

INDEMNIZACIÓN DE EMPLEADO PÚBLICO PROVISIONAL DECLARADO INSUBSISTENTE SIN MOTIVACIÓN

*Juan Darío Contreras Bautista***

TEMA DE INVESTIGACIÓN

Un asunto recurrente en la Justicia Administrativa es la solicitud de reintegro de empleados que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad declarados insubsistentes sin motivación, y la indemnización plena mediante el pago salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta el reintegro. Lo que motiva el presente trabajo es el cambio de posición jurisprudencial de la Corte Constitucional¹ al revisar² la indemnización reconocida por el Contencioso, por las implicaciones económicas y sociales que esto trae para quienes duren más de 24 meses desempleados o con empleos desmejorados salarialmente frente al cargo provisional o indignos, lo cual se revisará jurídicamente desde la vigencia de un orden justo, la dignidad humana y la separación funcional del Poder Público³.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Ordenar la indemnización del provisional declarado insubsistente sin motivación, limitada hasta máximo los 24 meses de salario y prestaciones siguientes a la desvinculación y descontándole los ingresos laborales que recibió en ese tiempo, responde o no a la vigencia de un orden justo, a la dignidad humana y a la separación funcional del Poder Público?

* Línea jurisprudencial presentada dentro del VII Curso Judicial para aspirar al cargo de Magistrado de Tribunal Administrativo.

**Magíster en Derecho Económico.

¹ De indemnización plena desde la desvinculación hasta el reintegro, a limitada máximo hasta los primeros 24 meses de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación, descontado de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral haya percibido el desvinculado en ese lapso.

² Revisión de tutelas contra sentencias del Consejo de Estado de provisionales desvinculados sin motivación.

³ Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 113.

TESIS ENFRENTADAS Y LA QUE SERÁ OBJETO DE DEFENSA

ANTES DE LA SENTENCIA SU-556 DE 2014: Reintegro del provisional sin solución de continuidad **con indemnización plena** mediante el pago de salarios y demás prestaciones sociales desde el momento del retiro hasta el momento del reintegro. Vs

A PARTIR DE LA SENTENCIA SU-556 DE 2014: Reintegro e indemnización **en forma limitada** entre 6 hasta 24 meses de salario siguientes a la desvinculación del provisional, descontándole los ingresos laborales⁴ que recibió en ese tiempo.

TERCERA TESIS: Defenderé una consistente en que la indemnización se determina en cada caso utilizando los factores que hacen procedente el reintegro al servicio⁵ del empleado provisional.

MARCO NORMATIVO Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

El artículo 125 Constitucional permite pensar que los empleados públicos son de carrera o de libre nombramiento y remoción, por lo que alguien nombrado en provisionalidad para ocupar un cargo de carrera recibiría el trato de libre nombramiento y remoción y se podría declarar insubsistente sin motivación y sin que tuviera derecho al reintegro ni a indemnización⁶.

El precedente jurisprudencial indica que los empleados en provisionalidad gozan de estabilidad relativa, razón por la cual sólo pueden ser desvinculados del servicio mediante acto debidamente motivado y por razones es-

⁴ Públicos y privados, dependientes o independientes.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencias T-032 DE 2016: Procede “(i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso”.

⁶ V.gr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-556: “Esa decisión fue apelada por la Fiscalía General de la Nación, con base en la consideración conforme a la cual no se había probado que la expedición del acto administrativo respondiera a situación distinta al buen servicio público, pues simplemente se había hecho uso de la facultad de desvincular discrecionalmente a un empleado de libre nombramiento y remoción”; SU-917 de 2010: “Indica que interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la resolución No. 0-1221 del 10 de agosto de 2001, y que la misma fue fallada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sala de Descongestión, Sección Segunda, Subsección “B” el cual, en sentencia del 12 de agosto de 2004 que denegó las súplicas de la demanda utilizando para ello el argumento según el cual “el servidor público que haya sido nombrado en provisionalidad, al no pertenecer al sistema de carrera, puede ser desvinculado del servicio de manera discrecional por el nominador y, por ende, la Administración al ejercer esta facultad no infringe las normas en que debía fundarse. Así mismo, al no gozar de la estabilidad predicada de los funcionarios de carrera, no se le aplican los procedimientos establecidos para el retiro de esta clase de funcionarios, esto es, no es necesario que medi[e] resolución motivada”.

pecíficas pertinentes –principio de razón suficiente⁷–. Si se viola el debido proceso por falta de motivación en la insubsistencia, procede el reintegro y la indemnización por los salarios y prestaciones dejados de percibir. En relación con la indemnización, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha transitado de aceptar la indemnización plena a fixar límites materiales en la cuantía de la indemnización.

IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS HITO

En el presente caso, las sentencias hito son la SU-917 DE 2010⁸ y SU-556 de 2014⁹, proferidas por la Corte Constitucional de Colombia.

a. La sentencia SU-917 de 2010¹⁰ es hito para efectos indemnizatorios al reiterar que los actos de desvinculación de los empleados públicos nombrados en provisionalidad deben ser debidamente motivados¹¹; de no ser así, se afectan los derechos al debido proceso y a la estabilidad laboral relativa que les asiste a los provisionales¹², ante lo cual debe declararse la nulidad del acto de insubsistencia y, a título de restablecimiento del dere-

⁷ Cfr. Pié de página 12 del presente trabajo.

⁸ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰ El antecedente de decidir la indemnización plena mediante el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la desvinculación de la empleada provisional declarada insubsistente sin motivación hasta su reintegro está en la sentencia T-108 de 2009, porque se ordenó su reintegro “*sin solución de continuidad*” **pero sin motivación alguna de tal decisión** y el amparo se concedió en forma transitoria mientras la tutelante acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

¹¹ Entendida la debida motivación bajo el principio de razón suficiente: “*donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”*. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “*para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión. En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”*” (Cfr. Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-917 de 2010, numeral 5.3 literal b).

¹² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-917 de 2010 numeral 5.5: “*La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva”*”.

cho, ordenar el reintegro al cargo que estaba ocupando el provisional o a uno equivalente, sin solución de continuidad, con el correspondiente pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta su reintegro, a manera de indemnización plena¹³. En ese sentido, la Corte Constitucional dictó directamente la sentencia substitutiva o de reemplazo para algunos de los casos analizados en dicha providencia.

b. La providencia SU-556 de 2014 es hito porque varió la indemnización de perjuicios¹⁴, de plena desde la desvinculación del provisional hasta su reintegro, a limitada máximo hasta los primeros 24 meses de salarios y prestaciones posteriores a la desvinculación, descontando¹⁵ de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral público o privado haya percibido el indemnizado en ese lapso¹⁶. La razón que argumenta la Corte Constitucional para limitar la indemnización es que después de 2 años se pierde el nexo causal entre la desvinculación y la indemnización debido a que se trata de un tiempo máximo razonable para que el desvinculado consiga un nuevo empleo; posición jurisprudencial que asume a partir de tomar como premisa que el insubsistente está en el deber social de proveer a su propio sustento.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-917 de 2010 numeral 8.1: “*En consecuencia, en estos asuntos la Corte declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A. Lo anterior no genera fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la Constitución y la Ley (por ejemplo ante la provisión del empleo mediante concurso de méritos), siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia*”.

¹⁴ En lo demás, mantuvo invariable la regla de la sentencia SU-917 DE 2010 de ordenar la nulidad del acto de declaratoria de insubsistencia sin motivación del provisional y su reintegro si resulta procedente.

¹⁵ Un antecedente sobre descuentos de otros ingresos a modo de compensación está en la sentencia T-708 de 2013: “*(ii) se observen al momento de dictar la nueva decisión, las reglas indemnizatorias que se encuentren vigentes en cuanto a los salarios que se causen, a la compensación con otros ingresos que se hayan recibido del Estado y teniendo en cuenta si el cargo ha sido provisto o no por concurso*”.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-556 de 2014 numeral 3.6.3.13.8: “*Conforme con lo expuesto, las órdenes que se deben adoptar en los casos de retiro sin motivación de las personas vinculadas en provisionalidad en un cargo de carrera, son: (i) el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso; y, (ii) a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario*”.

En cuanto al descuento de los ingresos laborales privados de la indemnización de los dos primeros años de desvinculación, la Corte aduce que la razón para descontar remuneraciones percibidas en el sector privado **o como trabajador independiente**¹⁷ radica en la **ausencia de causa para ese pago** por no haber estado desempleado quien fuera declarado insubsistente sin motivación¹⁸.

GRÁFICA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

INDEMNIZACIÓN DE EMPLEADO PÚBLICO PROVISIONAL DECLARADO I NSUBSISTENTE SIN MOTIVACIÓN

T-800/98 [SENTENCIA FUNDADORA]	SU-917/10 [SENTENCIA HITO]	SU-556/14 [SENTENCIA HITO]	T-032/16* [SENTENCIA ARQUIMÉDICA]
	T-289/11	SU-874/14	
	A138/11**	SU-053/15	
	T-656/11	SU-054/15	
	SU-691/11	T-085/15	
	T-760A/11	T-203/15	
	T-961/11	SU-288/15	
	T-102/12	T-360/15	
	T-204/12	T-437/15	
	T-206/12	T-767/15	
	T-553/12		
	T-147/13		
	T-284/13		
	T-708/13		
	T-716/13		
	T-916/13		
	T-221/14		
	T-326/14		

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-556 de 2014, numeral 3.6.3.2; T-767 de 2015.

¹⁸ Se indemniza el desempleo causado por la insubsistencia y no el error de la Administración por no motivar el acto administrativo de insubsistencia del empleado provisional ni la mora judicial para resolver las reclamaciones de reintegro e indemnización.

* No se utilizó como sentencia arquimédica la SU-354 de 2017 porque no está publicada –Cfr. Comunicado de prensa Corte Constitucional del 25 de mayo de 2017–, y porque al parecer se aplicó la regla indemnizatoria fijada en la sentencia SU-556 de 2014 a un empleado de carrera, y eso sería objeto de otra línea jurisprudencial.

** Mediante esta providencia del 30 de junio de 2011 la Honorable Corte Constitucional dicta un fallo sustitutivo de acuerdo con lo decidido en la sentencia SU-917 de 2010, para dejar sin efectos un fallo del Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda-Subsección “D” del 31 de enero de 2008, donde éste incumplió una orden dada por la misma Corte mediante la sentencia T-887 de 2007 para que se pronunciara nuevamente frente al cargo de desvinculación sin motivación del accionante como empleado público provisional.

POSICIÓN JURISPRUDENCIAL VIGENTE

En materia de indemnización por desvinculación sin motivación de empleados públicos que ocupan provisionalmente cargos de carrera, la posición jurisprudencial vigente establece una indemnización limitada de los 6 hasta los 24 primeros meses siguientes a la desvinculación descontándole los ingresos laborales¹⁹ que percibió en ese tiempo²⁰, independientemente del tiempo posterior en el cual se ordene el reintegro cuando éste sea procedente. Esa posición se sustenta en que el daño indemnizable es la falta de empleo como consecuencia de la insubsistencia y el tiempo que la Corte Constitucional considera prudencial para conseguirlo —máximo 2 años—, pasado el cual se rompe el nexo causal para que el Estado responda porque el provisional desvinculado está en el deber social de proveer a su propio sustento.

CRÍTICA DE LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL VIGENTE

No estoy de acuerdo con la jurisprudencia constitucional vigente de limitación indemnizatoria en el tiempo del provisional desvinculado sin motivación y de descuento a esa indemnización de lo que percibió laboralmente el insubsistente durante el lapso indemnizable, porque lo que se debe resarcir no es la falta de empleo como consecuencia de la insubsistencia y el tiempo que la Corte Constitucional considera prudencial para conseguirlo —máximo 2 años—, sino las consecuencias de los errores del Estado —no motivación de la insubsistencia y la mora judicial para resolver sobre esas desvinculaciones²¹—, en tanto que no tienen por qué ser asumidas o soportadas por el administrado y que van en contra de la vigencia de un orden justo y de la dignidad humana a través de la pérdida de ingreso laboral, especialmente en las circunstancias donde el desvinculado dura sin empleo más de 24 meses antes de su reintegro ordenado judicialmente o desempeñando empleos indignos o desmejorados salarialmente frente al cargo provisional que ocupaba²².

¹⁹ Públicos y privados, dependientes o independientes.

²⁰ Inicialmente se entendía que los empleados provisionales pertenecían a la categoría de empleados de libre nombramiento y remoción, lo que, por consecuencia, no les daba derecho a indemnización alguna. La jurisprudencia constitucional establece una primera regla de indemnización plena desde el momento de la desvinculación hasta el momento del reintegro o hasta el instante en que no procede el reintegro por causa justificada, la cual se modificó mediante **la fijación** de la regla de indemnización limitada vigente.

²¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-556, numeral 3.6.3.2.: Se necesita limitar el alcance de la orden de protección judicial en materia de indemnización por mora en las decisiones judiciales debido a la congestión judicial.

²² Además, eso puede constituir una barrera de acceso a la administración de justicia debido a que disminuye los ingresos indemnizatorios con los cuales se van a pagar los honorarios del apoderado de la parte demandante. De igual manera, con ese cambio jurisprudencial puede

En estos casos no es aceptable el argumento de la Corte Constitucional para limitar la indemnización máximo a los primeros 24 meses de estar cesante el empleado en provisionalidad declarado insubsistente sin motivación, consistente en la responsabilidad que le cabe a cada persona en la generación de los recursos necesarios para atender a sus requerimientos vitales **“sin que sea de recibo la actitud de quien, ante la pérdida del empleo, omite injustificadamente la realización de las actividades imprescindibles para la auto-provisión de recursos”**²³ –eufemísticamente llamada **“la responsabilidad individual por la auto-provisión de recursos”**²⁴–.

La razón de no ser de recibo tal argumento es porque lo sancionable judicialmente no es que la persona desvinculada no quiera trabajar, sino la oportunidad que de manera injusta y en contravía de los mandatos constitucionales²⁵ el Estado le quita a ese ser humano de trabajar²⁶, independientemente de cómo se gane la vida a partir de esa desvinculación injusta (v.gr. viviendo de la caridad pública o de la solidaridad familiar o de la amistad, o mediante ingresos contrarios a la dignidad humana tales como un profesional manejado taxi, etc²⁷).

Tan es así que para nadie es un secreto que en Colombia **la oferta de empleo digno frente a la demanda es muy deficiente**²⁸, y perder el que se tiene por decisiones injustas de los representantes del Estado²⁹ debe ser sancionado por la Justicia con la indemnización plena que corresponda a cada situación en particular y adelantar las consecuentes repeticiones³⁰. Esto último, justamente con el fin de constituir un incentivo negativo que persuada a los agentes del Estado de actuar con abuso o desviación de poder, porque en estos casos la indemnización realmente no sanciona la falta

estarse incurriendo en una violación del derecho de progresividad y no regresividad (Cfr. PIDESE, artículo 2º; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 26).

²³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-556 de 2014, numeral 3.6.3.10.

²⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-556 de 2014, numeral 3.6.3.10.

²⁵ Cfr. Constitución Política de Colombia, artículo 334: *“El Estado, de manera especial, interviendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos”*.

²⁶ Derecho fundamental al trabajo en lo que a la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos se refiere a partir de la estabilidad laboral intermedia que ampara a dichos empleados.

²⁷ Eufemísticamente empleo informal: trabajadores independientes, vendedores ambulantes, empleadas del servicio doméstico, limpiavidrios, oficios del hogar sin remuneración, etc.

²⁸ *“Para el trimestre móvil marzo - mayo de 2017, la proporción de ocupados informales en las 13 y 23 ciudades y sus áreas metropolitanas fue 46,7% y 48,0% respectivamente, el nivel más bajo desde que hay cifras comparables”*. Fuente: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-informal-y-seguridad-social>, consultada el 20 de julio de 2017, a la 1:26 p.m.

²⁹ *Clientelismo, partidismo, botines burocráticos, amiguismo, nepotismo, corrupción, favores sexuales*, etc. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, SU-917 de 2010 numeral 4.

³⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 90.

de motivación sino la negligencia del Estado de no proveer los cargos de carrera mediante concurso público sino en forma provisional³¹.

En este sentido, no resulta aceptable ninguna excusa de la Administración para desvincular a un empleado provisional por falta de claridad jurídica al respecto, porque la jurisprudencia constitucional y del Consejo de Estado han sido reiterativas en disponer que los provisionales gozan de estabilidad laboral relativa o intermedia entre la del empleado de carrera y el de libre nombramiento y remoción³² y que su desvinculación debe ser debidamente motivada en forma suficiente, concreta y específica –principio de razón suficiente–³³. Esto se entiende así debido a que mientras no se provea el cargo de carrera en propiedad el nombrado en provisionalidad goza de la estabilidad indicada por razones de interés general³⁴.

Entonces, lo visto indica que la regla de indemnización limitada impuesta por la Corte Constitucional va en contra de la vigencia de un orden justo porque el provisional desvinculado no tiene por qué soportar los errores del Estado, así como de la dignidad humana debido a que lo puede dejar sin empleo por más de 2 años, o percibiendo ingresos laborales inferiores al cargo que debería estar ocupando o forma indigna para subsistir.

Finalmente, la manera como se justifica el cambio jurisprudencial analiza-
do para establecer unas reglas indemnizatorias de aplicación general deja

³¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-800 de 1998 (sentencia fundadora de la línea jurisprudencial que motiva el presente trabajo): “*la administración está obligada a convocar el respectivo concurso dentro de dicho lapso para que se cumplan los dos principales propósitos de la Ley: evitar la prolongada vinculación de funcionarios en cargos respecto de los cuales no han acreditado los requisitos de idoneidad y que el Estado considera, deben ser provistos mediante concurso de méritos; e impedir que la administración se paralice por el hecho de que no haya servidores públicos desempeñando las funciones propias del cargo vacante*”.

³² Actualmente, la exigencia de la provisión definitiva de los cargos de carrera es más rigurosa si se tiene que **los nombramientos provisionales se hacen por excepción**, porque lo que corresponde es hacer los nombramientos mediante concursos públicos lo más pronto posible y, mientras tanto, proveer los cargos de carrera en encargo con empleados de carrera de menor jerarquía (Ley 909 de 2004, artículos 24 y 25).

³³ La estabilidad relativa surge de la razón que el empleado provisional **ocupa un cargo de carrera** teniendo en cuenta las exigencias técnicas y de mérito que exigen dicho cargo, por lo que mientras su desempeño responda al buen servicio el provisional no debe ser desvinculado. De ahí la necesidad de la motivación del acto de insubsistencia. Cfr. C-556 de 2014, numerales 3.5.4., 3.5.5., 3.5.6.; Ley 909 de 2004, artículo 41, parágrafo 2º—El retiro de **los empleos de carrera** debe ser motivado, sin distinguir quien los esté ocupando—.

³⁴ Cfr. Pié de página 12 del presente trabajo.

³⁵ Tener la Administración Pública gente idónea **en forma permanente** para el eficiente y eficaz cumplimiento de los fines estatales, lo cual es respaldado por el principio fundamental laboral de **estabilidad en el empleo** establecido en el artículo 53 de la Carta Política, que para el caso de los provisionales es de tipo intermedio.

muchas dudas acerca del respeto que reclama la separación funcional del Poder Público, porque realmente es un asunto que le compete establecer al legislador³⁵. Es tan evidente tal violación que resulta un contrasentido que se ordene un reintegro 10 años después de la insubsistencia y se indemnice máximo los 24 primeros meses posteriores al retiro; o que dentro del descuento de los ingresos laborales³⁶ percibidos en esos meses se incluyan los recibidos **en el sector privado³⁷—incluido el trabajo independiente o por cuenta propia—**, porque la Constitución Política³⁸ sólo prohíbe percibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

Por las anteriores razones no estoy de acuerdo con la indemnización limitada a 24 meses para indemnizar al empleado público provisional desvinculado sin motivación. Para corregir las incongruencias constitucionales vistas propongo la tesis que, desde el punto de vista judicial, en lugar de “*legislar*” el juez puede determinar la indemnización procedente utilizando los factores que justifican el reintegro³⁹ al servicio del empleado en provisionalidad. Así, si el cargo sigue no provisto mediante concurso público al momento de dictar sentencia, se indemniza hasta su reintegro⁴⁰; si el cargo fue provisto mediante concurso público, hasta el momento de la posesión

³⁵ Definir el régimen del empleado provisional en lo referente a su estabilidad relativa y criterios de indemnización por declaratoria de insubsistencia sin motivación.

³⁶ Públicos y privados.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-556 de 2014: “*a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario*” (subrayado y negrillas fuera de texto). Para justificar tal descuento de ingresos del sector privado la Corte aduce que la razón para descontar remuneraciones percibidas en el sector privado o como trabajador independiente radica en la **ausencia de causa para ese pago** (Cfr. Ídem 3.6.3.2.), lo que no concuerda con el argumento real cual es que se descuentan los ingresos laborales públicos por la prohibición de percibir más de una asignación del erario público (Cfr. Ídem 3.6.2.3.3.), el cual tampoco es aceptable en este tipo de análisis por la esencia de la indemnización por los errores que comete la Administración.

³⁸ Artículo 127.

³⁹ T-032 DE 2016: Procede “(i) *el reintegro del servidor público a su empleo, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación no haya sido provisto mediante concurso, no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso*”.

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Auto 138 de 2011: “...*(iii) **ORDENARLE** a la misma entidad que proceda a reintegrar al actor al cargo que venía desempeñando, **tomando en cuenta que según certificación aportada por la CAR el cargo sigue siendo provisto mediante un nombramiento en provisionalidad**, sin considerar que ha existido solución de continuidad, **así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado**, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A” (subrayado y negrillas fuera de texto).*

del empleado en carrera en período de prueba⁴¹; si el cargo fue suprimido, hasta el momento de la supresión; y, si el provisional insubsistente cumplió la edad de retiro forzoso, hasta la fecha de ese onomástico.

Lo anterior se propone para indemnizaciones judiciales, pero la solución **preventiva** que da el legislador **—quien es el competente para ello—** y que es aplicable inmediatamente sin que genere indemnización alguna para los empleados provisionales actuales que se remuevan de sus cargos y sí garantice los derechos fundamentales de los empleados de carrera, es la establecida en los artículos 24 y 25 de la Ley 909 de 2004 consistente en nombrar los cargos de carrera en encargo con empleados de carrera de menor jerarquía y proveerlos mediante concurso público lo más pronto posible, y sólo en forma excepcional proveerlos mediante nombramiento provisional, especialmente **en las escalas más bajas de remuneración**.

Es decir, darle estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 se constituye en una justa causa para remover empleados provisionales sin que haya lugar a reintegro ni indemnización, y sí evita un riesgo de demanda contra la entidad pública por no darle cabal cumplimiento a dicha norma —de hecho, ya hay demandas en curso—. Además, tal cumplimiento puede ordenarlo la Corte Constitucional dentro del ámbito de sus competencias, especialmente para entidades públicas que recurrentemente son demandadas por desvincular empleados provisionales sin motivación.

CONCLUSIÓN

En asuntos como el analizado, ¿qué diferencia hay entre legislar y establecer reglas jurisprudenciales?

⁴¹ Hay un antecedente que sustenta esta posición de indemnización hasta el momento de la provisión del cargo de carrera mediante el concurso de méritos en la sentencia T-656 de 2011: “*Observa la Corte que en esta sentencia se incorporó una nueva regla de decisión, orientada a atemperar la orden de pagar los salarios y prestaciones dejados de percibir, con una consideración sobre el carácter precario de la estabilidad que tiene el servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, disponiendo que dicho pago solo procederá hasta cuando el respectivo cargo haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos, en la medida en que dicho acontecimiento marca la fecha cierta hasta la cual quién estaba en provisionalidad podía alentar una expectativa de permanecer en el cargo*”. De hecho, en la sentencia SU-917 de 2010 ya se había plasmado ese parámetro.