

ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA O INTERMEDIA DE LOS SERVIDORES
PÚBLICOS PROVISIONALES.

SALIMA LUCÍA VERGARA HERNÁNDEZ
CÓDIGO 3500963

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCION DE POSTGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN II
BOGOTÁ, D.C.
2015

ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA O INTERMEDIA DE LOS SERVIDORES
PÚBLICOS PROVISIONALES.

SALIMA LUCÍA VERGARA HERNÁNDEZ
CÓDIGO 3500963

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN COMO REQUISITO DE GRADO PARA OPTAR POR
EL TÍTULO DE ESPECIALISTA EN DERECHO ADMINISTRATIVO.

PRESENTADO A: DIEGO EMIRO ESCOBAR PERDIGON
DOCENTE

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
DIRECCION DE POSTGRADOS DE LA FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN II
BOGOTÁ, D.C.

ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA O INTERMEDIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS PROVISIONALES.

Salima Lucía Vergara Hernández¹

Resumen

Los servidores públicos provisionales no gozan de estabilidad laboral alguna, comoquiera que su nombramiento es de carácter temporal y se encuentra sujeto a la discrecionalidad del nominador. El objetivo de este artículo es analizar la doctrina y la jurisprudencia a fin de identificar el cambio que se ha venido generando frente al tema de la estabilidad laboral de los servidores públicos vinculados a la administración mediante nombramiento provisional, y comprender si los empleados provisionales ostentan en la actualidad una estabilidad laboral, ya que ésta ha sido predicada única y exclusivamente para los servidores públicos de carrera administrativa.

Palabras clave: Estabilidad laboral, igualdad, mérito, nombramiento provisional, ponderación, trabajo.

Abstract

Provisional public servants do not enjoy any labor stability, howsoever appointment is temporary and is subject to the discretion of the nominator. The aim of this paper is to study the doctrine and jurisprudence to identify the change that has been generating address the issue of job security for civil servants linked to the provisional administration by appointment, and understand whether or not there

¹ Abogada egresada de la Corporación Universitaria del Caribe- CECAR, Estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada, Email: salamivergara18@hotmail.com

today relative job security or intermediate to these officials, as it has been predicated solely for administrative career public servants.

Keywords: Job security, equality, merit, provisional appointment, weight, work.

Introducción

Planteamiento del problema. El presente documento hace referencia a un análisis académico e investigativo de la doctrina y la jurisprudencia, tendiente a identificar si los empleados provisionales ostentan en la actualidad una estabilidad laboral, ya que ésta ha sido predicada única y exclusivamente para los servidores públicos de carrera administrativa.

Enfoque metodológico. Para ahondar el presente tema, se realiza una investigación de tipo jurídico, de carácter descriptivo y documental, visitando algunas bibliotecas con el objetivo de ubicar textos de diferentes autores que desarrollen temas relacionados con la carrera administrativa, función pública y el derecho administrativo laboral.

Así mismo, se busca información importante en bases de datos, revistas indexadas y en internet, que permitan esclarecer algunos conceptos básicos del tema de investigación, lo cual se realizó de manera exitosa.

Hipótesis. De otro lado, tratándose de la inexistencia de estabilidad laboral relativa o intermedia para los servidores públicos provisionales, una posible solución tal vez sería reglamentar a través de la ley, requisitos adicionales que deba cumplir un servidor público provisional, para no ser retirado del servicio, y por ende permitir la materialización de su derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital; dichos requisitos se pueden basar en tiempo de servicio, edad, calificaciones sobresalientes, continuidad en el servicio, entre otros.

Ahora bien, para entrar a dilucidar el tema objeto de investigación, procedo inicialmente hablar de la Función Pública y el Empleo, y como estos han sido concebidos por la Constitución Política de 1991, seguidamente hablaré de los nombramientos provisionales, sus características y aspectos más relevantes, y por último hablaré de la estabilidad laboral en los servidores públicos provisionales.

1. Función Pública y Empleo.

La Constitución de 1991 presenta la función pública como tema que hace parte de la organización del Estado, resaltando de esta manera la importancia de los recursos humanos al servicio de la administración pública. En esta relevada condición, el Título IV luego de regular en el Capítulo 1 de la estructura del Estado, pasa en el Capítulo 2 a tratar "Función Pública", refiriéndose a la noción de empleo público. (YOUNES, 1993, p.6)

La función pública es el sistema institucional a través del cual el Estado cumple con sus obligaciones respecto de sus ciudadanos, ámbito también denominado servicio civil, el cual se concretiza a través de las funciones ejercidas por los servidores públicos. (GUTIÉRREZ, 1995, p.85)

Es apenas obvio que la Administración, en condiciones normales, deba buscar la eficiencia en la experiencia del funcionario, así como el empleado busca su bienestar, pero esta decisión, al igual que las relacionadas con la función pública, siempre han estado determinadas por los intereses partidistas y por las conveniencias personales de los directivos institucionales. (VÁSQUEZ, 2003, p.288)

La Función Pública se ha referido tradicionalmente al empleo público, es decir, desde la actividad misma y desde el sujeto que como servidor público la realiza.

Ahora bien, la Ley 909 de 2004, en su artículo 19 define el empleo como *"el conjunto de funciones, tareas, responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del estado."*

El empleo público debe clasificarse en una de las categorías que establece el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia. Ellas son: de carrera, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS

(...)

CLASIFICACIÓN DE ACUERDO A LA FORMA DE PROVEERLOS

NOMBRAMIENTO PROVISIONAL: La ley 909 de 2004 limitó el Nombramiento provisional solo para vacancias temporales en su artículo 25 "Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.", pero normas posteriores establecieron que también procede para vacancias definitivas. (DUEÑAS, 2008, p.88)

De conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política, todos los empleos de carrera administrativa sin excepción, deben ser provistos mediante concurso de méritos. No obstante, mientras se surte el proceso de selección, los empleos que se encuentren en vacancia podrán ser provistos de manera transitoria mediante encargo y excepcionalmente mediante nombramiento provisional.

Las entidades pueden acudir al nombramiento de cargos en provisionalidad en procura del logro de los fines esenciales del Estado, mientras se puede proveer definitivamente el empleo con personas que superen las condiciones y requisitos del proceso de selección o concurso de méritos señalados por la ley.

Sin embargo, se observa que en la práctica las entidades tardan más de diez años para llevar a concurso las vacantes definitivas de sus plantas de personal, mientras el servidor público provisional presta un servicio de calidad, de manera ininterrumpida, con desempeño sobresaliente; se vería desvinculado posteriormente a consecuencia de un concurso de méritos.

Ahora bien, tratándose de un servidor público vinculado a la administración bajo la figura de nombramiento provisional, a quien sólo le falten cinco años para adquirir su pensión de vejez, donde quedarían sus derechos fundamentales a la

vida digna, al trabajo, al mínimo vital,?. Este como muchos otros interrogantes, se han generado a partir de que las Altas Cortes, de manera sesgada a la Constitución de 1991, han considerado el mérito como el mecanismo idóneo para el ingreso, ascenso y permanencia en el empleo público, colocándolo por encima derechos fundamentales y principios rectores del Estado Social de Derecho, como el trabajo, el mínimo vital y la vida digna.

Lo anterior, quedó evidenciado en la Sentencia C- 588 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, donde la Corte Constitucional declaró inexecutable el Acto Legislativo 001 de 2008, en la medida en que la carrera administrativa, el mérito y el concurso público no son compatibles con un derecho de inscripción extraordinaria, fundado en la experiencia y que prescinde del concurso público y suspende los que se adelantan respecto de los cargos definitivamente vacantes desempeñados por provisionales o encargados.

Así mismo, quedó evidenciado en la Sentencia C-249 de 2012, con ponencia del doctor Juan Carlos Henao López, en donde la Corte Constitucional declaró inexecutable el Acto Legislativo 04 de 2011, bajo el argumento que la carrera administrativa y la exigencia del mérito para acceder a ella, constituyen principios constitucionales vinculados de manera profunda con el modelo social de Estado. Indica también que el Acto Legislativo *"sustituye el mérito por otros criterios como la experiencia o la duración en el ejercicio del cargo"*, con lo cual, de manera parcial y temporal, se deja sin aplicación un elemento fundamental y definitorio de la Constitución de 1991, que tiene que ver con el logro de los fines del Estado Social y los principios de la función pública y administrativa.

2. Derecho Comparado.

La Constitución Nacional de Argentina, en su artículo 16, señala que todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin más requisito que la idoneidad.

Este es un concepto amplio, que comprende a todos los habitantes del país, sin hacer distinción entre Argentinos o extranjeros, lo que le da una mayor amplitud que la Constitución Francesa o Norteamericana, que circunscriben el derecho a los nacionales.

Ahora bien, en Argentina se estableció una clasificación de los funcionarios y empleados, así:

Según la estabilidad en la función y empleo público, los funcionarios se dividen en "amovibles" e "inamovibles". Los primeros estarían comprendidos entre los que el poder ejecutivo nombra y remueve por sí mismo, pero hoy tal estabilidad se haya protegida por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, y por la serie de estatutos de los funcionarios y empleados públicos, que comienza con el 6666/57, y que introducen, un régimen de estabilidad protectora de los derechos al empleo, a la carrera y a no ser removidos sino por causas justificadas (...)

(...) los estatutos mencionados, así como también, en su caso, por la acción de amparo establecida por la Ley 16.986. De manera que todo agente confirmado en su cargo, conforme a los estatutos respectivos, queda protegido en su estabilidad o permanencia mientras dure su buena conducta y dedicación al cargo. (CASANI, 1981, p.555)

En Colombia, ocurre algo muy diferente con relación a los servidores públicos provisionales, y es que no existe estabilidad o permanencia por buena conducta y dedicación en el cargo, ésta sólo se predica para los empleados de carrera administrativa siempre y cuando, obtengan calificación sobresaliente en la evaluación del desempeño que se les realiza por parte del jefe directo, cada año.

En Ecuador, ocurre algo muy parecido a lo que ocurre en Colombia, y es que existe una carrera administrativa para ingreso al empleo público, la cual se encuentra consagrada en la Constitución Política de dicho país, en su artículo 228, el cual enuncia:

Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.

Del texto referenciado, se evidencia con una claridad indiscutible, que en el país vecino del Ecuador, existen de manera general tres tipos de empleos, cuales se distinguen en: empleos de carrera administrativa, empleos de elección popular, y los de libre nombramiento y remoción.

En la República de Guatemala, ocurre similar a lo que ocurre en Argentina, y muy diferente a lo que ocurre en Colombia, la Constitución de dicho país, en su artículo 113, indica que todos los Guatemaltecos tienen igual de oportunidades para acceder a cargos públicos, como requisito se exige, entre otros, capacidad y honradez.

Artículo 113.- Derecho a optar a empleos o cargos públicos. Los guatemaltecos tienen derecho a optar a empleos o cargos públicos y para su otorgamiento no se atenderá más que razones fundadas en méritos de capacidad, idoneidad y honradez.

3. Nombramiento Provisional.

El nombramiento de cargos en provisionalidad se caracteriza por su temporalidad o transitoriedad, hasta tanto puedan ser provistos en propiedad con quienes hayan superado el concurso de mérito. Con ello, se da cumplimiento a las finalidades de la carrera administrativa, esto es, garantizar el ingreso y permanencia al servicio público de las personas más calificadas para desempeñar la función que se les asigna, atendiendo para ello los principios que la orientan, como el mérito y la igualdad de oportunidades.

Ahora bien, al tenor de lo establecido en los artículos 24, 25 y 26, de la Ley 909 de 2004, y su Decreto reglamentario 1227 de 2005, los nombramientos provisionales tienen la característica de ser mecanismos transitorios para la

provisión de empleos de carrera, en atención a razones de servicio, sin que dicha mecanismo pueda ser confundido con una forma de provisión definitiva.

Así las cosas, los nombramientos provisionales cuentan con una precaria estabilidad laboral, puesto que dicho derecho sólo puede endilgársele a aquellos empleados de carrera administrativa cuyos nombramientos se hayan producido de conformidad con el orden de provisión definitiva establecido por el artículo 7 del Decreto 1227 de 2005, en este sentido corresponde a la autonomía de la entidad nombrar o declarar la insubsistencia de un provisional, no obstante lo anterior se debe tener en cuenta que tal y como lo ha manifestado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, el acto administrativo por el que se declara la insubsistencia debe ser motivado.

De otra parte, el párrafo transitorio del artículo 8° del Decreto Ibídem, indica que los nombramientos provisionales no podrán superar los seis (6) meses, término dentro del cual se deberá convocar los empleos vacantes a concurso.

De lo anterior se puede decir, que es deber de la administración en un plazo máximo de 12 meses, es decir, un año, realizar el concurso correspondiente para proveer de manera definitiva las vacantes de sus plantas de personal, situación que no ocurre y que lleva a los provisionales que ocupan dichos cargos a estar de manera indefinida en dichos empleos.

La desidia y mora de la administración en llevar a concurso las vacantes definitivas de sus plantas, no puede perjudicar en sus derechos a los servidores públicos provisionales, de tal manera que, cuando la administración estime conveniente adelantar e respectivo concurso de méritos en 7, 8 o 10 años, no exista para los provisionales que ocuparon por todo ese tiempo tales empleos, una garantía mínima a sus derechos fundamentales.

Ahora bien, con el fin de discernir sobre la presente problemática, es de gran importancia conocer algunos conceptos relevantes:

La Comisión Nacional del Servicio Civil, es la institución encargada de vigilar y administrar las carreras de los servidores públicos, excepto los que tengan carácter especial, y se dejó al legislador para que decidiera sobre su conformación, autonomía, organización y funcionamiento. (PUENTES, 2009, p.69)

De lo anterior se colige, que corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC por mandato constitucional y legal la garantía y salvaguardia del sistema de mérito en el empleo público, en los procesos de selección al ingreso de la carrera administrativa.

Carrera administrativa. Comprende un conjunto de realidades llamadas a perfeccionar la dinámica del Estado, que en nuestros días, con el aumento de las tareas de distinta naturaleza a su cargo, requiere, ante las expectativas de resultados, los fines definidos en la legislación, los efectos de distinta índole y alcance producidos por su proceder, seleccionar adecuadamente a los servidores públicos, perfeccionar sus métodos y sistemas, mejorar la calificación técnica y moral de los trabajadores, y asegurar, y asegurar que no sean los intereses políticos, sino las razones de eficiente servicio y calificación, las que permitan el acceso de la función pública en condiciones de igualdad. (GONZÁLEZ, 2000, p.81)

Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional, bajo el entendimiento de que los principios "suponen una delimitación política y axiológica", por cuya virtud se restringe "el espacio de interpretación", son "de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional" y tienen un alcance normativo que no consiste "en la enunciación de ideales", puesto que "su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser. (MESA, 2011, p.54)

Así las cosas, se tiene que la carrera administrativa, es el sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer, estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y ascenso al servicio público.

Carrera: Mérito. El eje sobre el cual se constituye la institución de la carrera administrativa, es el del mérito, capacidad o eficiencia en el buen servicio administrativo, por ello, será el mérito la medida para que el mejor o el más meritorio en el concurso u oposición de

méritos, ingrese al servicio, e igualmente por calificación de mérito sea inscrito en carrera y pueda luego permanecer. (VILLEGAS, 2013, p.314)

La administración busca que sus servidores sean personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado.

Además de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la carrera administrativa deberá desarrollarse fundamentalmente atendiendo los principios de igualdad y de mérito, los cuales fueron consagrados por el legislador.

Según el principio de igualdad, para el ingreso a los empleos de carrera se brindará igualdad de oportunidades, sin discriminación de ninguna índole, particularmente por motivos como credo político, raza, religión o sexo; de la misma forma, para el ascenso, la estabilidad y la capacitación de quienes pertenezcan a la carrera; las organizaciones y entidades garantizarán que los empleados participen con criterio de igualdad y equidad.

El principio de mérito establece que el acceso a cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera y de los aspirantes a ingresar a ella.

Es pertinente indicar en este punto, que el mérito no sólo está encaminado a regular el ingreso y ascenso a los cargos de la administración pública, sino que a través de él, se presentan diferentes manifestaciones que reconocen el

desempeño destacado de los funcionarios que prestan sus servicios al Estado en virtud de la carrera administrativa.

Por tanto, el ingreso y ascenso al empleo público de carrera administrativa están determinados por el mérito y la demostración de las calidades de los aspirantes. (ESAP-CNSC, 2011, p.4)

El concurso es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole. (VILLEGAS, 2013, p.317)

El concurso ha sido instituido entonces por la Ley como un procedimiento idóneo para proveer cargos de carrera administrativa, y se conforma por una serie de actos y hechos administrativos, a saber: la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el periodo de prueba.

El proceso de selección tiene como objetivo garantizar el ingreso de personal idóneo a la administración pública y el ascenso de los empleados, con base en el mérito mediante procedimientos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes demuestren poseer los requisitos para desempeñar los empleos.

La provisión definitiva de los empleos de carrera se hará a través de concurso, el cual puede ser de ascenso en los cuales podrán participar los empleados de carrera administrativa de cualquier entidad, que reúnan los requisitos exigidos para el empleo y las demás condiciones que establezcan los reglamentos. También existen concursos abiertos en los cuales la admisión será libre para todas las personas que demuestren poseer los requisitos exigidos para el desempeño del empleo.

Así las cosas, que el concurso público de méritos, asegura la vinculación del aspirante a la administración siempre y cuando demuestre de manera permanente sus competencias y aptitudes.

Por lo expuesto anteriormente se puede inferir que las características principales de los nombramientos provisionales antes de la Constitución de 1991 eran las siguientes:

- Procede cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera.
- Se realiza con personal no seleccionado por concurso (sistema de mérito).
- Los nombramientos en provisionalidad deben ceñirse a los reglamentos de cada entidad. Se otorga exclusivamente por necesidades del servicio.

4. Estabilidad Laboral de los Servidores Públicos Provisionales.

Las constituciones políticas en las democracias contemporáneas garantizan a todos los trabajadores públicos y privados la igualdad de oportunidades y la estabilidad en el empleo, como principios mínimos fundamentales que no pueden ser desconocidos por el Estado ni por los particulares, independientemente de la modalidad de relación laboral por medio de la que han sido vinculados.

De la estabilidad. Genéricamente, corresponde la estabilidad al derecho de permanencia de quien trabaja, mientras subsista la materia de la relación de trabajo y no se le aduzca y compruebe una justa causa de terminación de la relación de trabajo. (VILLEGAS, 2013, p.281)

La estabilidad como elemento esencial del sistema de carrera se explica con relación al mérito, la capacidad, la eficiencia, el bien servicio administrativo. 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, 2013, p.317-318)

Así las cosas, Colombia al tratarse de un Estado Social de Derecho, garante de los derechos fundamentales al trabajo, a la vida digna e igualdad, mal haría desconociendo el derecho a la estabilidad laboral de los servidores públicos provisionales, si bien, las altas Cortes han manifestado que estos servidores tienen una estabilidad laboral precaria comoquiera que el ingreso, ascenso y permanencia en el empleo público se hace a través de concurso de méritos, no es menos cierto que se vulneran derechos fundamentales.

Un escenario distinto de vigencia de la estabilidad laboral de las personas próximas a pensionarse concurre ante la provisión de cargos por concurso público de méritos. La problemática surge cuando el servidor público próximo a pensionarse ejerce un cargo público en provisionalidad, el cual es ofertado a concurso público de méritos y asignado al aspirante que supera dicho concurso. En ese contexto entran en tensión dos derechos de raigambre constitucional. El primero, que refiere al derecho subjetivo del aspirante a acceder al empleo público por haber superado el concurso público de méritos, que es a la vez el mecanismo preferente y general para el acceso a los empleos del Estado. El segundo, que tiene que ver con la protección de los derechos fundamentales del prepensionado, que se verían intervenidos por el retiro del cargo, lo que lo dejaría en estado de vulnerabilidad económica. (CConst, T- 326/2014, M. Calle)

La jurisprudencia constitucional señala que los provisionales gozan de una estabilidad intermedia, pues no tienen la misma estabilidad que ostenta el servidor inscrito en carrera, pero tampoco pueden ser desvinculados como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. Por tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indiquen específicamente las razones de su declaración de insubsistencia, por lo que la falta de motivación es causal de nulidad del acto. GONZÁLEZ, E (2015)

Los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad se encuentran en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos.

Sin embargo, la Corte Constitucional indica que los empleados provisionales podrán hacer uso de la acción de tutela, con la pretensión de ser reintegrados, cuando demuestren vulneración de derechos fundamentales, como la afectación al mínimo vital, al derecho de igualdad o al debido proceso, siempre y cuando el

cargo no haya sido provisto de manera definitiva, como resultado del respectivo concurso de méritos.

Merecen destacarse las sentencias de unificación de la Corte Constitucional en las que procedió a ordenar revocar los fallos del Consejo de Estado, en procesos de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, así como fallos de tutela, en los cuales el máximo tribunal constitucional ordenó reintegrar a los funcionarios provisionales desvinculados y al pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sea efectivamente reintegrado, sin considerar que ha existido solución de continuidad.

Bajo ésta perspectiva, la Corte Constitucional ha considerado que existe estabilidad laboral intermedia o relativa para los servidores públicos provisionales, en dos eventos:

1. Cuando el servidor público provisional esté próximo a pensionarse.
2. Y, cuando el nominador de manera caprichosa y arbitraria, pretenda desvincularlos del servicio.

En cuanto al primer punto, en Sentencia T-186 de 2013, se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto, es decir, de un lado la persona que superó el concurso público de méritos, y de otro, los derechos fundamentales de los servidores públicos provisionales próximos a pensionarse, tales como el trabajo, la vida digna y el mínimo vital. Al contrario, se planteó la necesidad de que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, que no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión.

Así las cosas, se hace necesario traer a colación la siguiente disposición normativa:

“(…) Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de 2004 a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional (…)” (D. 3905/2009, Art. 1°)

Del caso planteado, se generan algunas inquietudes en cuanto a la estabilidad laboral de los servidores públicos provisionales que están próximos a pensionarse por cumplir los presupuestos establecidos por la Ley para ello, y que se ven afectados por el retiro del servicio por cuanto el empleo que ocupan en provisionalidad fue ofertado en el marco de una convocatoria, para el cual se conformó lista de elegibles, entrando a tomar posesión la persona que ocupó el primer lugar.

Sobre el particular, se hace necesario tener claridad, sobre que servidores ostentan la calidad de pre-pensionados, la jurisprudencia ha manifestado:

Tiene la condición de pre pensionado para efectos de la protección reforzada reconocida por el legislador a sujetos de especial vulnerabilidad, en el contexto de procesos de renovación de la administración pública, el servidor público próximo a pensionarse al cual le falten tres (3) o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez. (T.A del Valle del Cauca, sentencia 0008801/2010, C. Jaramillo)

De conformidad con lo anterior, el servidor público a quien le falten tres años o menos para para obtener la pensión de jubilación o de vejez adquiere la condición de prepensionado y se convierte en sujeto de especial protección en lo que hace relación con la permanencia y estabilidad en el empleo, siempre y cuando cumpla ciertos requisitos que para tales efectos señala la ley.

Así las cosas, la decisión de la Administración de desvincular del empleo público a quien lo ejerce en provisionalidad, debido a la necesidad de permitir el ingreso de quien ha superado el concurso de méritos, es una medida constitucionalmente adecuada, sin embargo, la medida no resulta necesaria

cuando quien ejerce el empleo en provisionalidad es un sujeto de especial protección constitucional, como sucede con las personas próximas a pensionarse.

Desvincular a un servidor público provisional próximo a pensionarse, por darle cabida a quien superó el concurso público de méritos, sería una decisión incompatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta irrespetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección.

Así las cosas, la interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, se funda en la evaluación de las diversas alternativas de decisión en cada caso concreto, de modo que se llegue a aquella opción que mejor desarrolle los derechos, principios y valores constitucionales, entre ellos los relacionados con la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección y los que se predicen del aspirante que supera satisfactoriamente el concurso público de méritos.

Ahora bien, frente al segundo evento, relacionado con la declaratoria de insubsistencia por parte del ente nominador, de manera caprichosa y arbitraria, la Sentencia T-800 de 1998, con ponencia de doctor Vladimiro Naranjo Mesa, estableció que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad; en otros términos, el nombramiento en provisionalidad de servidores públicos para cargos de carrera administrativa, no convierte el cargo en uno de libre nombramiento y remoción. Por ello, el nominador no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para ello.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia T-660 de 2005, con ponencia del doctor Jaime Córdoba Triviño, señaló que la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse.

Esta misma doctrina también ha señalado que la falta de motivación del acto administrativo que desvincula a un servidor en provisionalidad constituye una vulneración del derecho al debido proceso. Ello debido a que la reserva de las razones que fundaron la separación del empleo pone en situación de indefensión al afectado, en la medida en que no podría controvertirlas ante la jurisdicción del contencioso administrativo.

Por su parte, el Consejo de Estado frente a la estabilidad laboral de los servidores públicos provisionales, ha señalado:

“(…) La estabilidad sólo existe para el personal de carrera. Como el nombrado en provisionalidad en un empleo de carrera accede a él en forma discrecional, sin procedimientos ni motivación, su desvinculación puede hacerse de la misma manera. **El empleado nombrado en provisionalidad no goza de ningún fuero de estabilidad y puede ser retirado sin motivación alguna si no ofrece suficiente garantía de prestación de buen servicio.** Si aún no puede proveerse el cargo por concurso se puede designar al reemplazante nuevamente en provisionalidad. (…)” (Negrilla y subrayado extra texto) (CE, sentencia 9572-05/2007, J. Lemos)

(…) los empleados en provisionalidad no gozan de estabilidad alguna, en razón a que son vinculados a la administración mediante la discrecionalidad del nominador y, en consecuencia, pueden ser retirados del servicio discrecionalmente. El fuero de estabilidad

se predica exclusivamente de los empleados escalafonados en carrera y mal podría aplicarse a provisionales que no se encuentran inscritos en el escalafón. GONZÁLEZ, E (2015)

5. Estado del Arte.

Han sido muchas las investigaciones que se han generado frente al tema objeto de estudio, y que se hace necesario traer a colación comoquiera que aportan al presente documento, y permiten conocer una posición frente a la problemática que aquí se debate.

La estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad ICESI de Santiago de Cali, Kelly Idrobo, a través de su trabajo investigativo, buscaba identificar si los servidores públicos que han sido nombrados en provisionalidad para desempeñar cargos de Carrera Administrativa, gozan de estabilidad laboral alguna.

Sobre el particular, expresó:

(...) el funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene una estabilidad laboral intermedia, ya que si bien no goza de todas las prerrogativas de un empleado de carrera, tampoco puede ser tratado como un funcionario de libre nombramiento y remoción, pues el proceder en este último caso depende de la existencia de una relación de confianza con el nominador, circunstancia que no tiene ocurrencia en los cargos de carrera aún cuando hayan sido provistos en provisionalidad, y que además en el acto administrativo de desvinculación deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide retirar al funcionario, y no pueden ser válidas las justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se aduzcan al desvinculado. (IDROBO, K. 2012. p. 24)

De otro lado, mediante investigación realizada en el año 2011, por el estudiante Juan Manuel Ramírez Mora, egresado de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, se buscaba identificar qué factores han impedido en Colombia la implementación de la carrera administrativa como un sistema técnico de gestión del talento humano al servicio del Estado.

Esta circunstancia mantendrá prácticamente en interinidad la carrera administrativa ya que ante la inexistencia de un marco normativo que regulara lo relacionado con los procesos de selección, se impuso la provisionalidad como forma de vinculación a la administración pública sin demostración alguna de mérito y vulnerando también la igualdad de los ciudadanos para acceder a los empleos del Estado, hecho que pretende corregirse con la expedición de la Ley 909 de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública y en virtud de la cual se viene adelantando el proceso de selección para aproximadamente cien mil empleos a nivel nacional. (RAMÍREZ, J. 2011. p. 11)

Por último, mediante investigación realizada por la doctora Mary Luz Caicedo Gutiérrez, Abogada egresada de la Universidad Nacional de Colombia, se pretendía establecer cuál es el lugar que ocupa el cargo de provisionalidad en la actualidad; y poder con ello configurar un referente doctrinario de consulta en materia administrativa laboral, que acorde con los postulados constitucionales, normativos y de desarrollo jurisprudencial, agrupara las respuestas a las dudas más relevantes que rodean la figura del cargo de provisionalidad en la carrera administrativa.

(...) la figura del empleado público provisional corresponde a una subcategoría de la clasificación consagrada en el artículo 1° de la Ley 909 de 2004, que si bien no se encuentra establecida como tal en dicho artículo, es desarrollado por el artículo 25 de la Ley con la finalidad de amortiguar temporalmente una situación administrativa laboral muy común en nuestras entidades estatales, la vacancia temporal o “definitiva” de los cargos de carrera que no pueden ser provistos mediante la figura del encargo y cuyo concurso de méritos esta por ejecutarse. (CAICEDO, M. 2014. p. 142)

6. Marco Teórico.

En el entendido que el problema jurídico consiste en establecer si hoy día existe o no estabilidad laboral relativa o intermedia para los funcionarios vinculados a la administración bajo nombramiento provisional, se relaciona con una teoría puntual, cual es la teoría de la ponderación, como ya es sabido, el sistema jurídico no solo se encuentra compuesto de reglas, hoy en día se sabe que también incluye valores y principios. En estos últimos es en los que se funda la teoría de la ponderación, ya que pretende resolver los conflictos que pudieren

presentarse entre ellos. Esta teoría es tratada por varios estudiosos del Derecho, como el profesor ROBERT ALEXANDER.

Así mismo, se va a estudiar a RICCARDO GUASTINI quien es un exponente de la Escuela Genovesa y discípulo de Norberto Bobbio; este autor ha expresado sus ideas sobre la ponderación en numerosos trabajos, e indica que si hay un conflicto entre dos principios, no se puede acudir a los criterios tradicionales para resolver el problema, sino que se hace necesario utilizar el método de la ponderación.

Igualmente se tiene como teórico a JOSÉ JUAN MORENO, quien también se ha encargado de abordar la teoría de la ponderación, indicando explícitamente que la ponderación no puede ser considerada como algo arbitrario, subjetivo e irracional, y no solo por su estructura lógica, sino también porque está sometida a dos tipos de límites morales objetivos: nuestras intuiciones morales básicas y; los casos paradigmáticos de justicia/injusticia, que constituyen el núcleo de los derechos fundamentales.

7. Resultados.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterativa al indicar que los servidores públicos vinculados a la administración bajo la figura del nombramiento provisional, gozan de estabilidad intermedia o relativa, comoquiera que los mismos no pueden ser afectados en sus derechos fundamentales.

Dicha estabilidad intermedia o relativa, ha sido predicada única y exclusivamente para los servidores públicos provisionales que tengan la calidad de prepensionados, o que vayan a ser retirados del servicio sin que medie lista de elegibles, sino, a potestad del nominador. Para éste último evento, se requiere que

el acto administrativo que declare su insubsistencia sea motivado, significando esto, que el retiro de estos empleados no obedecerá a situaciones de discrecionalidad, en cambio procederá de conformidad con las causales previstas en la ley, dando relevancia a la naturaleza del cargo, más no a la forma de vinculación.

Ahora bien, frente a la estabilidad laboral de los servidores públicos provisionales próximos a ser pensionados, la Corte Constitucional ha indicado que el derecho a la pensión de jubilación o vejez, es una de las manifestación del derecho fundamental a la seguridad social, a través del cual se busca garantizar que se reciba un auxilio económico en aquella etapa de la vida en que la edad de las personas les dificulta acceder a un sustento derivado de una relación laboral.

Por su parte, el Consejo de Estado, ha manifestado que sólo existe estabilidad laboral para el personal de carrera administrativa, que los servidores nombrados en provisionalidad, acceden al empleo de manera discrecional, sin procedimientos ni motivación, y por lo tanto su desvinculación puede hacerse de la misma manera.

Como se observa, frente a la estabilidad laboral de los servidores públicos provisionales, se han generado posturas contrarias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, sin embargo, en mi sano criterio, difiero de la posición del Consejo de Estado en la medida en que deben existir garantías a los servidores públicos provisionales en sus derechos fundamentales.

Ahora bien, tanto el mérito mecanismo idóneo para el ingreso, ascenso y permanencia en el empleo público, que es un derecho fundamental, así como también lo es el derecho al trabajo, a la vida digna y al mínimo vital, no pueden ser transgredidos, razón por la cual, y tal como lo planteé como hipótesis en el presente trabajo investigativo, se deben crear alternativas que posibiliten la

realización de ambos derechos constitucionales, sin que se afecte los fines, logros y principios del Estado Social de Derecho.

Conclusiones. Con base en las consultas jurisprudenciales y doctrinales realizadas, se logró evidenciar que al comparar los derechos fundamentales de las personas sujetas a la provisionalidad con la normatividad aplicable, ha llevado a la justicia a otorgarles mayores beneficios de los que ostentaban inicialmente.

Así mismo, se logró evidenciar que la forma transitoria de proveer los cargos públicos, denominado empleo provisional, ha adquirido a través del tiempo una gran importancia y por lo tanto el legislador no puede desconocer el impacto social que surgiría al no buscar los medios que permitan otorgar la estabilidad de los empleos provisionales.

Con sustento en todo el proceso de consulta realizado, se da respuesta al problema jurídico planteado, en el sentido de que sí gozan de estabilidad laboral relativa o intermedia los servidores públicos que han sido nombrados en provisionalidad para desempeñar cargos de Carrera Administrativa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Academia. edu, [En línea] *Teorías de la Ponderación - Análisis Crítico* [Artículo] Recuperado de: [Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2015] http://www.academia.edu/6317516/TEORIAS_DE_LA_PONDERACION_ANALISIS_CRITICO
2. Caicedo, M. (2014), [En línea] *La provisionalidad dentro del marco de la carrera administrativa*. [Investigación] Recuperado de: [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2015] <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:pVW49hksbYJ:https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/download/20584/17332+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co> [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2015]

3. Calle, M. (03 de junio de 2014). Sentencia C-326/2014, *Empleado Nombrado en Provisionalidad en Cargo de Carrera Administrativa*- Bogotá. D.C, Corte Constitucional. Recuperado de: [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2015] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-326-14.htm>
4. Casani, J. (1981). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Editorial Depalma-Abriendo Surcos.
5. Constitución Política del Ecuador. [En línea] Recuperado de: [Fecha de consulta: 09 de octubre de 2015] http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucionde_bolsillo.pdf
6. Constitución Política de la República de Guatemala. [En línea] Recuperado de: [Fecha de consulta: 09 de octubre de 2015] http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/GTM_constitucion_politica.pdf
7. Córdoba, J. (24 de junio de 2005). Sentencia C-660/2005, *Desvinculación en Cargo de Carrera en Provisionalidad*, Bogotá. D.C, Corte Constitucional. Recuperado de: [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2015] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-660-05.htm>
8. Dueñas, C. (2008). *Derecho Laboral Administrativo*. Bogotá D.C., Editorial Ibáñez.
9. Escuela Superior de Administración Pública- Comisión Nacional del Servicio Civil (2011) *Compendio de Normatividad y Doctrina en Empleo Público y Carrera Administrativa*. Bogotá D.C., Editorial: Imprenta Nacional de Colombia.
10. González, E. (2000). *Régimen de La Carrera Administrativa en Colombia*. Bogotá D.C., Editorial Doctrina y Ley LTDA.
11. González, E. (2015), [En línea] *Carrera Administrativa y nombramiento de provisionales*, [Ámbito Jurídico.com.] Recuperado de: [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2015] http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130404-04%28carrera_administrativa_y_nombramientos_provisionales%29/noti13040404%28carrera_administrativa_y_nombramientos_provisionales%29.asp.

12. Gutiérrez, R. (1995). *Apuntes sobre la función Pública en Colombia*. p. 85. Artículo Jurídico. Editor: Universidad de Bucaramanga.
13. Henao, J. (29 de marzo de 2012). Sentencia C-249/2012, *Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo No 04 de 2011, "Por medio del cual se incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia*, Bogotá. D.C. Corte Constitucional. Recuperado de: [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2015] <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48739>
14. Idrobo, k. (2012), [En línea]. *La estabilidad laboral de los empleados públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa*. [Investigación]. Recuperado de : [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2015] https://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/68139/1/estabilidad_laboral_empleados.pdf
15. Jaramillo, D. (21 de mayo de 2010) Expediente No. 2010-00088-01. *Servidor Provisional Pre- pensionado*. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Recuperado de: <http://colombialdia.co/estados/boletines/boletin4/documentos/20100008801.pdf>
16. Lemos, B. (15 de marzo de 2007). Sentencia 08001-23-31-000-2002-01191-01(9572-05) Empleado nombrado en provisionalidad. Bogotá D.C: Consejo de Estado. Recuperado de: https://www.google.com.co/?gfe_rd=cr&ei=I1pAVab4JNTLgAS25ICAAQ&gws_rd=ssl#q=PROVISIONALIDAD
17. Mesa, H. (2011), [En línea] *Principio del Mérito y Derechos Fundamentales: Elementos para el diseño institucional de un Sistema de Carrera Administrativa en la perspectiva de los Derechos Fundamentales*. p. 54. [Artículo de reflexión] Revista Indexada Proquest. Recuperado de: [Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2015] <http://sibulgem.unilibre.edu.co:2071/docview/1241036418/ED346029AEA94915PQ/2?accountid=49777>
18. Presidencia de la República de Colombia (08 de octubre de 2009), Decreto No. 3905 de 2009, *Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa*. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37526>

19. Mendoza, G. (12 de junio de 2008). Sentencia C- 588/2009) Acto Legislativo de inscripción extraordinaria en Carrera Administrativa sin previo concurso. Bogotá D.C: Corte Constitucional. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-588-09.htm>
20. Naranjo, V. (14 de diciembre de 1998). Sentencia T-800/1998, *Derecho de Permanencia en Cargo de Carrera Administrativa*, Bogotá. D.C. Corte Constitucional. Recuperado de: [Fecha de consulta: 05 de septiembre de 2015] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-800-98.htm>
21. Puentes, G. (2009). *Carrera Administrativa en el marco de la Función Pública*. Bogotá D.C., Editorial Universidad del Rosario.
22. Ramírez, J. (2011), [En línea] *La carrera administrativa en Colombia - Análisis y Perspectivas*. [Investigación] -. Recuperado de: [Fecha de consulta: 12 de octubre de 2015] <http://www.bdigital.unal.edu.co/4551/1/940362.2011.pdf>
23. Vásquez, F. (2003). *Los delitos contra la administración pública: teoría general*. Universidad de Santiago de Compostela. Recuperado de: <http://www.bdigital.unal.edu.co/6972/1/dianalisbethortegasuescun.2012.pdf>
24. Vargas, L. (10 de abril de 2012). Sentencia T-186/2013, *Estabilidad Laboral Reforzada de Madre Cabeza de Familia y Personas Próximas a Pensionarse*, Bogotá. D.C, Corte Constitucional. Recuperado de: [Fecha de consulta: 10 de octubre de 2015] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-186-13.htm>
25. Villegas, J. (2013). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C., Editorial Legis.
26. Younes, D. (1993). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C., Editorial Temis S.A., quinta edición.