frente al empleado demandante, y en general, probar la causa de los actos jurídicos conlleva una actividad probatoria desgastante, costosa y en la mayoría de los casos infructuosa.

Con todo, no puede perderse de vista que fueron las entidades territoriales las encargadas de realizar los concursos de méritos y proveer de esta forma los cargos de carrera, no obstante, han mantenido la insana práctica de la interinidad como mecanismo burocrático y de corrupción, de tal modo que los cargos de carrera se proveen en provisionalidad y al transcurrir un determinado tiempo se desvincula al funcionario alegando que el término de la provisionalidad se encuentra vencido.
¿Acaso esto no es aprovecharse de su propia ilicitud?

Los choques de trenes, como han sido denominadas las contradicciones entre las altas cortes respecto de un mismo punto de derecho, reflejan una evidente lucha de poderes, que representa grandes traumatismos para las tan afamadas y criticadas características de coherencia y claridad de los ordenamientos jurídicos, lo que se traduce en inseguridad jurídica e injusticia, pues aquellos empleados provisionales que han utilizado la acción de tutela pueden decir que su condición de provisionalidad no significa libre remoción, mientras que por el contrario, la mayoría de empleados provisionales desvinculados y quienes demandaron por la vía contencioso administrativa, pueden decir que no se trató más que de una vinculación precaria que se finalizó por razones del servicio, y además que la interpretación constitucional en Colombia es algo exclusivo de los jueces constitucionales, mas no de los de la jurisdicción contencioso administrativa, o al menos no en el tema aquí tratado.

11. Nueva normatividad: Ley 909 de 2004 y Acto Legislativo 01 de 2008

El Congreso de la República y el Gobierno central, conscientes de la gravedad del abuso de los nombramientos en provisionalidad, se propusieron remediar la situación, razón por la cual se promulgó la Ley 909 de 2004, que derogó la Ley 443 de 1998.

De hecho, los avances en aras de la protección de los empleados nombrados en provisionalidad fueron significativos en principio, porque la Ley 909 en el artículo 56 estableció que:

Evaluación de antecedentes a empleados provisionales. **A los empleados que a la vigencia de la presente ley se encuentren desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en ella,** y se presenten a los concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer dichos cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, **se les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio.**

La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará los instrumentos para tal efecto. (Negrillas fuera del texto).

Sin embargo, se dice en principio, porque la Corte Constitucional declaró inexecutable este artículo por considerarlo violatorio del principio de igualdad respecto de quienes no estaban vinculados con el Estado. En efecto la Corte, por medio de la Sentencia C – 733 de 2005, consideró, entre otras cosas, lo siguiente:

En el presente, si bien no se trata de una incorporación automática a la carrera, tratándose de la previsión de concurso abierto, la norma acusada sí consagra un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con respecto a los demás aspirantes, y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos. El privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursa, lo que representan una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada.

Ahora la Corte, quien se había mostrado como la esperanza de los empleados desvinculados por encontrarse en provisionalidad, invocando argumentos de igualdad, terminó por darle la espalda a quienes venían contando con sus oportunos pronunciamientos y a la gran problemática que esta situación representa en materia social y política. Tal vez debió proferir una sentencia interpretativa, en la que se tuviera en cuenta la experiencia y el buen desempeño de aquellos funcionarios vinculados en provisionalidad, sin que ello implicara un obstáculo desproporcionado para quienes quisieran acceder a la función pública.

Y no se trata de algo de poca monta, pues en la exposición de motivos de la Ley 909, en el texto de la “Ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 233 de 2004 Senado, 216 y su acumulado 262 de 2003 Cámara”, publicada en la Gaceta del Congreso No. 263 de 2004, los ponentes sostuvieron lo siguiente:

Uno de los objetivos del proyecto es terminar con la parálisis del sistema de carrera en que se encuentra con ocasión de la citada Sentencia C-372 de 1999, que ocasionó la suspensión de los procesos de selección para el ingreso a los empleos de la administración pública y por tanto ha creado una situación de interinidad por la utilización obligada de los nombramientos en provisionalidad, lo cual no sólo causa inconvenientes a la administración sino que ha generado una condición de desigualdad de los empleados provisionales quienes a pesar de estar vinculados algunos en términos superiores a cuatro años carecen de todos los derechos que otorga la carrera administrativa como son la estabilidad con base en el buen desempeño, la capacitación y los incentivos y el derecho a la indemnización como consecuencia de la supresión del cargo, situación esta que llevó al Legislador a expedir la Ley 790 de 2003, creando un reconocimiento económico para los provisionales que fueran a ser desvinculados como consecuencia de la supresión de su empleo dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, creando así otra desigualdad frente a los empleados del nivel territorial que han sido desvinculados por la misma causa. **Es de tal dimensión el problema de la provisionalidad que de 91.174 empleos de carrera administrativa de las entidades del orden nacional de la Rama Ejecutiva, solamente 60.294 se encuentran inscritos en la carrera administrativa y los restantes, es decir, 30.880 en provisionalidad; no hay datos de este número de empleos en el orden territorial pero se calcula que los provisionales alcanzan allí una suma de 60.000 o más.** De la situación planteada se hace imperativo legislar de manera urgente para redefinir la composición y funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil e igualmente, regular el empleo público tanto de carrera administrativa como de libre nombramiento y remoción. (Negrillas fuera del texto).

Debe reconocerse finalmente que la Ley 909 de 2004 mejoró la situación de los empleados nombrados en provisionalidad, a pesar de haberla podido mejorar mucho más por las razones expuestas anteriormente. El Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 estableció que los nombramientos en provisionalidad procederían excepcionalmente, cuando no hubiese lista de elegibles, y además que los funcionarios provisionales no podían ser desvinculados antes de vencerse

el término del nombramiento por acto administrativo discrecional, sino que era necesaria una motivación expresa.

Ante lo decidido en la Sentencia C – 733 de 2005, que declaró inexecutable las prerrogativas que se le otorgaron a los vinculados con el Estado en provisionalidad en la evaluación de antecedentes, el Legislador, por medio del **Acto Legislativo 01 de 2008**, dispuso una prerrogativa mayor para quienes se encontraran en condición de provisionalidad al momento de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, pues **ordenó su inscripción automática al sistema de carrera**, adicionando el artículo 125 constitucional:

Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.

Desproporcionada o no la medida, lo cierto es que la Corte Constitucional con la Sentencia C – 733 de 2005 contribuyó indirectamente a que se tomara, pues es por medio de actos legislativos que el Congreso puede evitar que se le invaliden de fondo sus normas. Pero, indiscutiblemente, no se puede negar que ha existido en los últimos años voluntad política por parte del legislador para mejorar las condiciones laborales de los provisionales.

Ahora bien, debe decirse frente al Acto Legislativo que la situación que en él se plantea no tiene las magnitudes que podrían pensarse inicialmente, pues si se analiza detenidamente se puede concluir que no serán muchos los empleados provisionales que se beneficiarán de la inscripción extraordinaria en el sistema de carrera administrativa, pues la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante circular, determinó la naturaleza jurídica, alcances y efectos generales del Acto Legislativo 01 de 2008.

En la mencionada circular se estableció, entre otras cosas, que el Acto Legislativo 01 le otorga un derecho general y abstracto a inscribirse extraordinariamente en el sistema de carrera, a quienes acrediten los presupuestos establecidos en el mismo.

Los presupuestos señalados en el Acto Legislativo, y desarrollados por la Comisión Nacional del Servicio Civil son los siguientes:

- a. Que el servidor público con nombramiento provisional o encargo cumplió en su momento los requisitos hoy denominados competencias laborales, exigidos para el cargo en el que pretende ser inscrito extraordinariamente, desde el momento en que empezó a desempeñarlo y hasta la fecha de realizarse la solicitud de registro.
- b. Que el cargo en el cual se solicita la inscripción extraordinaria es el mismo que desempeñaba el servidor en condición de provisional o encargado a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004 (23 de septiembre de 2004).
- c. **Que el cargo del cual se solicita la inscripción extraordinaria estuviese vacante en forma definitiva a la fecha de publicación de la Ley 909 de 2004 (23 de septiembre de 2004).**
- d. Que haya existido continuidad en la prestación del servicio del empleado en el mismo cargo del cual se solicita la inscripción.

La responsabilidad de verificar el cumplimiento de estos requisitos y enviar la solicitud de inscripción le corresponde a los representantes legales de cada entidad. La Comisión no tendrá en cuenta ninguna otra solicitud.

El problema en este punto radica en que se le otorgaron sendas competencias a los representantes de cada entidad; los mismos a quienes les correspondía efectuar los concursos y no lo hicieron, y además, no se sabe acerca de su voluntad política para cumplir con estas obligaciones, pues evidentemente, con ello, se disminuirían sus cuotas burocráticas en las entidades.

La situación no parece tan clara para los funcionarios en provisionalidad sobre todo si se tiene en cuenta que no hay una sanción expresa para los representantes legales que omitan el diligenciamiento de las inscripciones extraordinarias ante la comisión; y dentro de los mecanismos de protección diseñados por la Comisión para los potenciales beneficiarios, no se encuentra alguno que apunte a remediar la situación planteada.

La idea no puede ser inscribir a todos los funcionarios que estaban en provisionalidad al momento de la expedición de la Ley 909 de 2004, pero no puede perderse de vista que el Acto Legislativo solo admitió la inscripción extraordinaria para quienes ocuparan en provisionalidad un cargo en vacancia definitiva, con el lleno de los requisitos ya relacionados. No obstante, el trato parece ser discriminatorio para aquellos funcionarios provisionales que al momento de la expedición de la Ley 909 se desempeñaban en un cargo que estaba en vacancia temporal, y luego se volvió definitiva, y por ser una disposición establecida a través de un Acto Legislativo no hay control de la Corte Constitucional que pueda proteger el derecho a la igualdad que en este caso si parece violado.

Finalmente, además de ser propio de la práctica jurídica colombiana, traer ingenuamente instituciones de derecho comparado para que se apliquen de la misma manera como funcionan en sus ordenamientos de origen, es también muy propio y común considerar como acertadas y correctas las soluciones que se dan a los conflictos jurídicos cuando de por medio hay una unificación jurisprudencial, a la cual no le cabe crítica o reparo alguno, y que en definitiva, al igual que en el caso de la transposición de instituciones, reafirman la necesidad de pensar y debatir el derecho desde todas sus manifestaciones y estar dispuesto a intervenirlo cuando sea necesario.

Empero, mientras se sigan presentando casos como el de un ex servidor público que fue nombrado en provisionalidad en el año 1992, y en el 2002 fue desvinculado sin motivación alguna (Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Expediente: 2427-05, Consejero ponente Alejandro Ordóñez Maldonado), y se considere ello como jurídicamente válido, seguirá reinando el conformismo jurídico de muchos que generalmente aplacan el inconformismo de pocos que antes que simplemente aplicar el derecho, lo reflexionan.

Bibliografía

Acto Legislativo 01, 2008.

Constitución Política de 1991.

CONSEJO DE ESTADO. Bogotá. Sentencia del 26 de junio de 2008, Expediente N° 0606-07, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

CONSEJO DE ESTADO. Bogotá. Sentencia de 17 de mayo 2007, Expediente 7068-05, Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez De Páez.

CONSEJO DE ESTADO. Bogotá. Sentencia de 13 de marzo de 2003, expediente 4972-01, Consejero ponente: Tarcisio Cáceres Toro.

CONSEJO DE ESTADO. Bogotá. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Expediente: 2427-05, Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

CONSEJO DE ESTADO. Bogotá. Sentencia de 18 de mayo de 2000, Exp. 2459-99. Actor: Doris Isabel Ceballos Mendoza. Consejero ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado.

CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C – 733 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C -195 de 1994, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia C-372 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia T - 800 de 1998, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia T - 884 de 1998, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia T-951 del 2004, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

CORTE CONSTITUCIONAL. Bogotá. Sentencia T – 257 de 2006, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Ley 443, 1998 y su decreto reglamentario, 1572, 1998.

Ley 909, 2004.

Gaceta Oficial del Congreso No. 263 de 2004.

