

Tema
Cargo con vacancia temporal, nombramiento provisional y estabilidad laboral.
CRM
41031
Problema(s) jurídico(s)
<p>¿Si un cargo de la entidad territorial se encuentra vacante temporalmente y se hace un nombramiento provisional con un profesional que no es de carrera, y este permanece en el cargo por un periodo de 8 años y 7 meses adquiere algún derecho, adquiere estabilidad laboral?; ¿Cómo se debe hacer el retiro del cargo del profesional que se encontraba en provisionalidad?; ¿Sin que se surta concurso, se puede nombrar en el cargo que se encontraba en vacancia temporal y ahora está en vacancia definitiva un funcionario de planta?.</p>
Análisis jurídico
<p>Generalidades de la vacancia temporal de cargo público: El Decreto 1083 de 2015 define los eventos en que se configura la vacancia temporal. Ahora, esa vacancia puede ser provista mediante encargo, durante el término que implique la separación temporal (artículo 24 de la Ley 909 de 2004). En lo que respecta a encargos en empleos de carrera, el artículo 2.2.5.5.42 del Decreto 1083 de 2015, indica que "(...)se regirá por lo previsto en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen, adicione o reglamenten y por las normas que regulan los sistemas específicos de carrera".</p> <p>Estabilidad laboral en un cargo de vacancia temporal: El artículo 2.2.12.1.2.1 de la norma referida, señala como destinatarios de la protección especial a: "(...) las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años (...)". El artículo 2.2.12.1.2.2 de la misma normatividad señala que, para hacer efectiva esa estabilidad laboral, las entidades deberán respetar las reglas de acreditación de la causal de protección, al momento de modificar sus plantas de personal "permanente o temporal", y a su turno, los beneficiarios de la protección especial deberán acreditar su condición, a través de certificaciones, dictámenes y demás documentación requerida para el efecto.</p> <p>Terminación del encargo y nombramiento provisional: El artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015, indica que, el nominador, atendiendo la temporalidad del encargo, la prórroga o el nombramiento provisional, proferirá una resolución motivada para la terminación del encargo o nombramiento provisional. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia SU-917 de 2010 "concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo (...)".</p>
Respuesta
<p>Respecto el primer interrogante, la permanencia temporal en el cargo no otorga per se un estatus de protección especial, sino que, se deberá evaluar en cada caso particular, si el empleado(a) se encuentra incurso en alguna de las causales contempladas en el artículo 2.2.12.1.2.1 del Decreto 1083 de 2015, para que aplique dicha protección.</p>

Ahora bien, para efectuar el retiro del cargo del profesional que se encontraba en provisionalidad, se deberá atender lo contemplado en el ordenamiento jurídico y múltiples pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia, en los que se enfatiza en dos aspectos fundamentales: (i) La adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación. Así las cosas, pese a la potestad que tiene la administración de desvincular a los empleados(as) públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, esta deberá ser rigurosa en la protección de los derechos fundamentales de las personas involucradas en el proceso de desvinculación.

Finalmente, frente al nombramiento en el cargo que se encuentra en vacancia temporal o definitiva, sin que exista concurso, se debe enfatizar que, conforme los presupuestos legales y jurisprudenciales, cuando un empleo de carrera esté en vacancia definitiva, el mismo deberá proveerse mediante concurso de mérito, y sólo en el entre tanto se podrá acudir a figuras como el encargo o el nombramiento en provisionalidad, para que de manera transitoria se provea el empleo.