Estabilidad laboral reforzada empleados provisionales en carrera administrativa y su efecto en la administración pública

Reinforced labor stability provisional employees in administrative career and its effect on public administration

Ivonne Maritza Jiménez Torres *
Wilson Hurtado López**

*Abogada Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social. Correo electrónico: ivonnemj@hotmail.com
** Abogado y contador público, wilsonhurtadolopez@hotmail.com

Fecha de recepción: marzo de 2021
Fecha de aprobación: junio de 2022

Para citar este artículo / To reference this article
Jiménez, I. Hurtado, W. (2022) Estabilidad laboral reforzada empleados provisionales en carrera administrativa y su efecto en la administración pública. Inciso, 24(1)

DOI: http://dx.doi.org/10.18634/incj.24v.1i.1235

Resumen

Esta investigación tuvo por objeto analizar los elementos de orden legal y jurisprudencial que constituyen el soporte de la desvinculación laboral de los empleados públicos en condiciones de vulnerabilidad, que se encuentran nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Se Identifican los esfuerzos interpretativos que intentan comprender la aplicabilidad de una norma denominada retén social, que busca proteger los derechos de los empleados públicos nombrados en provisionalidad en condiciones de vulnerabilidad que ocupan cargos de carrera administrativa, a través de la figura de estabilidad laboral reforzada. Los diferentes análisis realizados en el presente artículo de reflexión permiten evidenciar que los nombramientos provisionales, cuando se transforman en protección de condición de vulnerabilidad como rango de los modelos de la administración pública (burocracia, gestión pública y gobernanza), no permiten que quienes aspiran por concurso de mérito a los cargos de públicos constituyan en sí una confianza legitima

del poder público sobre los procesos de selección de personal para ejercer funciones al servicio del Estado. Si bien la Corte Constitucional, a través de sus diversos fallos en aras de la protección de los intereses laborales particulares entre otros derechos, no devela la afectación que se viene generando a través de las expectativas dadas a los empleados provisionales, restando vigencia al sistema de carrera administrativa y afectando la calidad de la administración frente a la ciudadanía en general. Es de esta forma como se mina su funcionamiento y confianza, y resta vigencia a los principios constitucionales de la función pública.

Palabras claves: carrera administrativa, condiciones de vulnerabilidad, empleados públicos, estabilidad laboral, provisionalidad.

Abstract

The purpose of this research was to analyze the elements of legal and jurisprudential order that constitute the support of the labor dismissal of public employees in conditions of vulnerability, who are provisionally appointed in administrative career positions, established by the Constitutional Court and the Council of State. The interpretive efforts that try to understand the applicability of a norm called social retainer are identified, which seeks to protect the rights of public employees appointed provisionally in conditions of vulnerability who occupy administrative career positions, through the figure of reinforced labor stability. The different analyzes carried out in this reflection article make it possible to show that provisional appointments, when they are transformed into protection of a condition of vulnerability as a range of public administration models (bureaucracy, public management and governance), do not allow those who aspire to contest of merit to the public positions constitute in itself a legitimate confidence of the public power on the processes of selection of personnel to exercise functions at the service of the State. Although the Constitutional Court, through its various rulings for the protection of private labor interests among other rights, does not reveal the affectation that has been generated through the expectations given to temporary employees, making the system of administrative career and affecting the quality of the administration against the general public. It is in this way that its operation and confidence are undermined, and the constitutional principles of the public function are subtracted from validity.

Key words: administrative career, conditions of vulnerability, public employees, job stability, provisional status.

Introducción

La Corte Constitucional ha desempeñado un papel protagónico frente a las decisiones donde se encuentran inmersos los derechos laborales de quienes trabajan en calidad de empleados públicos en las diferentes entidades estatales de nuestro país. Es imposible obviar las implicaciones sociales, económicas y políticas que contienen las distintas decisiones judiciales emitidas por los despachos judiciales de ambas cortes. Sus efectos generan nuevas condiciones jurídicas para la justicia y el génesis de nuevas obligatoriedades del Estado y de quienes laboran para él.

ISSN: 1794-1598

La Constitución de 1991 estableció mecanismos de participación ciudadana para la protección colectiva y particular de sus derechos, incluyendo la posibilidad de asociarse para formar organizaciones en defensa de sus derechos. En el caso que nos ocupa en materia de estabilidad laboral reforzada en empleados públicos en condiciones de vulnerabilidad que ocupan actualmente cargos de carrera administrativa bajo la modalidad de la provisionalidad.

Al estudiar diferentes sentencias proferidas por la Corte Constitucional, se puede evidenciar claramente las diferencias en la aplicabilidad de las normas al momento de decidir sobre los derechos laborales de los empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa; es decir, que se han tomado decisiones por parte de la Corte Constitucional con argumentos contrarios a la misma Constitución.

En varias de esas decisiones el Consejo de Estado permitió que los empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa fueran desvinculados inmediatamente, cuando se encontraba en la lista de elegibles por concurso de méritos, teniendo en cuenta la provisión de cargos en carrera de forma definitiva por quien aprobó el respectivo examen, a través de acto administrativo motivado en debida forma.

Por el contrario, la Corte Constitucional a pesar de tener contenido en su normatividad el artículo 125 que establece que todos los cargos públicos deben de ser proveídos a través del concurso de méritos, considera constitucionalmente pertinente que se deben tener en cuenta diferentes situaciones presentadas con los trabajadores que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y que prestan sus servicios a través del nombramiento definido como provisionalidad.

La Corte Constitucional le recuerda al Consejo de Estado que tiene que seguir sus fallos porque es deber acatar un precedente judicial, haciendo énfasis en que se hace más estricto cuando se trata de jurisprudencia constitucional. Así mismo, se ha referido que sus sentencias son obligatorias porque en ellas se garantiza el derecho a la igualdad.

Consideramos así sumariamente, que se oponen los criterios al momento de garantizar un derecho laboral en el sector público, el Consejo de Estado apoya su normatividad y resalta el artículo 125 de la Constitución Política, y la Corte Constitucional, aun teniendo claro que existe norma de su categoría al respecto, sobrepone a su vez los derechos fundamentales que dan garantía y estabilidad laboral a las personas en condiciones de vulnerabilidad nombrada en carácter provisional.

Podemos definir claramente que la favorabilidad de una norma no se mide porque tuvo aplicabilidad o no, puesto que no tendría sentido que esta se haga aplicable sin haber una medición positiva de resultado, en donde se constate que a través de su aplicación se dio solución a un conflicto jurídico de forma coherente y resolutiva en particular en la provisión de un empleo público de un empleado provisional, en razón de su estabilidad precaria o nula.

Tal y como lo afirma Clara Cecilia Dueñas Quevedo (Quevedo, 2009, pág. 104) “Del análisis de esta categoría de empleos, concluimos, ya que no se encuentran regulados por normas propias de los empleados de libre nombramiento y remoción, así como tampoco de las que rigen los

empleos de periodo fijo y menos aún por las normas que regulan los empleos de carrera. Así las cosas, en nuestra opinión, la estabilidad de los empleados vinculados en empleos de esta naturaleza es en verdad precaria".

Es decir que aun reconociendo los derechos laborales de quienes entregan su vida laboral al Estado, la única garantía de estabilidad laboral que tienen los empleados de carrera administrativa es cumplir con eficiencia, eficacia, idoneidad y buena conducta sus funciones, para así obtener una evaluación satisfactoria por parte de sus superiores, y los provisionales pese a no ser ni siquiera calificados bajo los criterios ya mencionados, la Corte ordena que su desvinculación debe realizarse a través de acto administrativo motivado que soporte legalmente su retiro y no son sometidos a periodo de prueba. Dicha situación deja claro que día a día se han dado mayores garantías a empleados provisionales que a los mismos empleados bajo la modalidad de carrera administrativa, lo que resulta injusto e inconstitucional (Quevedo, 2009).

El presente trabajo tiene como fin principal responder al siguiente interrogante: la protección que da la Corte Constitucional bajo la figura de la estabilidad laboral reforzada a empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, en condiciones de vulnerabilidad, afecta la administración pública y los procesos de incorporación a ella. Por ello, nos trazamos como objetivo definir y analizar los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto al interrogante planteado, en aras de llegar a concluir cuáles son las garantías con las que cuentan los ciudadanos al momento de participar en un proceso de selección a través del concurso de méritos, y la confianza legítima como garantía en un proceso de ingreso a la carrera administrativa de forma objetiva y transparente.

Para resolver el interrogante formulado en esta investigación, se procedió a recolectar y organizar la información conceptual encontrada en diferentes textos correspondientes al área del Derecho Laboral Administrativo. De igual manera, se seleccionaron algunas de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional y Consejo de Estadio respecto al tema de la estabilidad laboral reforzada en empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, las cuales fueron leídas y organizadas de forma tal que permitieran evidenciar las diferentes percepciones de la Corte, y compararlas con la norma que regula la función de la carrera administrativa y su reglamentación a nivel constitucional como norma superior.

Los Servidores Públicos

Los empleados públicos en Colombia han sido reconocidos y diferenciados desde la Ley 4 de 1913, en los siguientes términos tomados literalmente de la norma original: "Artículo 5°. Son empleados públicos todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes. Lo son igualmente los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos (...) (Congreso de Colombia, 1913), significando lo anterior que el empleado público, debe tener una función específica y reconocida por la ley, teniendo presente que son vinculados a laborar, en las diferentes oficinas públicas con el único fin de garantizar el servicio de manera eficiente a los diferentes usuarios que lo requieran.

ISSN: 1794-1598

En Colombia, los servidores públicos se dividen en tres grupos, se determinan de la siguiente manera: miembros de las corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales. Para este tema de investigación, interesa propiamente el término en general de empleados públicos, por ser estos los que se encuentran sujetos a ser removidos de sus cargos, en virtud de un concurso público o en su defecto, por un acto administrativo que puede ser controvertido en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por ello es importante traer a colación la definición dada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"SERVIDOR PÚBLICO O FUNCIONARIOS PÚBLICOS - Definición El Constituyente Primario utilizó de forma general el concepto de «servidor público» para comprender a todas las personas naturales que tienen una relación laboral con el Estado, y trabajan a su servicio para efectos de asegurar el cumplimiento de sus fines constitucionales. para referirse a ellos en forma genérica la Carta también emplea la expresión «funcionarios», tal como se evidencia en los artículos 118, 125, 135, 178, 179, 180, 189, 201, 208, 214, 235, 249, 253, 255, 256, 257, 260, 268, 277, 278, 279, 292, 300, 313, 315 y 354.

CLASIFICACIÓN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS – Regulación / FORMAS DE VINCULACIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES [...]empleados públicos son las personas naturales vinculadas a la administración pública en virtud de una relación legal y reglamentaria, es decir, a través de un acto administrativo de nombramiento, mientras que los trabajadores oficiales lo son a través de un contrato de trabajo. Estos últimos, por regla general, constituyen el personal que labora en las entidades descentralizadas y desconcentradas por servicios o por colaboración, tales como sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado, como es el caso del FNA, que de acuerdo con la Ley 432 de 1998, es una empresa industrial y comercial del Estado de carácter financiero." (Consejo de Estado Sección Segunda, 2014)

Tipos de nombramiento de empleados públicos

Los mencionados empleados públicos se han dividido de la siguiente manera: por elección popular, son los concejales, diputados, congresistas, alcaldes, gobernadores y el Presidente de la República; nombramiento por periodo fijo, cuyo nombramiento se produce de una terna presentada al nominador respectivo; provisionales que son aquellos que se nombran por determinado tiempo y generalmente se debe a la falta de convocar a un concurso público para suplir la vacancia existente; los de libre nombramiento y remoción, aquellos empleados de confianza y su permanencia depende del nominador quien goza de cierta discrecionalidad para declararlo insubsistente; posteriormente, tenemos los cargos de carrera administrativa, cuya vinculación es a través de un concurso de méritos y, por último, los empleados de carácter temporal, cuya vinculación se realiza a través de un contrato de prestación de servicios para desempeñar funciones con un alto grado especialidad (Younes, 2018).

Teniendo en cuenta lo mencionado, es importante entrar a hablar del término de provisionalidad dentro de la Administración Pública, haciendo énfasis en que dicho nombramiento se hace en calidad de suplir una vacancia temporal, el cual puede terminar en cualquier momento y por diferentes circunstancias, el nombramiento provisional se hace con el único fin de evitar la

parálisis de la administración pública, mientras se efectúan los procedimientos necesarios para cubrir de manera definitiva la vacancia existente a través de la figura del concurso de méritos. Los empleados designados mediante esta modalidad no cuentan con una estabilidad laboral como la de los empleados de carrera, sin embargo, su desvinculación debe ser mediante acto administrativo debidamente motivado y puede ser objeto de control jurisdiccional.

Con la expedición del Decreto 2400 de 1968 (Presidencia de la República de Colombia, 1968), se señaló que si el empleo se suprimía y era ejercido por un empleado designado en provisionalidad o libre nombramiento y remoción, el empleado quedaba en situación de retiro, prohíbe la contratación por prestación de servicios si las funciones eran permanentes, y asigna tres clases de contratación de libre nombramiento y remoción en periodo de prueba y el provisional por un período máximo de cuatro meses, limitando el tiempo de los empleados provisionales con el ánimo de evitar que este nombramiento se tornara indefinido.

Por su parte el Consejo de Estado ha señalado que el empleado nombrado en provisionalidad es aquel que se configura cuando una persona es nombrada en un cargo público sin haber superado el concurso de méritos, suministrando transitoriamente un empleo de carrera; es decir, la administración pública para realizar un nombramiento provisional, parte desde su inicio sobre un supuesto que el empleo se encuentra en vacancia temporal y no definitiva.

El inciso segundo del artículo 3° del Decreto 1572 de 1998 reafirmó la exigencia de la Ley 443 de 1998 para que procediera al nombramiento en provisionalidad, por ello en este 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. (Decreto 1572 artículo 3 inciso segundo) (Presidencia de la República de Colombia, 1998)

La administración pública

Es relevante traer a colación la responsabilidad de la administración pública de velar objetiva e imparcialmente por los intereses de quienes laboran para ella, pues de allí nacen los principios constitucionales rectores que deben regir para la misma, y es así como se tiene en cuenta la afirmación:

> La reforma administrativa, en la óptica de Weber, conduce al administrador público a la tarea imparcial, conforme a derecho, de gobernar sin preferencias con el propósito de lograr un progreso económico, bajo los mecanismos del paradigma de dominación burocrática, que no son otros que una serie de reglas y sistemas de derecho administrativo que separan la política de la administración y al mismo tiempo someten la administración al principio de justicia y demarcan un límite a la administración para no incurrir en desigualdades inmotivadas y preferencias (Restrepo-Medina, 2011, págs. 365-388)

ISSN: 1794-1598

Es por lo anterior que se considera ambigua la interpretación que se ha hecho de la ley por parte de las altas cortes, cuanto es el mismo artículo 125 de la norma constitucional, el que afirma en su texto que la única forma de acceder a un cargo público es a través del concurso de méritos, y de esta forma ha sido definido no solo por la ley y la jurisprudencia, sino por los diferentes estudiosos del tema, tal y como lo menciona Restrepo Medina cuando nos hace referencia a que todo cargo público deberá estar reglado por la constitución y la ley, y del cual traigo un aparte importante.

> Que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, cuyo ejercicio se realizará en la forma prevista por la constitución, la ley y el reglamento, en razón de cuya inobservancia por omisión o extralimitación se establece la responsabilidad de los empleados públicos, cuya determinación y la manera de hacerla efectiva también serán establecidos por la ley (Restrepo-Medina, 2011, págs. 365-388).

Lo narrado por el autor deja claro que no hay lugar a interpretaciones aisladas de la ley y la Constitución que permitan que otras personas accedan a un cargo en propiedad dentro de la administración pública, por el solo hecho de mantener una condición vulnerable dentro de un nombramiento provisional, pues, como su nombre lo indica, desde su nombramiento la persona es consciente de que dicho acto es de carácter temporal y no permanente.

En relación con lo anterior, es necesario hacer énfasis en que una de las finalidades de la carrera administrativa es garantizar la estabilidad de los servidores en cada uno de los cargos creados por el Estado para prestar diferentes servicios, y así mismo garantizar el acceso a todos los ciudadanos a la administración pública de acuerdo con sus méritos y capacidades, y de esta manera aligerar al Estado de vicios como el clientelismo y nepotismo, que tanto daño han hecho a nuestro sistema de administración pública, los cuales han desvirtuado el principio de igualdad, la preservación del derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo. De ahí que Restrepo haga alusión al concepto de institucionalización del mérito tal y como se describe en el siguiente acápite:

> Aparte de la institucionalización del mérito, uno de los propósitos consistía en marginar a los políticos del campo de la administración del personal y eliminar el padrinazgo político, llegando a establecerse como principio que el servicio civil fuera un instrumento obediente e imparcial de la soberanía estatal, y un intérprete e implementador de la ley y las políticas públicas; de esta manera, el servicio civil llegó a disfrutar de un status de protector imparcial del interés público y se convirtió en un símbolo de estabilidad y continuidad. (Restrepo, 2009, págs. 167-185)

El autor deja clara la importancia del mérito en la provisión de cargos en el sector público, pues dicha norma fue indispensable para acabar con clientelismos y maquinarias políticas que manipulaban el sistema laboral público, sin embargo, hoy en día siguen intentado manipular las pocas disposiciones legales que, para el caso que nos atañe existen, reinventando figuras jurídicas con el afán de mantener prolongadamente el cargo a personas que no han aprobado el respectivo concurso de méritos.

Pensamos que el legislador ha dejado un vacío grande dentro de la normatividad que regula las relaciones laborales entre el Estado y quienes laboran para él, y que a través de la normatividad que rige actualmente no cabe duda que prevalece el mérito frente a la provisionalidad, pero cómo es posible que las Cortes a lo largo del tiempo han hecho interpretaciones a como bien les parece para definir las condiciones de muchos empleados públicos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad de forma particular, en algunos casos decidiendo favorablemente y en otros no, entonces hasta qué punto la interpretación de quien se encuentra como juez o magistrado dentro de un proceso tiene la capacidad para hacer norma y proteger o no los derechos de un trabajador que se encuentra en desventaja por no existir una norma clara que regule su situación.

A partir de los argumentos expuestos en el párrafo precedente podemos precisar que la favorabilidad de una norma no se mide porque tuvo aplicabilidad o no, puesto que no tendría sentido que esta se haga aplicable sin haber una medición positiva de resultado, en donde se constate que a través de su aplicación se dio solución a un conflicto jurídico de forma coherente y resolutiva. Es por ello que la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, hace énfasis en el estado como figura empleadora, por lo cual los valores y principios del derecho al trabajo deben de estar inmersos en él, y así lo estableció, veamos: “Esto debe de ser así, por cuanto la administración como una de las mayores fuentes de empleo no puede desconocer el valor del trabajo, así como la prevalencia de los principios enunciados en el artículo 53 de la Constitución Nacional. Solo la aplicación de estos principios permite que el derecho al trabajo pueda desarrollarse y garantizarse efectivamente, estos hacen parte de la relevancia que dentro del Estado Social de Derecho se le ha dado al trabajo como tal” (Corte Constitucional, 1992).

No es lícito en ningún caso al patrono, ya sea un particular o la misma administración, el desconocimiento de los principios mínimos de naturaleza constitucional establecidos en el artículo 53, por ser complemento indispensable del artículo 25 de la misma normatividad. De esta manera, podemos darnos cuenta de que el principal empleador del país es el Estado a través de la administración pública, por cuanto es el pilar y el garante de los principios de todos aquellos que laboran para él; de ahí que la normatividad aplicable sea acorde con los mandatos Constitucionales, y podamos definir como principio de estabilidad, la permanencia de quien trabaja, mientras subsista la relación de trabajo y no se compruebe una justa causa de terminación de la relación laboral.

Por otra parte, es necesario hacer referencia a los principios que soportan la estabilidad laboral, y es allí cuando hablamos de: principio de primacía de la realidad, principio de continuidad o de vocación de permanencia, principio de asunción de los riesgos por el patrono, principio de protección al trabajo, principio de efectividad del derecho al trabajo y principio de realización de la justicia social.

En relación con lo esgrimido en el párrafo anterior, es necesario mencionar que a pesar de existir la mencionada Ley 790 de 2002 (Congreso de Colombia, 2002), la cual expresamente garantiza unos derechos laborales, los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han hecho que dicho sentido de la norma no se aplique en sentido estricto, entendiéndose como válido también el concepto consagrado en la Constitución Política

ISSN: 1794-1598

de Colombia en su artículo 125, que define la provisión de los empleos de los órganos y entidades del Estado bajo la modalidad de la carrera administrativa a través del mérito.

Todo lo desarrollado hasta ahora nos permite recalcar la importancia del artículo 125 en la Constitución Política, en donde se resalta la necesidad de que la provisión de empleos en el sector público se haga a través del concurso de méritos, dicha disposición fue desarrollada a través de la Ley 909 de 2004, (Presidencia de la República, 2004) Decreto 1227 de 2005, mediante la cual se fijan los lineamientos a tener en cuenta para el ingreso y ascenso dentro del sistema de carrera administrativa.

Conviene recordar que todos los conceptos mencionados son legales, sin embargo, existe una afectación a los derechos de los empleados públicos provisionales en condiciones de vulnerabilidad al momento de ser desvinculados del cargo para proveer el mismo, igualmente se ven afectados los derechos de las personas que a través del concurso de mérito adquirieron el derecho a ocupar un cargo en carrera administrativa al cual no pueden acceder, esto porque la carrera administrativa permite la profesionalización de la administración y, por ende, de la calidad de su actuación frente a los ciudadanos.

Desde ese punto de vista, la protección a la provisionalidad, no guardaría relación con la máxima del mérito. A partir de aquí entonces el mérito y la 'buena administración' pierden en 'ponderación' frente a la persona en vulnerabilidad.

Es importante mencionar que al momento de carecer de sentido y extender su aplicabilidad, la norma estipulada que regula la estabilidad laboral reforzada en los empleados públicos provisionales que ocupan cargos de carrera administrativa denominada reten social, se generaría no solo un conflicto de intereses entre las partes, sino una afectación directa a los derechos laborales de los empleados públicos provisionales y de las personas que obtuvieron su derecho al ingreso a la carrera administrativa a través del mérito; es decir, que tendríamos que entrar a dirimir un conflicto de ponderación de derechos dentro de la administración pública.

Analizando lo planteado en el párrafo anterior, la ponderación obedece a la prevalencia de derechos entre quienes ocupan el cargo bajo el nombramiento provisional injustificadamente en el tiempo por razones de protección especial por una condición de vulnerabilidad, y quienes aprueban satisfactoriamente el concurso de méritos y deben ser nombrados en uno de los cargos vacantes, ajustándose a las condiciones de periodo de prueba y calificación integral de servicios, encontrándose igual en condición de especial protección. Hasta dónde el Estado se encuentra preparado para enfrentar la crisis que actualmente se vive en materia laboral en nuestro país, en el afán de velar y proteger los derechos de quienes laboran para él, será suficiente que la Corte Constitucional se pronuncie de forma particular cobre cada caso en especial, o por el contrario, vemos la necesidad y la urgencia de una reglamentación que clarifique el procedimiento de ingreso a la carrera administrativa y la estabilidad en el empleo.

Fundamentación de la carrera administrativa

Es así como empezamos a hablar de la carrera administrativa, definiéndola como un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la administración pública en Colombia ha venido impulsando desde el siglo XX la carrera administrativa, teniendo como fin primordial hacer más efectivo el aparato administrativo, generando un servicio más eficaz y generando una estabilidad laboral a los empleados del Estado.

La carrera administrativa está prevista en la Constitución Política, en su artículo 125 el cual señala: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley". (Constitución Política de Colombia, Art. 125).

En este punto se puede destacar que la figura de carrera administrativa busca obtener una selección de personal al servicio del Estado que cumpla con los fines contenidos en la Constitución Política y, principalmente, tal y como lo indica Jaime Orlando Santofimio Gamboa, cumplir con las funciones de:

> i materializar el derecho a la igualdad de los ciudadanos que aspiran al ejercicio de un cargo público, ii garantizar el respeto por la disposición constitucional, artículo 40 numeral 7 de la carta política, en la cual todo ciudadano tiene derecho a acceder al desempeño de sus funciones y cargos públicos, iii proporcionar estabilidad laboral a los servidores públicos que cumplen sus funciones con sujeción a la Constitución y la ley, iv servir de formula interpretativa de las reglas que versan sobre el acceso a los cargos del Estado. (Santofimio, 2017)

La carrera administrativa fue creada inicialmente con la Ley 165 de 1938, en el afán de reglamentar las relaciones laborales y el manejo de recursos humanos en conjunto con el Estado, buscando un óptimo y armonioso funcionamiento de la administración pública. Dicha ley no fue bien recibida por los empleados públicos de la época, en razón a que sentían que la disposición iba en contra de sus derechos y de la autonomía que hasta el momento habían sostenido sus superiores. Además de estar inconformes con los requisitos de ingreso implementados en dicha época, como lo eran ser colombiano, estar a paz y salvo con el tesoro nacional, haber cumplido los deberes militares, no tener enfermedad contagiosa y someterse a un período de prueba no inferior a un año.

En el informe rendido por la misión Currie en 1952; es decir, 14 años después de la implementación de la Ley 165 expedida en 1938 (El Congreso de Colombia , 1938), como primer intento en la reglamentación y organización de la carrera administrativa, manifiesta que no fue posible lograr su finalidad llegado al punto de considerarse inoperante, teniendo claro que de la cantidad de empleados nombrados en el sector público, solo una minoría había ingresado a través del mérito, es decir, a través de exámenes, los restantes habían sido nombrados por relaciones políticas, lo que desprestigió por completo el verdadero sentido de la carrera administrativa, situación que se mantiene en la actualidad en nuestro país (Younes, 2018).

ISSN: 1794-1598

La inoperancia administrativa, el desorden en los nombramientos de personal, el manejo burocrático y político del recurso humano y el poder desmedido del presidente para contratar personal a favor del Estado, incentivaron y motivaron la expedición de diferentes leyes, en el afán de fortalecer la estructura de la carrera administrativa y crear una conciencia constitucional. Por ello, el constituyente de 1991 vio la necesidad de crear una normatividad seria que regulara la estructura de la carrera administrativa alejándola del manejo burocrático, bajo los principios de mérito, capacidad, habilidad, eficiencia y honestidad.

Es significativa la importancia que tiene la carrera administrativa dentro de la función pública, y vale la pena traer a colación nuevamente a Jaime Orlando Santofimio Gamboa cuando menciona: "La regla general en el ingreso al empleo en órganos y entidades del Estado es la carrera administrativa", por lo expuesto, la supremacía que tiene dicha figura obedece a una institución constitucional que soporta la estructura del recurso humano que labora para el Estado (Santofimio, 2017).

Con el fin de implementar lo dispuesto en la Constitución, se expidió la Ley 27 de 1992, mediante la cual se conformó la Comisión Nacional del Servicio Civil y se reglamentó el sistema de carrera administrativa en los siguientes términos:

> [...] se reglamentó el sistema de carrera para las entidades tanto del nivel nacional como territorial, se clasificaron los empleos, se asignó a las entidades la competencia de desarrollar los procesos de selección; se desarrolló el derecho a la reincorporación e indemnización; se establecieron garantías para los limitados físicos y la maternidad, se consagró un sistema de ingreso extraordinario para los empleados del nivel territorial. Posteriormente, el Congreso de la República expidió la Ley 443 de 1998 que se convertiría en el nuevo estatuto de carrera administrativa, el que introducía reformas a la Comisión Nacional del Servicio Civil, creando comisiones departamentales y distritales, también se le asignaron competencias sancionatorias; se prohíben las inscripciones extraordinarias en el escalafón de carrera; se precisó la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción; se dispuso la unificación de la nomenclatura para los empleos de los diferentes niveles territoriales; se estableció que las modificaciones a las plantas de personal debería estar respaldado por un estudio técnico y por razones del servicio, y, se hicieron precisiones sobre el derecho preferente para la reincorporación por supresión de un empleo de carrera el que podría hacerse efectivo en cualquier entidad y no sólo en la que se laboraba. (Jiménez, 2005, citado por Martínez, 2008)

Principios de la carrera administrativa

Esta recapitulación nos conduce a hablar de los principios que rigen la carrera administrativa, como primera medida el principio de la búsqueda de eficiencia y eficacia en el servicio público, teniendo presente que la administración pública debe velar porque sus servidores cumplan con los criterios del mérito y capacidad profesional, utilizando el concurso de méritos como único mecanismo o instrumento para acceder a un cargo público. Como segundo principio tenemos la garantía e igualdad de oportunidades, norma que se encuentra dentro de nuestra norma constitucional en su artículo 40 numeral 7, limitar el derecho a acceder a un cargo a través del único medio establecido para ello, sería ir en contravía de nuestro ordenamiento superior, por último, la protección de los derechos consagrados en el artículo 53 y 125 los cuales el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar a todos sin distinción alguna (Quevedo, 2009).

Una vez hecha la anterior precisión, vale la pena resaltar lo estipulado por Jairo Villegas Arbeláez, en su libro Derecho Administrativo Laboral (2016, pág. 259), cuando define la estabilidad del empleo como un principio fundamental protector de los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado: "En Colombia se consagra la estabilidad en el empleo en los artículos 53 y 125 de la Constitución, el primero alusivo a todos los trabajadores y el segundo aplicable a los servidores del Estado", de lo anterior resulta que el legislador a partir de la Constitución de 1991 dejó ver su preocupación por las garantías laborales de todos los trabajadores, sin embargo, esto no quiso decir que dicha garantía y estabilidad fuese absoluta, por cuanto se deben cumplir unos parámetros que garanticen la efectividad del servicio y la transparencia de los procesos, lo que deja claro que ninguna situación en particular debería estar por encima de los procesos de selección del personal que desea prestar sus servicios al sector público (Villegas, 2016).

Es claro entonces, según los autores estudiados y las diferentes normas analizadas, que la estabilidad laboral en empleados públicos no hace referencia a que estos sean inamovibles de sus cargos, al contrario, la misma norma garantiza los derechos de ambos, tanto de los empleados de carrera administrativa como de los provisionales, haciendo énfasis en sus principios y fundamentos, en la calidad y transparencia del proceso para acceder a un cargo público y permanecer en él sin pasar por alto de los derechos de otras personas, una condición de vulnerabilidad no obliga al Estado a velar por la garantía de su permanencia injustificada en el empleo. Por el contrario, esta persona teniendo la oportunidad de conocer y desarrollar sus habilidades en un cargo público, le brinda una ventaja frente a los demás que desean participar en un concurso de méritos al mismo cargo que este ya ocupa, de no ser así tendríamos que analizar el caso particular de cada una de las personas bajo la modalidad de la provisionalidad y todos aquellos que presentan el respectivo examen y lo aprueban, pues, cada una de esas personas tendrá una situación de vida que podría afectar la imparcialidad del proceso, siendo así, sería una situación netamente subjetiva y destruiría la institución jurídica de carrera administrativa, la cual está encaminada a la eficiencia de la administración, el buen servicio a la sociedad, la profesionalización y estabilidad de los empleados públicos.

El realismo jurídico de Brian Leiter

El presente artículo se enmarcó dentro de la escuela de pensamiento de realismo jurídico estadounidense, por cuanto lo que busca el principio de la estabilidad laboral es impartir justicia respecto a los empleados públicos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad en cargos provisionales, sin afectar los derechos e intereses de quienes aprueban el concurso de méritos para acceder a un cargo público en propiedad bajo la figura de carrera administrativa.

Una vez consultada la escuela de realismo jurídico estadounidense, se puede decir que esta es fundamental en el ejercicio del derecho, teniendo en cuenta que su teoría está basada en que las Cortes no deciden primariamente en derecho, sino en sentido de lo que es justo, concepto que define el autor Brian Leiter: "Los jueces decidían los casos basándose en reglas y razones definitivamente jurídicas, las cuales justificaban un resultado único en la mayoría de los casos (quizá en todos)". (Leiter, 2015, pág. 1) Esto es relevante para el propósito del documento, toda vez que el tema principal es la aplicabilidad e interpretación de una norma a la cual las diferentes Cortes le han dado una interpretación diferente en casos particulares, tratando de

ISSN: 1794-1598

buscar la concepción de lo que es justo o no para los trabajadores al servicio del Estado (Leiter, 2015, pág. 1).

Es por lo anterior que se hace relevante tener presente que, a partir de hechos reales, como lo es la inestabilidad laboral de los empleados públicos nombrados en provisionalidad en condiciones de vulnerabilidad en la actualidad, que se crean diferentes escenarios, los cuales a su vez se convierten en un método para buscar respuestas a un problema que se encuentra latente.

Dentro de la escuela de pensamiento del realismo jurídico, encontramos la intermediación jurídica en donde Leiter habla respecto al concepto de que las razones no justifican una única decisión en el derecho y es cuando menciona la frase: "El derecho era racionalmente indeterminado" (Leiter, 2015), y nos lleva a entender que cada actuación de un Juez frente a un caso concreto, así se tengan los mismos presupuestos de derecho, las condiciones son independientes una de otra, teniendo en cuenta que la situación laboral de cada uno de los empleados obedece a diferentes condiciones y aspectos jurídicos, lo que nos lleva a concluir que pueden haber decisiones en diferentes sentidos y de carácter jurídico independiente. (Biblioteca Jurídica Virtual Instituto de Investigaciones UNAM, s.f.)

Una vez analizados los principales aspectos que comprende la escuela del realismo jurídico, podemos comprender que esta permite que todas las Cortes puedan tener una interpretación diferente respecto de un mismo asunto. Por ello, no contamos con un resultado único que defina la situación que se pretende investigar, por cuanto la aplicabilidad de la norma se ha entendido de diferentes formas de acuerdo al contexto de cada uno de los empleados públicos afectados.

Con relación a lo precedente, Leiter define el Razonamiento Jurídico: "Está basado en realidad en una tesis implícita acerca del alcance de la clase de razones jurídicas: es decir la clase de razones que los jueces pueden adecuadamente invocar en la justificación de una decisión" (Leiter, 2015, pág. 5), esto nos lleva a comprender que los jueces independientemente del derecho tienen un concepto de justicia arraigado también a sus creencias y convicciones, y esto hace que sus decisiones frente a un mismo asunto se lleven a cabo de forma independiente y con sentidos opuestos. (Biblioteca Jurídica Virtual Instituto de Investigaciones, UNAM, s.f.).

Una de las afirmaciones más significativas dentro de la escuela del realismo jurídico obedece a que la interpretación que los jueces hacen en un mismo asunto sea diferente y de forma aislada, y un claro ejemplo de ello es el fallo de primera y segunda instancia, es con este vivo ejemplo que comprendemos que dos jueces interpretan y aplican de diferente manera una norma, ambos jueces cuentan con la norma escrita; sin embargo, su interpretación varía de acuerdo a su concepción de lo que es justo o no frente al caso en concreto, y es allí cuando comprendemos que los juristas responden la mayoría de veces a los hechos más no a las reglas jurídicas.

De los conceptos más controvertidos del realismo jurídico obedece a la afirmación que se hace respecto de: "La forma de ganar un caso es hacer que el juez quiera decidir en tu favor, y sólo después, citar los precedentes que justificarían tal determinación" (Leiter, 2015, pág. 7). Por esta afirmación es que nos atrevemos a decir que el abogado trabaja sobre los hechos y trata de persuadir a la Corte con argumentos adecuados para lograr un resultado positivo a su favor.

Partiendo de lo argumentado precedentes, no podemos decir que la teoría de las resoluciones de casos anteriores sirva de base para resolver los futuros, pues se tornaría incierta e insegura por cuanto no hay una estabilidad en el precedente además de ser ambigua y riesgosa.

Cuando nos enfrentamos al estudio teórico de las dos ramas del realismo, entramos a comprender cómo los factores sociales hacen que los jueces fallen de forma similar y predecible, agregando además que los factores psicológicos y de personalidad del juez influyen en la toma de decisiones, y es allí cuando los abogados tienen la capacidad de predecir el resultado favorable o desfavorable en un proceso dependiendo del juez o magistrado donde se encuentre el proceso, lo que materializa una vez el concepto de inseguridad jurídica frente a un caso en concreto o la aplicación y eficacia de una norma en particular.

Conceptualización estabilidad laboral

En relación con lo anterior, y con el tema de investigación se hace relevante definir lo que entendemos como estabilidad laboral, y de esta manera, decimos que según Barassi (1953 pág. 328): "Estabilidad, desde el punto de vista del trabajador subordinado de empleador privado. Es el derecho de aquel de conservar su empleo durante toda su vida laboral, siempre que no sobrevenga justa causa de despido judicialmente comprobada". Situación que nos indica que la estabilidad laboral no es otra cosa que el derecho que tienen las personas que entregan su vida laboral a determinada entidad bien sea del Estado o de la empresa privada, permanece en el desempeño de sus labores, mientras cumpla con las funciones encomendadas y sin que se presenten justas causas de terminación de la relación laboral. (Barassi, 1953).

Por otra parte, en cuanto al concepto de vulnerabilidad, se precisa que para la presente investigación se entiende por personas vulnerables, aquella población que está constituida por las personas de libre nombramiento y remoción o vinculadas en provisionalidad, que por su vinculación tipo de nombramiento pueden o no alegar jurídicamente el derecho a una indemnización, al igual que aquellas personas que por su discapacidad física merecen un trato preferente, como también las personas que se encuentran cercanas a alcanzar la pensión de vejez, y por último, las madres y padres cabezas de hogar que incluyó la Corte Constitucional en varios de sus pronunciamientos.

He aquí, en pocas palabras, cómo la Corte Constitucional establece garantías a las personas en calidad de pre pensionados en razón a la figura del retén social:

> i. El retén social, y dentro de éste la protección a las personas próximas a pensionarse, tiene fundamento jurídico en principios de raigambre constitucional. ii. La interpretación más acorde con el contenido esencial del derecho a la seguridad social y que más garantías otorga es aquella que cuenta el término de tres años exigido por el artículo 12 de la ley 790 de 2002 desde el momento en que se suprime el cargo y la persona es retirada del servicio. iii. No obstante el fundamento constitucional del retén social, su concreción práctica no se aplica de forma irrestricta o ilimitada; la misma sigue los parámetros que, en ejercicio de su libertad de configuración, han sido dados por el legislador. En este sentido, y para los casos que ahora nos ocupan, se concluye que el retén social guarda una esencial relación con la aplicación del PRAP, en cuanto los servidores de entidades

ISSN: 1794-1598

> liquidadas en desarrollo del mismo deberán ser beneficiarios de dicha protección reforzada. iv. Será la entidad en proceso de liquidación o el administrador del patrimonio autónomo de remanentes de la misma el sujeto de derecho encargado de dar cumplimiento a la protección derivada del retén social para los prepensionados, se trate de decisiones tomadas por la propia entidad o de órdenes proferidas por las autoridades judiciales. (Corte Constitucional, 2012)

En cuanto al concepto de discapacidad, así la define la Organización Mundial de la Salud:

> "La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno, que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Convención de la ONU, 2006. (Salud, Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, 2009).
> Te sugiero escoger una sola de las citas...
> Son aquellas personas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con el entorno, encuentran diversas barreras, que pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos. (Convención de la ONU, 2006, y Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, OMS, 2002). (Salud, https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial, 2002)

De esta forma, cuando nos referimos a la función misma de la carrera administrativa, podemos reiterar que esta es un sistema reglado y técnico de administración de personal, aplicable a quienes desempeñen empleos, y sus funciones sean de naturaleza técnica o administrativa, a los empleos pertenecientes a la carrera, a la categoría de empleados públicos o empleados administrativos (Villegas, 2016).

Lo precedente deja claro que, la carrera administrativa es una institución jurídica que regula las relaciones laborales entre el Estado y sus empleados, donde se fija una estructura de ingreso ascenso y retiro, normas que tienen como base un mandato constitucional, los derechos y deberes contemplados en la norma que rige la carrera administrativa, están diseñados para que los términos sean en iguales condiciones y oportunidades para todos, y la permanencia en el cargo para quienes estén bajo la modalidad de contratación de carrera administrativa depende de su buen desempeño, calificación satisfactoria de sus funciones y cumplimiento de deberes y obligaciones en ejercicio de los derechos.

De lo anterior, se desprende que no resulta equitativo ni justo que un empleado provisional no sea evaluado, que no sea medible el cumplimiento de su servicio y de sus deberes, y aunado a eso también el Estado debe garantizarle la permanencia injustificada en el cargo por una condición de vulnerabilidad. Podríamos exponer el caso práctico de un empleado en carrea administrativa con evaluación insatisfactoria en condiciones de vulnerabilidad. Será que la Corte decidiría igual, o cuál sería el debido proceso en cada caso en particular, no estaríamos yendo en contravía al principio de igualdad como pilar de la carrera administrativa, o ya estaría implícito un vicio de subjetividad en el proceso de selección de personal al servicio del Estado colombiano.

La nueva función del Estado constituye, sin lugar a dudas, una de las características más sobresalientes de la época contemporánea, y el fenómeno es objeto del examen del derecho público, la sociología política y la ciencia administrativa, pero en todo caso el éxito de aquellos depende, en gran medida, del grado de modernización y racionalización de la estructura y organización estatal. (Younes, 2018).

Tránsitos normativos

Es importante entrar a realizar un recorrido normativo, que nos permita tener una visión clara de lo que se pretende con el presente, y sería importante comenzar por decir que la Ley 165 de 1938 fue la primera norma que abordó el tema de carrera administrativa, la cual a través del plebiscito de 1957 adquirió su carácter de constitucional en la Constitución de 1886, en mandato de esta norma se crea la Ley 19 de 1958 con su Decreto reglamentario 1732 de 1960, el cual habla por primera vez de los nombramientos provisionales en el sector público.

Posteriormente, la Ley 65 de 1967 (El Congreso de Colombia , 1967) faculta al presidente de la República para modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, y en razón a ello se expide el Decreto 2400 de 1968 reglamentado por el Decreto 1950 de 1973 (Presidencia de la República de Colombia , 1973), que estipula la forma y procedencia de los nombramientos con carácter de provisionalidad dentro del sector público.

Teniendo en cuenta la necesidad de una reglamentación mayor referente al tema de provisionalidad, se creó la Ley 36 de 1982 (Presidencia de la República de Colombia, 1982) la cual implementó que los nombramientos provisionales no podrían excederse de doce meses. Con posterioridad a ello el artículo 7 de la Ley 61 de 1987, estableció que los nombramientos no podían ser superiores a cuatro meses prorrogables por otros cuatro meses, siendo esta la última norma que hablo de la provisionalidad antes de la Constitución Política de 1991.

Es por lo anterior, que podemos decir que los nombramientos en el sector público de carácter provisional antes de la Constitución Política de 1991, obedecían a características como: proceden cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera, se realizan con personal no seleccionado a través de concurso de méritos, no pueden exceder los cuatro meses prorrogables por una sola vez y por el mismo término, deben ceñirse a los lineamientos establecidos por cada entidad, se otorgan exclusivamente por necesidad del servicio y en cualquier momento podrá declararse insubsistente en el cargo sin necesidad de motivación del acto administrativo que así lo ordene.

Cuando entra en vigencia la Constitución Política de 1991, se crea el Capítulo II de la Función Pública, y podemos entrar a discutir que la carrera administrativa que es un sistema técnico de administración personal, que busca garantizar la eficiencia de la administración pública y ofreciendo igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en el empleo y la posibilidad de ascenso.

Posteriormente, el legislador crea la norma Ley 27 de 1992 artículo 10, como mecanismo subsidiario para proveer empleos en las entidades públicas según sus necesidades, con aquellas

ISSN: 1794-1598

personas que no hayan podido acceder a ellos a través del mérito. Dicha norma fue derogada por la ley 443 de 1998, la cual entró a regular con mayor fuerza los nombramientos de carácter provisional, y obliga a que haya una exigencia y existencia de un concurso de méritos para acceder al mecanismo de la provisionalidad, y le otorga mayor fuerza a la figura del encargo.

En razón a la norma anterior se crea el Decreto 1572 de 1998 (Presidencia de la República de Colombia, 1998), en donde el artículo 4 establece la definición de nombramiento provisional.

De lo que se lleva dicho, y sin perder de vista lo conceptuado por Dueñas Quevedo se puede afirmar que, la figura del nombramiento provisional se ha utilizado para evadir el sistema de carrera, era necesario restringir su uso conservándolo únicamente para el caso de vacantes temporales, es así como podemos observar que el sentido de la figura de provisionalidad tenía un fin totalmente distinto al que actualmente se ha venido aplicando por parte de la administración pública, por cuanto han mantenido la figura de la provisionalidad permanente en el tiempo, y es allí cuando funcionarios públicos adquieren ciertos derechos laborales vulnerando los de aquellos que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo de carrera en el sector público.

Cuando se crea la Ley 790 de 2002, Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al presidente de la República, y para nuestro análisis es fundamental citar el artículo 12 de la misma norma:

> Artículo 12. Reglamentado por el art. 12, Decreto Nacional 190 de 2003 Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-044 de 2004, en el entendido de que la protección debe extenderse a los padres que se encuentren en la misma situación, en aras de proteger la prevalencia de los derechos de los niños y el grupo familiar al que pertenecen. (Corte Constitucional, 2004)

Todos los conflictos suscitados a través de la figura de contratación de forma provisional, en encargo y por concurso de méritos, el legislador creó la Ley 909 de 2004 (Presidencia de la República, 2004) la cual derogó la Ley 443 de 1998, y en ella ordena a la Comisión Nacional de Servicio Civil durante el año siguiente a la confirmación de la misma, abrir convocatoria abierta con el afán de proveer los cargos de carrera administrativa que se encuentran disponibles y que actualmente se encuentran a cargo de empleados públicos contratados a través de la figura de la provisionalidad o encargo, y así mismo se le otorga el deber y la facultad de prestar la vigilancia y control de todos los sistemas que competen a la carrera administrativa.

El legislador a través de la Ley 909 de 2004 ordenó reconocer la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio de los empleados que laboraban para las entidades

públicas a través del nombramiento provisional o encargo para ser tenidos en cuenta y favorecerse en razón al concurso de méritos, lo que resultó ser declarado inexequible en julio 14 de 2005 por la Corte Constitucional, bajo el argumento del derecho a la igualdad de todos los aspirantes.

En el año 2005 la Comisión Nacional del Servicio Civil de manera excepcional autorizó la provisión de empleos de carrera administrativa que se encontraban vacantes a través de la figura de la provisionalidad y encargo mediante el Decreto 1227 de 2005 (Presidencia de la República de Colombia, 2005), en los siguientes casos: reestructuración, fusión, transformación, liquidación de la entidad, necesidad del servicio, esta última debe de ser justificada por el jefe de la entidad.

La mencionada norma establece que la provisionalidad no puede ser superior a seis meses y para dar por terminada su vinculación el nominador debe proferir un acto administrativo motivado con anterioridad a la terminación de dicho término, situación en particular que nunca fue cumplida por parte de la administración.

Por otro lado, si hablamos sobre los mecanismos de estabilidad laboral en los empleados públicos en provisionalidad, tenemos definidos a través de la Ley 909 de 2004 (Presidencia de la República, 2004), el acceso a la carrera administrativa y la participación e igualdad en el concurso de méritos. Lo que deja ver que no es legal que una persona que se mantenga ininterrumpidamente en un cargo nombrado de manera provisional adquiere legalmente los mismos derechos que uno que haya aprobado el concurso de méritos destinado para el cargo.

Para condensar lo dicho, es importante traer a colación el Acto legislativo 01 de 2008 el cual fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en agosto 27 de 2009, por cuanto la norma desnaturalizaba el sentido del sistema, dejaba de un lado el concepto de mérito y daba paso a la discrecionalidad y favorecimiento de los nominadores para proveer los cargos vacantes de carrera administrativa a través de la figura de la provisionalidad y encargo.

Posteriormente el Acto legislativo 4 de 2011 que declaró la inexequibilididad de la sentencia de la Corte Constitucional C-249 de fecha marzo 28 de 2012, cuando se refirió a la homologación de las pruebas de conocimiento de los servidores públicos provisionales en cargos de carrera administrativa en el concurso de méritos, la Corte Constitucional demandó la inconstitucionalidad de dicha norma por cuanto no había igualdad y transparencia en el en el proceso de selección llevado a cabo para la fecha enunciada.

Como se puede observar en el transcurso normativo no existe sino una norma que obedece al principio de estabilidad laboral reforzada en empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y, es en razón a ello, que se hace necesario ahondar en el tema y profundizar sobre la aplicabilidad y criterios normativos de la Corte Constitucional sobre la norma frente a la situación laboral de estos empleados públicos, que día a día adquieren derechos que prevalecen sobre otros, pasando por alto el principio de igualdad.

Siempre se ha buscado garantizar el acceso a la administración pública a través de diferentes figuras de contratación laboral, y en un juego de intereses se han visto perjudicados los derechos

ISSN: 1794-1598

laborales y Constitucionales de aquellos empleados públicos que ostentan una calidad especial, como también de aquellos que obtienen su derecho a través del concurso de méritos, que en última instancia es el sentido del artículo 125 de la Constitución Política de Colombia. El tema fue regulado en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 (Presidencia de la República, 2004), solo para los eventos en que el empleo se encuentre vacante de forma temporal, y solo por el tiempo que dure la situación administrativa del titular del cargo que origina la vacancia. Lo anterior, cuando el cargo no se pueda proveer por encargo a empleados con derechos de carrera; esto a la fecha no se cumple, porque los nominadores hacen uso excesivo de la figura de nombramiento provisional para anteponer sus intereses antes que los de la administración correspondiente.

Sin embargo, podemos hacer énfasis en que la ley fue expresa, manifestando que el nombramiento provisional procede para proveer empleos por vacancia temporal, el artículo 8 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005 modificado inicialmente por el Decreto 3820 de 2005 (Presidencia de la República de Colombia, 2005) y posteriormente por el Decreto 1937 de 2007 (Presidencia de la República de Colombia, 2007), en evidente extralimitación del poder que le ha sido conferido establece en su parágrafo transitorio que la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizarlos para proveer empleos vacantes de forma definitiva, lo cual resulta preocupante si tenemos en cuenta que dicha situación cuenta con una normatividad vigente en nuestra Carta Política, lo cual sería evidente que dicha disposición es de carácter inconstitucional.

Si se hace un análisis correspondiente a la estabilidad laboral de los empleados públicos según su nombramiento, podemos concluir que en todos los casos se cuenta con una estabilidad laboral relativa, teniendo en cuenta que aun en los casos de nombramientos de carrera administrativa, la estabilidad no es absoluta, en virtud de que el servidor puede ser desvinculado por calificación insatisfactoria, en casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o paquidermia, o por reestructuración de la entidad pública a la cual pertenece, en este último caso con derecho a ser reubicado a un cargo similar en otra entidad del Estado o a una indemnización según la necesidad de la administración pública. Con todo, la estabilidad es apenas relativa en cuanto al Estado por razones de modernización de la administración y racionalización del gasto público, y así la administración podrá en cualquier sentido ordenar la supresión de empleos de carrera administrativa, con lo cual se ve afectado el derecho a la estabilidad laboral y principalmente el derecho al trabajo.

En cuanto a los empleados públicos nombrados a través de la figura de libre nombramiento y remoción, su desvinculación está ligada a la discrecionalidad y voluntad de su nominador, quien podrá hacerlo bajo acto administrativo debidamente motivado, y una de las motivaciones más frecuentes dentro de esta figura es el mejoramiento del servicio, en cuyo caso el servidor desvinculado tendrá que demostrar que a través de su desvinculación no se cumplieron los fines previstos para el mejoramiento del servicio, si no que dicho acto se encuentra viciado por nulidad, como lo pueden ser la desviación del poder o falsa motivación.

En razón a lo afirmado, si el empleado público nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, logra demostrar la falsedad y nulidad del acto administrativo que ordenó su desvinculación, tendrá derecho a su reintegro y allí se ve reflejado el derecho a la estabilidad laboral, lo que deja ver nuevamente que dicho derecho es relativo no absoluto.

Para aquellos empleados contratados para periodos fijos, es importante indicar que gozan igual de una estabilidad laboral relativa, en el sentido que tendrán derecho a permanecer en su cargo hasta el cumplimiento del periodo para el cual fueron contratados, y que su desvinculación solo podrá derivarse de un acto administrativo que indique que no cumplió con eficiencia, lealtad y eficacia las labores encomendadas.

Recuento jurisprudencial

Ahora se hace alusión a la Sentencia C-640 de 2012 (Corte Constitucional, 2012), la cual estudió la constitucionalidad del proyecto de ley sobre la implementación del retén social como garantía de la estabilidad laboral a grupos vulnerables, en la cual se explica de manera detallada y concreta los casos en los cuales el retén social busca proteger por encima de una norma constitucional unos grupos de personas en condiciones de debilidad, lo cual abre una puerta grande a la reclamación de derechos por parte de ciertos grupos de personas, que podrían llegar a justificar alguna de esas condiciones para mantenerse de forma indefinida en un cargo de carrera administrativa a través de un nombramiento provisional, es decir, que solo basta la argumentación que este haga de ella para reclamar su derecho de permanencia en el empleo.

La Sentencia C-640 de 2012 (Corte Constitucional, 2012), marca una pauta significativa en relación con el trato preferencial que deben de tener los trabajadores al servicio del Estado que se encuentran en esas condiciones de debilidad manifiesta, como lo son: madres y padres cabeza de familia, personas que están próximas a pensionarse (menos de tres años para cumplir requisitos), personas en situación de discapacidad, pues aduce esta sentencia que las personas que justifiquen estar en una de estas condiciones y que actualmente se encuentren ocupando un cargo de carrera administrativa a través de un nombramiento provisional, cuando se vaya a proveer el cargo a la persona que aprobó el concurso de méritos, debe ser removida a un cargo vacante de la misma categoría al que venía ocupando. Situación que deja una brecha ampliamente abierta para el Estado y para la persona en condición de vulnerabilidad, puesto que traslada una obligación a la administración pública que no estaría obligada a soportar, y debemos hacer énfasis en que las entidades públicas ya tienen una estructura orgánica donde la mayoría de sus cargos ya están ocupados por otro trabajador, se saldría de su competencia reubicar trabajadores, crear cargos, y asignar salarios a un trabajador que no cumple las condiciones para mantenerse injustificadamente en el cargo.

Manifiesta la Corte Constitucional a través de su sentencia que “el incorporar a una persona en un cargo de carrera administrativa, sin que se haya verificado previamente su mérito a través del concurso público, vulnera tanto el principio constitucional estructural de la carrera administrativa para acceder al servicio público, como el derecho a la igualdad” (Corte Constitucional, 2012).

Definitivamente, como soporte y fundamento de lo anterior, vale la pena citar la Sentencia C-588 de 2009, la cual en su oportunidad declaró la inexequibilidad del Acto legislativo 01 de 2008, el cual suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, en el sentido de permitir la inscripción de los trabajadores al servicio del Estado en el régimen de carrera administrativa sin haber aprobado el respectivo concurso público de méritos. Reiterando la función pública y los principios que rigen el sistema de carrera

ISSN: 1794-1598

administrativa previsto en el artículo primero de la norma superior, recalcando el derecho a la igualdad, prevalencia de los derechos como el acceso a los cargos públicos y el debido proceso. (Corte Constitucional, 2009).

Aquí vale la pena hacer una digresión sobre los beneficios que a través del tiempo y de los pronunciamientos de las Altas Cortes han favorecido a los empleados públicos provisionales, y por ello se hace referencia a la Sentencia SU-446 de 2011 (Corte Constitucional, 2011), donde se determinó que la desvinculación de los empleados públicos provisionales debía hacerse a través de acto administrativo debidamente motivado, expresamente debe contener los motivos por los cuales se separa al funcionario de su cargo, situación que ya da al provisional una tranquilidad en cuanto a sus garantías laborales, a causa de lo anterior no podemos asemejar el provisional a una estabilidad absoluta como uno de carrera administrativa, como tampoco a una estabilidad precaria como el de uno de libre nombramiento y remoción, pero sí podemos decir que a través del tiempo se han logrado garantías laborales suficientes para proteger los derechos que les atañe. (Corte Constitucional, 2011).

Es necesario señalar ahora, que la Corte Constitucional se ha preocupado por definir algunos asuntos en particular de empleados públicos en condiciones de vulnerabilidad en relación con la estabilidad en el empleo, tal y como se puede observar en la Sentencia T-313 de 2017, en donde claramente ordena a una Institución Educativa Pública mantener en el empleo a una de sus trabajadoras nombradas a través de la figura de provisionalidad que sufre de cáncer de mama y es madre cabeza de familia, la cual no aprobó el concurso de méritos, sin embargo, ordena reubicarla en un cargo similar, y de esta institución no contar con dicho cargo debe asumir la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo claros los derechos que le atañen a la docente que en realidad es administradora de empresas, no es justo cargar la responsabilidad al Estado frente a la estabilidad laboral de dicha trabajadora, puesto que existe otra persona que aprobó el concurso de méritos para ocupar el cargo, la cual cumple las características profesionales para desempeñarse como docente, existiendo otros medios para afiliarse al sistema de salud y por último a quien no se le ha negado la oportunidad de presentarse en iguales condiciones al concurso de méritos (Corte Constitucional, 2017).

Este ejemplo basta para comprender que entendidos los argumentos que justifiquen cada uno de los empleados públicos provisionales para mantenerse injustificadamente en el cargo como provisionales, no son válidos completamente, pues tendríamos que poner en consideración las condiciones en las que se encuentran las personas que aprueban el concurso de méritos, es decir, cuántas personas aprobaron la prueba para acceder al cargo y también tienen o padecen una de las situaciones de vulnerabilidad contempladas jurisprudencialmente. Desde este punto de vista las altas Cortes no pueden decidir en cada caso en particular, la norma ha dejado un vacío tan grande que no se debe permitir que todos hagan uso de él como les favorezca, el Estado, como principal empleador del país, debe pensar en la estrategia que permita prevenir este tipo de situaciones, de lo contrario todos podrían justificar una situación en particular para lograr una estabilidad laboral o una permanencia injustificada en el cargo. Para nadie es un secreto la situación laboral actual del país, aunado a que no estamos frente a cualquier disposición, sino frente a una norma de carácter constitucional que regula el sistema de carrera administrativa, la cual está basada en los principios de la misma norma superior y en el fin esencial de un Estado social de derecho.

Planteada así la anterior posición, es necesario traer como objeto de estudio la Sentencia T-003 de 2018, donde la Corte Constitucional nuevamente realiza un pronunciamiento que hace referencia a la estabilidad laboral de los empleados públicos provisionales, allí se marca una pauta para los responsables de cada entidad pública, en donde les asigna prácticamente la función de identificar las personas en condiciones de vulnerabilidad que ocupan actualmente en provisionalidad cargos de carrera administrativa, y que aunado a eso se encuentren en dicha condición , y entonces allí nace el interrogante si esos cargos deben de salir convocados en el concurso o no, y así mismo entonces se cuestionan los principios de igualdad, libre acceso y debido proceso, para aquellos que desean participar en la convocatoria pública de provisión de cargos al servicio del Estado (Corte Constitucional, 2018).

La Sentencia T-003/18 (Corte Constitucional, 2018) hace referencia a una entidad pública (Alcaldía del Distrito de Riohacha, La Guajira) en donde se determina que esta no vulnera los derechos fundamentales de una madre o un padre cabeza de familia (EMCS) cuando, mediante un acto administrativo, retira a dicha persona del servicio en cumplimiento de una orden emitida en una sentencia judicial ejecutoriada, que declaró la nulidad del acto a través del cual se realizó el nombramiento del empleado, y es allí donde la Corte expresó lo siguiente:

> 5.14.5. Para la Corte, el medio tampoco era necesario pues las personas de las condiciones previstas en el proyecto podían presentarse al concurso de méritos y porque los servidores que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad solo tienen una estabilidad intermedia. Sobre este punto, la Sala Plena expuso lo siguiente:
>
> "[E]n relación con las madres y padres cabeza de familia, las personas que estén próximas a pensionarse (a las que les faltan tres años o menos para cumplir los requisitos), y las personas en situación de discapacidad,[86] nombrados provisionalmente en cargos de carrera administrativa cuya vacancia es definitiva, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que tienen derecho a recibir un tratamiento preferencial. Este, consiste en prever mecanismos para garantizar que los servidores públicos en las condiciones antedichas, sean los últimos en ser desvinculados cuando existan otros cargos de igual naturaleza del que ocupan vacantes. En cualquiera de las condiciones descritas no se otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos, pero su condición de debilidad manifiesta hace que la administración deba otorgarles un trato especial."[87]

En otro pronunciamiento de la Corte Constitucional, en la Sentencia T-017 de 2012 se protegen nuevamente los derechos del empleado público en provisionalidad respecto a los de concurso de méritos y asigna responsabilidades a la rama judicial para reubicar a la trabajadora en cargos similares al que ocupaba hasta tanto no se suplan todas las vacantes, entonces los diferentes analistas del derecho administrativo laboral y derecho constitucional se hacen el interrogante, ¿Es posible mantener injustificadamente en un cargo a una empleada pública hasta tanto no reciba su mesada pensional?, será posible que existan suficientes vacantes temporales que permitan mantenerla protegida a través de la prolongada vinculación?. (Corte Constitucional, 2012). De allí que se establezca jurisprudencialmente lo siguiente:

> Revoca las decisiones de tutela de primera y segunda instancia, y en su lugar, concede el amparo a los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, el debido proceso, y el mínimo vital

ISSN: 1794-1598

de la accionante. Para ello, se dejará sin efectos la Resolución No. 137 del 2011 expedida por la Jueza Coordinadora del Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá D.C., mediante la cual se desvinculó del cargo a la peticionaria, y se ordenará el reintegro de la señora Garzón Guerrero a un cargo de Escribiente de Juzgado Municipal Grado Nominado o similar que se encuentre vacante en el Centro de Servicios Judiciales del Sistema Penal Acusatorio de Bogotá D.C., o en su defecto en los Tribunales, Juzgados y Centros de Servicios de los Distritos Judiciales de Bogotá hasta que ocurra uno de los siguientes eventos: (i) que todos los cargos de Escribiente de Juzgado Municipal Grado Nominado que fueron objeto de concurso de méritos en virtud de los Acuerdos 206 y 208 del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y que actualmente se encuentran en provisionalidad sean proveídos en propiedad o (ii) que la peticionaria sea incluida en nómina de pensionados del Instituto de Seguros Sociales".

Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados. (Corte Constitucional, 2012).

Desde este punto de vista, podemos evidenciar que la Corte Constitucional no es clara en sus pronunciamientos, puesto que en unas providencias accede a los derechos de las personas que alegan o justifican una condición especial o vulnerable, y en otros como es el caso de la Sentencia T-313 de 2017 en donde realiza un pronunciamiento respecto a que esta vinculación se prolongará en el tiempo hasta que los cargos de la administración pública sean proveídos de forma definitiva a través de un concurso de méritos.

Es por ello que podemos decir que en dicho pronunciamiento jurisprudencial manifiesta claramente que los empleados públicos nombrados en provisionalidad pueden ser removidos de sus cargos a través de acto administrativo motivado, o porque se debe nombrar a la persona que aprobó satisfactoriamente el concurso de méritos, razón por la cual la Corte se contradice, dejando claro que no hay razón que justifique la permanencia en el cargo del provisional.

En síntesis, existen diferentes pronunciamientos que van contrarios al sentido mismo de la función pública y el derecho a la igualdad como pilar fundamental de la estructura de la carrera administrativa, otro ejemplo de ello son los criterios establecidos en el Decreto 1227 de 2005, el cual establece que si dos personas obtienen el mismo puntaje en el concurso de méritos, se aplicará la siguiente regla: si una de ellas tiene discapacidad se prefiere al discapacitado, si uno concursó para ascender y otro para ingresar se prefiere el del ascenso y si ambos son de ingreso se prefiere a aquel que haya ejercido su derecho al voto. Esta última recapitulación conduce a afirmar nuevamente que no existe seguridad y transparencia en los procesos de selección, que la normatividad que garantiza el ingreso al empleo público es ambigua, y que dicha ambigüedad

ha hecho que se produzcan fenómenos como los que aquí se están indicando, los cuales crean una brecha inmensa que aún no ha sido posible cerrar.

Análisis de pronunciamientos de la Corte Constitucional frente a la estabilidad laboral de empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa

Como lo hicimos notar precedentemente, podemos definir que la estabilidad de los empleados vinculados es en realidad precaria, el artículo 4 del Decreto Reglamentario 1227 de 2005 establece que los nombramientos de estos cargos deben indicar el término de duración fecha en la cual el empleado quedará automáticamente retirado del servicio, sin perjuicio de que la autoridad nominadora en cualquier momento lo pueda declarar insubsistente, lo que quiere decir que la discrecionalidad prevalecerá sobre cualquier otra situación, incluso sobre el mejoramiento continuo del servicio. Es por ello que ni siquiera la temporalidad del empleo ata a la estabilidad. Sin embargo, la Corte Constitucional ha hecho diferentes pronunciamientos y ha dicho que un empleado público nombrado en provisionalidad puede acudir a la vía judicial y excepcionalmente a la acción de tutela para solicitar su reintegro siempre y cuando pueda demostrar la vulneración a un derecho fundamental o que se pueda evidenciar claramente la ocurrencia de un daño irremediable, de esta manera la Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos advierte los lineamientos sobre los cuales se considera viable dicha excepcionalidad, tal y como lo establece en la sentencia de tutela del año 2014 y 2022, que rezan:

> La Corte Constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para solicitar el reintegro de empleados públicos a los cargos de los que han sido desvinculados, cuando en el caso concreto se advierte la vulneración de un derecho fundamental y se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que en estos eventos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no proporciona una protección eficaz y adecuada a los derechos amenazados o vulnerados.
> En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos (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. (Corte Constitucional, 2014)

Como se puede observar claramente en la sentencia anterior, la procedencia de la acción de tutela prospera en casos estrictamente excepcionales que configuren un riesgo inminente sobre un derecho fundamental de la persona en este caso el trabajador, sin embargo, debe de tenerse claro que no basta solo con manifestar esta situación de riesgo y vulnerabilidad frente a la parte accionada, sino también demostrarla y garantizar los mínimos probatorios para acceder a la protección y amparo de la misma, como es el caso de los prepensionados, que nos basta solo alegar en dicha acción el rango de edad, sino también el cumplimiento de las semanas cotizadas o el lapso de tiempo de los tres años para acceder a su pensión de vejez, lo cual ocurrió en el

ISSN: 1794-1598

caso de análisis que fue resuelto mediante la sentencia T-063 de 2022 por parte de la Corte Constitucional, cuando hizo referencia a:

> Como ya lo ha señalado esta Corporación en anteriores oportunidades, conforme al artículo 86 Superior, la acción de tutela es un medio judicial con carácter residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte eficaz e idóneo, o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
>
> La jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela es improcedente para solicitar el reintegro de los empleados públicos, ante la existencia de un medio de defensa judicial propio, específico idóneo y eficaz dentro del ordenamiento jurídico, esto es, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Ello debido a que, por medio de esta acción judicial, prevista en el artículo 138 del CPACA, puede reclamarse ante el juez de lo contencioso administrativo, la efectividad de los derechos constitucionales y legales, la anulación total o parcial del acto administrativo que produce la presunta vulneración de derechos. Así como, obtener la correspondiente reparación del daño causado. (Sentencia T-063 , 2022)

Vale la pena mencionar la Sentencia T-326 de 2014, la cual se refiere a la estabilidad laboral intermedia de funcionarios nombrados en provisionalidad que desempeñan cargos de carrera administrativa en los siguientes términos:

> 3.3. Esta Corporación ha reconocido que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, madres o padres cabeza de familia sin alternativa económica, funcionarios que están próximos a pensionarse o personas en situación de discapacidad, "concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa[50]. (Corte Constitucional, 2014)

Los empleados públicos que desempeñan en provisionalidad cargos de carrera,

> Gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que implica, sin embargo, que el acto administrativo por medio del cual se efectúe su desvinculación debe estar motivado, es decir, debe contener las razones de la decisión, lo cual constituye una garantía mínima derivada, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso y del principio de publicidad. (Corte Constitucional, 2014)

Como se puede observar los empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa que ostentan condiciones de vulnerabilidad o de especial protección, han adquirido ciertos derechos laborales a través de su permanencia en el cargo, y a pesar de que la ley que hoy se encuentra en tela de juicio tuvo en su motivación razones muy diferentes para ser impuesta, y que fue creada para una situación en particular, a la fecha aún se extiende su aplicabilidad a otros empleados en iguales o similares condiciones, teniendo de presente que a la fecha no se cuenta con una regulación clara, en firme y vigente que regule la situación laboral de los empleados que en el presente estamos estudiando.

Y es allí cuando la Corte Constitucional se pronuncia y nos dice:

> "una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales". (Sentencia, 2022, pág. 23)

Lo que deja claro que, a la fecha, dichos empleados sí ostentan una estabilidad laboral reforzada, no porque exista una normatividad vigente que regule dicha situación, sino por la extensión que se hace de la Ley 790 de 2002, denominada retén social a las situaciones laborales actuales referentes a los empleados públicos nombrados en provisionalidad en condiciones de vulnerabilidad, por ello, se hace necesario hablar de la denominada ley de retén social y el pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto, cuando hace referencia a la figura jurídica de retén social, creada con la ley 790 de 2002 como mecanismo de protección para aquellas personas en condiciones de vulnerabilidad, con el fin de brindar una oportunidad de estabilidad en el empleo de acuerdo con sus condiciones particulares, evitando un perjuicio irremediable. De esto se desprende el Decreto 190 de 2003, que establece el 31 de enero de 2004 como límite temporal para la aplicación de la protección especial a que alude el artículo 12 de la Ley 790 de 2003 como figura protectora de la mujer cabeza de hogar ,con el ánimo de proteger los derechos de los menores y el bienestar del núcleo familiar, situación que es extensiva a los padres de familia que sean desvinculados de sus cargos con ocasión de la figura jurídica ya mencionada, siempre y cuando se advierta que su situación se adecua efectivamente al supuesto de hecho de la citada disposición legal y a los criterios enunciados en los fallos de la Corte Constitucional. (Corte Constitucional , 2005).

Para dar cumplimiento al mandato legal para la provisión de cargos para el correcto funcionamiento de la administración pública, se debe contar con tiempo suficiente para el proceso de selección de personal que cumpla los requisitos de la entidad correspondiente. Durante la selección, la entidad no puede suspender la prestación del servicio a fin de cumplir el fin misional de la entidad, frente a sus administrados. El nombramiento en provisionalidad es la forma de designar funcionarios en los empleos vacantes. Actualmente, los funcionarios así nombrados, tienen una estabilidad reforzada, sin necesidad de haber cumplido el procedimiento y aprobación del concurso de méritos, constitucional y legalmente establecido. Examinada la evolución normativa y jurisprudencial, se puede decir que la finalidad de los nombramientos en provisionalidad se está desfigurando en la práctica.

La forma transitoria de proveer los cargos públicos, empleo provisional, ha ganado importancia, en este sentido, el legislador no puede arbitrariamente desconocer el impacto social que generaría

ISSN: 1794-1598

no buscar medios que permitan otorgar y reglamentar estabilidad en el empleo provisional en condiciones de especial protección.

Es por lo esgrimido que consideramos que tener como fundamento una condición de vulnerabilidad para la permanencia en provisionalidad en un empleo de carrera de manera indefinida no es suficiente, puesto que dichas personas también pueden concursar para ocupar de manera definitiva un cargo de carrera administrativa, dichos funcionarios tienen la plena libertad de presentarse en los concursos de méritos que se adelanten, en los que además tendrán la posibilidad de hacer valer sus conocimientos y experiencia adquiridos en el desarrollo de cargo, a través de las diferentes pruebas y entrevistas que programen para probar la idoneidad.

Otro punto importante tiene que ver con que los empleados públicos que ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, cuya vacancia es definitiva detentan un fuero de estabilidad intermedia o relativa de acuerdo con Villegas quien afirma que "en Colombia consagran la estabilidad en el empleo los artículos 53 y 125 de la Constitución, el primero alusivo a todos los trabajadores y el segundo aplicable a los servidores del Estado", (Villegas, 2016, pág. 269) en resumen, solo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya aprobado el concurso público de méritos, o bien por razones objetivas que deben ser debidamente motivadas en el acto administrativo de desvinculación, de lo contrario, el nominador debe motivar el acto administrativo de insubsistencia por las razones que considere que dicho empleado no cumple la expectativas del cargo que actualmente ocupa y desempeña sus funciones.

Es por ello que la incidencia legal refiere a las posibles demandas y acciones de tutela a las que se ve expuesto el Estado colombiano como máximo empleador, debido a la inseguridad jurídica que crean ambas cortes, al no trazar una línea jurisprudencial que permita evidenciar el procedimiento laboral exacto para todos aquellos empleados públicos que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad y ostentan un nombramiento en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, considerando además que como opinión personal la Corte Constitucional emite providencias y hace jurisprudencia de manera subjetiva a cada caso en concreto, pasando por alto las normas laborales y administrativas creadas por el legislador previamente para el caso en referencia.

A raíz del enfrentamiento de poderes que en la actualidad se suscita en la Corte Constitucional, la desvinculación de los empleados públicos en condiciones de vulnerabilidad nombrados en cargos de carrera administrativa, puede ocasionar que dichos empleados en virtud de su desvinculación interpongan demandas invocando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y acciones de tutela, al igual que las personas que hayan aprobado y superado el concurso público de méritos pueden interponer sus reclamaciones laborales ante las entidades respectivas que para el efecto a determinado la ley, generando esto un impacto legal en las relaciones laborales con el Estado colombiano, trayendo consigo posibles condenas y resarcimiento de perjuicios.

Conclusiones

El derecho laboral en Colombia tiene sus bases y fundamentos en la Constitución Política, lo cual marca un punto de partida importante en lo relacionado con las relaciones laborales de los trabajadores, en especial para el tema que nos atañe la relación laboral existente entre los empleados que sirven a favor del sector público regidos actualmente por el régimen de carrera administrativa, siendo su principio fundamental el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia.

Aunque aún no existe un derecho fundamental a la conservación y permanencia del empleo dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país, es necesario resaltar que el derecho laboral ha sido incorporado en la Constitución Colombiana a partir de 1991, razón por la cual, este es objeto de estudio y ampliación a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mediante el desarrollo de la figura de la estabilidad laboral reforzada, que da especial protección a quienes estén en condiciones desfavorables, previamente enlistadas, permitiendo así a estas personas obtener una protección laboral adicional.

Teniendo en cuenta que nuestra legislación actual es garantista de los derechos de los trabajadores, el legislador quiso en su momento velar por el bienestar de los mismos y proveer un mecanismo de protección para aquellos que se encontraran en condiciones especiales, y clasificó dichas condiciones de vulnerabilidad como madres o padres cabeza de familia, prepensionados y personas con discapacidad, marcando en ellos unas garantías por encima de mandatos constitucionales y legales.

Al llegar a este punto es relevante explicar que dichas personas en condiciones de vulnerabilidad cuentan con una protección especial, sin embargo, no implica que el Estado deba garantizar la prolongación injustificada en un cargo público, cuando dicha persona no ha presentado y culminado con éxito el proceso de selección a través del concurso público de méritos, puesto que la misma Constitución señala en su artículo 125, que es la única forma de acceso a la carrera administrativa, la obligatoriedad del proceso de selección marca una pauta importante, con el fin de cumplir los principios del artículo primero de la Constitución Política como Estado social de derecho.

Imponer una carga al Estado, en el sentido de mantener injustificadamente a una persona en un cargo bajo la modalidad de provisional, va en contravía de los principios constitucionales enmarcados dentro de la normatividad vigente, como bien se sabe los cargos a nivel público están ocupados constantemente, acceder a una estabilidad laboral reforzada de las personas en condiciones vulnerables, implicaría buscar un cargo provisional vacante o desvincular a otro provisional que no cumpla una de aquellas condiciones, si es del caso que exista un cargo similar vacante como lo indica la Corte Constitucional en una de sus sentencias, sin contar con el derecho que le atañe a aquellos en lista de elegibles en espera de ser nombrados.

Aunado a la carga laboral que se impone al Estado a través de la figura de estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional en varios pronunciamientos contradice el fin mismo de la función pública, teniendo presente que el artículo 125 goza de vigencia, las situaciones particulares

ISSN: 1794-1598

de los empleados públicos provisionales en cargos de carrera administrativa desfavorecen y perjudican el proceso de contratación de personal diseñado para el sector público. Adicional a ello, los procesos que no se desarrollan y los que se dilatan por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en cuanto a las convocatorias para proveer cargos públicos, agregando que en la actualidad el plan anual de vacantes vigente asciende a 117.841 cargos en el país, dejando claro la ineficiencia del ente encargado de administrar la carrera administrativa. (Estas son las principales reformas al régimen de carrera administrativa, 2019).

Vale la pena resaltar en este momento la Ley 1960 de 2019, la cual modifica el régimen de carrera administrativa regulada en la Ley 909 de 2004, por medio de la cual se brindan nuevas garantías a los empleados actualmente provisionales, quienes tendrán derecho a ser capacitados por parte del Estado para la presentación de los exámenes de los diferentes concursos de méritos, adicionalmente podrán participar de la nueva modalidad de concurso de méritos mixto, en donde se reservan el 30% de vacantes para los empleados actualmente nombrados, y el 70% será ofertado en concurso abierto para los interesados, derechos que no son accesibles a quienes son particulares y actualmente no se encuentran al servicio del Estado.

De estas circunstancias nace el hecho de que los empleados públicos provisionales en cargos de carrera administrativa hagan uso indebido de la favorabilidad a la cual la Corte Constitucional ha abierto la puerta, puesto que todos podrían acogerse a una condición de vulnerabilidad y justificarla para lograr una prolongación injustificada en el cargo, brindando mayor protección sobre aquellos que ya se encuentran dentro del sistema de carrera administrativa. Explicando este último fenómeno es menester decir que los empleados públicos en carrera administrativa pueden ser desvinculados por calificación insatisfactoria de sus servicios y funciones o falta disciplinaria, y un empleado provisional no solo no es calificable su función laboral y la prestación del servicio, sino que además por directriz de la Corte Constitucional el acto administrativo por el cual se ordena su desvinculación debe ser debidamente justificado, tampoco es sometido a periodo de prueba, y si este se encontrase en una condición de vulnerabilidad el Estado debe de correr con la responsabilidad de reubicarlo en un cargo similar y de no existir asumir los aportes al sistema de seguridad social en salud, si la condición de este obedece a una causa o afectación de salud.

En relación con lo antes dicho, es increíble que la entidad estatal al recibir una orden explicita de la Corte Constitucional, tenga que acudir a la justicia ante el Consejo de Estado para dirimir el conflicto laboral y ponderar los derechos de quienes se ven involucrados, siendo el Consejo de Estado enfático en confirmar la normatividad vigente y recalcar el fin primordial de la carrera administrativa, la cual hace referencia al fin mismo de un Estado Social de Derecho, por lo cual ordena la desvinculación inmediata de quien ocupa actualmente el cargo en provisionalidad y la vinculación de quienes se encuentran vigentes en la lista de elegibles.

Pensamos que el legislador ha dejado un vacío grande dentro de la normatividad que regula las relaciones laborales entre el Estado y quienes laboran para él, y que a través de la normatividad que rige actualmente no cabe duda que prevalece el mérito frente a la provisionalidad, pero cómo es posible que la Corte Constitucional a lo largo del tiempo ha hecho interpretaciones a como bien le parece para definir las condiciones de muchos empleados públicos que se

encuentran en condiciones de vulnerabilidad, en algunos casos decidiendo favorablemente y en otros no, entonces hasta qué punto la interpretación de quien se encuentra como juez o magistrado dentro de un proceso tiene la capacidad para hacer norma y proteger o no los derechos de un trabajador que se encuentra en desventaja por no existir una norma clara que regule su situación.

Todo esto, nos permite además concluir que la Corte Constitucional no es coherente en sus decisiones y lo que ha hecho es generar una inseguridad jurídica que ha dejado en el limbo los derechos de diferentes personas que ostentan la calidad de provisionales y de aquellos que han aprobado el concurso de méritos para acceder al cargo.

Finalmente, con fundamento en la escuela de pensamiento de realismo jurídico estadounidense en la cual se soportó el artículo, se indica la gravedad del continuo enfrentamiento entre las altas cortes, lo que conlleva día a día a una inseguridad jurídica, donde se resuelven los casos de forma particular y conveniente, allí los derechos laborales de las personas se encuentran en manos de jueces y magistrados que deciden de acuerdo con sus convicciones, creencias e ideología, pasando por alto la norma constitucional como pilar fundamental de las leyes, donde no se respeta la función pública, no se tienen en cuenta los parámetros legales y constitucionales de la relación laboral entre particulares y el Estado. Recordando además que la estructura del sistema de carrera administrativa fue creado y fundamentado en razón a los principios de honestidad, transparencia, profesionalización e igualdad para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública.

Referencias bibliográficas

Barassi, L. (1953). Tratado del Derecho al Trabajo. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Biblioteca Jurídica Virtual Instituto de Investigaciones UNAM. (s.f.). Biblioteca Jurídica Virtual Instituto De Investigaciones UNAM. Obtenido de https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Congreso de Colombia. (2002). Ley 790 de 2002. Bogotá: Diario Oficial No. 45.046 de 27 de diciembre de 2002.

Consejo de Estado Sección Segunda. (2014). SERVIDOR PÚBLICO O FUNCIONARIOS PÚBLICOS - Definición. Obtenido de http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/211/11001-03-25-000-2014-01511-00.pdf

Constitución Política de Colombia. (Art. 125). Legis

Corte Constitucional . (Abril 05,2005). Sentencia SU 389. (Jaime Araujo Renetería) Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/SU389-05.htm.

Corte Constitucional. (Julio 14, 1992). Sentencia T-457 de 1992. (Ciro Angarita Baron) Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-457-92.htm.

ISSN: 1794-1598

Corte Constitucional. (Febrero 25, 2004). Sentencia C-044. (Alejandro Linares Castillo) Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2021/C-044-21.htm.

Corte Constitucional. (Diciembre 5, 2009). Sentencia C-588. (José Fernando Reyes Cuartas) Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-588-19.htm.

Corte Constitucional. (Mayo 26, 2011). Sentencia SU-446. (Jorge Ignacio Pretelt Chaljub): Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/SU446-11.htm.

Corte Constitucional. (Enero 23, 2020). Sentencia T-017 (Alejandro Linares Cantillo). Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-017-20.htm.

Corte Constitucional. (Agosto 22,2012). Sentencia C-640 de 2012 (María Victoria Calle Correa). Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-640-12.htm.

Corte Constitucional. (Octubre 31,2012). Sentencia SU 897 (Alexi Julio Estrada). Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/SU897-12.htm.

Corte Constitucional. (Enero 20, 2012). Sentencia T-017. (María Victoria Calle Correa) Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-017-12.htm.

Corte Constitucional. (Junio 03, 2014). Sentencia T-326. (María Victoria Calle Correa) Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-326-14.htm.

Corte Constitucional. (Junio 8,2017). Sentencia T-373. (Cristina Pardo Schlesinger) Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-373-17.htm.

Corte Constitucional. (Enero 25,2018). Sentencia T-003. (Cristina Pardo Schlesinger) Bogotá: Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-003-18.htm.

El Congreso de Colombia . (1938). Ley 165 De 1938. Por la cual se crea la Carrera Administrativa. Bogotá: Diario Oficial. Año LXXIV. N. 23930. 22, noviembre, 1938. PÁG. 22.

El Congreso de Colombia . (1967). Ley 65 de 1967 . Bogotá: diario oficiaL. Año CIV. N. 32397. 28, diciembre, 1967.

El Congreso de Colombia. (1913). Ley 4 de 1913. Sobre régimen político y municipal. Bogotá: Diario Oficial No. 15.012, del 6 de octubre de 1913.Estas son las principales reformas al régimen de carrera administrativa. (15 de Julio de 2019). Ámbito Jurídici, pág. 8.

Leiter, B. (2015). Biblioteca Virtual Instituto de Investigaciones de la UNAM. En B. Letter, Realismo Jurídico Estadounidense (pág. 5).

Martínez, E. E. (2008). Jurisprudencia constitucional sobre función pública y carrera administrativa en Colombia. Revista de Derecho(30).

Presidencia de la República de Colombia. (1968). Decreto 2400 de 1968. Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial No 32.625, del 18 de octubre de 1968.

Presidencia de la República. (2004). Ley 909 de 2004. Bogotá: Diario Oficial 45.680 de septiembre 23 de 2004.

Presidencia de la República de Colombia . (1973). Decreto 1950 de 1973. Bogotá: diario oficial. Año CX. N. 33962. 5, noviembre, 1973. PÁG. 1.

Presidencia de la República de Colombia. (1982). ley 36 de 1982 . Bogotá: Diario Oficial. Año CXIX. N. 36151. 16, Diciembre, 1982. Pág. 1.

Presidencia de la República de Colombia. (1998). Decreto 1572 de 1998 . Bogotá: Diario Oficial. AÑO CXXXIV. N. 43358. 10, agosto, 1998.

Presidencia de la República de Colombia. (2005). Decreto 1227 de 2005. Bogotá: Diario oficial. año cxl. n. 45890. 25, abril, 2005.

Presidencia de la República de Colombia. (2005). Decreto 3820 de 2005 . Bogotá: Diario oficial. año CXLI. n. 46074. 27, octubre, 2005.

Presidencia de la República de Colombia. (2007). Decreto 1937 de 2007. Bogotá: Diario Oficial. Año CXLIII. N. 46643. 29, Mayo, 2007.

Quevedo, C. C. (2009). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Ibañez.

Quevedo, C. C. (2009). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Ibáñez.

Quevedo, C. C. (2009). Derecho Laboral Administrativo. Bogotá: Ibañez.

Restrepo, M. A. (2009). Burocracia, gerencia pública y gobernanza. Revista Diálogo de saberes(30), 167-185.

Restrepo-Medina, M. A. (2011). La Administración Pública en la Constitución de 1991. Estudios Socio-Jurídicos, 13(1), 365-388.

Salud, O. M. (2002). https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial.

ISSN: 1794-1598

Salud, O. M. (2006). https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Discapacidad/Paginas/discapacidad.aspx. Obtenido de https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/promocion-social/Discapacidad/Paginas/discapacidad.aspx.

Salud, O. M. (13 de diciembre de 2009). Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas. LEY 1346 .

Santofimio, J. O. (2017). Compendio de Derecho Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia C-640. (Agosto 22, 2012). CORTE CONSTITUCIONAL (María Victoria Calle Correa) https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-640-12.htm.

Sentencia SU, 917-2010 (Noviembre 16, 2010) (Jorge Iván Palacio Palacio) Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/SU917-10.htm

Sentencia T-063 (Febrero 4, 2022) (Gloria Stella Ortiz Delgado) Corte Constitucional https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2022/T-033-22.htm

Villegas, J. (2016). Derecho administrativo laboral (tomo 1 y 2). Bogotá: Legis.

Younes, D. (2018). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Temis.