

Estabilidad laboral de los trabajadores provisionales en entidades gubernamentales de Colombia

Labor Stability of Provisional Workers in Colombian Government Entities

Estabilidade laboral de trabalhadores temporários em entidades governamentais colombianas

MARITZA NATHALY MORENO MELO*

FECHA DE RECEPCIÓN: 24 DE MAYO DE 2022. FECHA DE APROBACIÓN: 10 DE AGOSTO DE 2022

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12061>

Para citar este artículo: Moreno Melo, M. N. (2023). Estabilidad laboral de los trabajadores provisionales en entidades gubernamentales de Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 25(1), 1-25. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.12061>

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo analizar la estabilidad laboral de los trabajadores provisionales del sector público en Colombia, para lo cual se emplea una metodología cualitativa fundamentada en un paradigma de carácter histórico-hermenéutico. Los resultados indican que el trabajo es un derecho fundamental protegido desde la normativa internacional, en la que la provisionalidad ha sido regulada desde la Ley 909 de 2004 y sobre la que existe una importante disputa jurisprudencial entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, por motivos de desvinculación a quienes se encuentran en calidad de provisionales, escenario en el que se plantea que la postura de las cortes frente a la garantía sobre los derechos de los servidores públicos provisionales no ha sido clara.

Palabras clave: provisionalidad; servidor público; estabilidad laboral.

* Abogada; especialista en Derecho Contencioso Administrativo; magíster en Derecho Administrativo. Abogada litigante, con experiencia en el sector público y privado. Programa de Derecho, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Universidad Cesmag. Correo electrónico: mnmoreno@uniccesmag.edu.co

ABSTRACT

The objective of this article is to present the analysis of the job stability of provisional workers in Colombia's public sector in Colombia, for which a qualitative methodology based on a documentary review of the regulations and theoretical aspects related to the terms was used under the implementation of a paradigm of a historical-hermeneutical nature, with a descriptive and analytical type of investigation in which the positions of the Council of State and the Constitutional Court are considered. Results indicate that work is a fundamental right protected by international legal provisions, where provisionality has been regulated since 2004 by Law 909, which alludes to charges that imply temporary separation. There is a fundamental jurisprudential dispute between the Council of State and the Constitutional Court regarding the dismissal reasons of those who are provisional; although it is stated that a public servant declared non-subsistent through an administrative act that has grounds can be dismissed, the guarantee of their rights does not really issue a clear position especially on the part of the Council of State. For its part, the Constitutional Court reiterates the importance of restoring the rights of public servants appointed provisionally.

Keywords: Provisionality; public servant; job stability.

RESUMO

O artigo tem como objetivo analisar a estabilidade no emprego dos trabalhadores temporários do setor público na Colômbia, para o qual se utiliza uma metodologia qualitativa baseada em um paradigma histórico-hermenêutico. Os resultados indicam que o trabalho é um direito fundamental protegido na normativa internacional, onde a provisoriedade vem sendo regulamentada amparada na Lei 909 de 2004 e sobre o qual há uma importante disputa jurisprudencial entre o Conselho de Estado e o Tribunal Constitucional, por motivos de desligamento daqueles que são provisórios, onde se afirma que a posição dos tribunais quanto à garantia dos direitos dos servidores temporários, não tem sido clara.

Palavras-chave: provisoriedade; servidor público; estabilidade trabalhista.

Introducción

Desde una perspectiva general, el derecho al trabajo surge como consecuencia de las nuevas exigencias sociales o estructuras de producción. La Constitución Política de 1991 establece en el artículo 25 al trabajo como un pilar esencial para el desarrollo de todo ser humano, por lo que en el Estado colombiano ha sido objeto de regulación a nivel legal y también jurisprudencial. De acuerdo con la Sentencia T-611 de 2001, el derecho al trabajo presenta una doble dimensión: individual, como la facultad que tiene todo individuo de elegir y ejercer su profesión u oficio en condiciones dignas y justas y la dimensión colectiva, que implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo.

El tratamiento del derecho al trabajo surge con base en el principio de estabilidad laboral de los trabajadores, entendido como las garantías con las que deben contar los empleados, en las que se establezca como aspecto mínimo que los contratos no serán manipulados en contra de los empleados, llevando a cabo su finalización de una manera repentina y sorpresiva, de modo que el trabajador cuente con la garantía mínima de que no perderá su trabajo y, al mismo tiempo, reciba los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia.

Al respecto, es necesario indagar el principio de estabilidad laboral en los trabajadores bajo la premisa de que gran parte de los beneficiados por estas condiciones son generalmente empleados públicos que han participado en un concurso de méritos y que han agotado de manera satisfactoria todas las etapas de selección de este. No obstante, las entidades públicas aún cuentan con personal que no se encuentra dentro de la planta de empleados profesionales y que, por lo tanto, no tienen las garantías mínimas de contrato con permanencia determinada, pues están en condiciones de provisionalidad, lo que da lugar a una situación compleja en torno a los aspectos legales que deben ser evidentes en los contratos laborales.

En cuanto a esto, se puede mencionar que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sido los tribunales que han analizado esta modalidad de empleo, sin embargo, la protección de estos organismos hacia el trabajador provisional ha tenido diferentes tratamientos, puesto

que, mientras la Corte Constitucional ha optado por mantener un grado de estabilidad proteccionista frente al empleado público en condición de provisional, el Consejo de Estado ha defendido su posición sobre la no motivación del acto administrativo. Desde esta perspectiva, la tensión se ha extendido a los efectos de la nulidad del acto administrativo en los eventos en que se declare insubsistente a un empleado nombrado en provisionalidad pero dicha manifestación unilateral de la administración se torne ilegal.

Con base en ello, la Corte Constitucional fijó los parámetros a fin de lograr el restablecimiento de los derechos del ex empleado público declarado insubsistente, mientras que el Consejo de Estado actualmente no ha fijado una postura unificada frente al tema, dejando a potestad de los jueces aplicar o apartarse de las reglas indemnizatorias fijadas por la Corte Constitucional, lo que representa un problema bastante complejo que afecta en gran medida al empleado y se representa como una manera de vulneración de derechos.

Así, se plantea como objetivo analizar la estabilidad laboral de los trabajadores provisionales en entidades gubernamentales de Colombia, con el propósito de revisar las disposiciones legales y normativas que protegen a los trabajadores provisionales respecto al principio constitucional de estabilidad. En este sentido, se pretende dar respuesta a la siguiente formulación del problema: ¿cómo es la estabilidad laboral de los trabajadores provisionales en entidades gubernamentales de Colombia?

Metodología

Enfoque

Con el fin de dar respuesta al problema jurídico, se llevará a cabo la implementación de una metodología cualitativa, con el propósito de analizar, interpretar e identificar criterios relevantes para la aplicación del principio de estabilidad laboral en aquellos trabajadores en condiciones de provisionalidad.

Paradigma

El paradigma utilizado en el artículo de investigación es de carácter histórico-hermenéutico, el cual propone, según Marín (2009), la ciencia como un sistema complejo que pretende elaborar comprensiones basadas en el lenguaje, que conduzcan a procesos interpretativos de la realidad social y humana. Dicho paradigma es importante para el presente artículo debido a que permite realizar una interpretación minuciosa sobre las posturas involucradas en el desarrollo de la investigación.

Tipo de investigación

El tipo de investigación en el que se enmarca el proyecto es de tipo descriptivo-analítico, dado que establece las posturas de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto a la temática, y también se describen elementos vitales para la aplicación del principio de estabilidad frente a los trabajadores nombrados bajo provisionalidad en la Gobernación de Nariño.

Resultados

El trabajo como un derecho fundamental

Desde las consideraciones de la norma internacional, se entiende el trabajo como un elemento esencial para el ser humano, el cual se encuentra en el centro de las aspiraciones de los individuos, dado que es un medio para obtener su sustento, el mejoramiento de la calidad de sus vidas y su realización personal, así como por la importancia que representa para la sociedad en su conjunto, pues es un generador de progreso social y económico a nivel universal.

Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Toda persona

que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (Naciones Unidas, 1948, art. 23).

Desde lo promulgado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también determina la relevancia de fomentar el trabajo decente, bajo el principio de que tanto mujeres como hombres cuenten con oportunidades de trabajo que sea productivo y que les genere ingresos, de tal forma que tengan la posibilidad de vivir dignamente. Es así como el trabajo decente implica que, además de dar lugar a la productividad, se realice en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana.

En este sentido, se plantea que el trabajo decente implica que todos los trabajadores tengan acceso a la protección social, tanto para el trabajador directo como para sus familias, de modo que cuenten con las posibilidades de acceder a servicios de salud y pensiones dignas al momento de culminar su etapa laboral, es decir, en su jubilación, o en el caso de adquirir discapacidades y accidentes que les impidan cumplir con sus actividades laborales.

En esta medida, la OIT (2009) plantea que lo anterior queda plasmado como objetivos estratégicos de la siguiente manera: “Promover y cumplir las normas y los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Generar mayores oportunidades para que mujeres y hombres puedan tener empleos e ingresos dignos. Mejorar la cobertura y la eficiencia de una seguridad social para todos. Fortalecer el diálogo social entre empleadores, trabajadores y gobierno” (OIT, 2009, p. 7).

Colombia, por su parte, es un Estado social de derecho, declarado de esa manera en el artículo 1º de la Constitución de 1991, en la cual se establece la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales, en las que el Estado garantiza niveles mínimos de derechos para toda la población, sobre quienes se compromete a buscar soluciones prácticas para garantizar el cumplimiento de los derechos bajo el respeto de la dignidad humana y, con ello, alcanzar una justicia material.

De acuerdo con Merton (2002), el trabajo es clave para la organización productiva de la sociedad, pues permite al individuo realizarse como un ser social y edificar procesos sociales tan significativos como la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Desde esta perspectiva, los fundamentos base del Estado social de derecho en Colombia se enmarcan en la dignidad humana, trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general. Conforme con Cerquera (2018), el trabajo cuenta con diversas formas de expresión dentro del ordenamiento constitucional, en el que no solamente es considerado como un derecho, sino también como una obligación social, como un mecanismo de incorporación del individuo a la colectividad como sujeto que se dignifica mediante la contribución que hace al desarrollo de una comunidad, siendo un deber que el individuo tiene para contribuir de manera solidaria a la construcción de una sociedad participativa tanto en la dimensión política como económica.

La estabilidad laboral se ha establecido como un principio fundamental en la Constitución, conforme al artículo 53, en el cual se determina la expedición del Estatuto de Trabajo y se plantea la importancia de contar con ciertos mínimos fundamentales, como

igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (C. P., 1991, art. 53).

En este sentido, también se encuentra en el artículo 125 de la Constitución Política la determinación respecto a la estabilidad de los empleados de carrera administrativa, en la que se precisa que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben ser considerados

como empleos de carrera, con las excepciones de elección popular, libre nombramiento y remoción, el cual está regulado por la Ley 909 de 2004, en la cual se expiden normas asociadas con el empleo público, de carrera administrativa, gerencia pública, entre otros elementos.

En esta medida, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-588 de 2009, declara que el retiro de estos empleos públicos y de carrera debe estar debidamente sustentado en una calificación no satisfactoria en el desempeño del trabajador o en la vulneración del régimen disciplinario, entre otros motivos expuestos en la norma colombiana.

Cabe precisar que el trabajo es uno de los más importantes valores axiológicos de la Carta Constitucional, dado que, según Cerquera (2018), este cuenta con una posición prioritaria en la organización política, económica y social del Estado, de modo que, al ser un elemento consagrado en la norma suprema, está sujeto a que todo sistema normativo lo incorpore y lo analice como un derecho, deber y objetivo del Estado social de derecho del país.

El trabajo se establece como un derecho fundamental en la Constitución Política y como “una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas” (art. 25). Desde esta perspectiva, el trabajo se considera desde diferentes dimensiones, es decir, no solo como un elemento puramente de relevancia económica, sino que trasciende a la dimensión social, dado que también guarda relación con derechos como la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.

Bajo la concepción constitucional, el derecho también ha sido abordado desde la jurisprudencia colombiana, en la que se precisan otros aspectos relacionados con el derecho, pues la Corte Constitucional, mediante la Sentencia T-446 de 1992, señala que el derecho al trabajo debe ser considerado como una representación de la libertad del individuo y, por consiguiente, su estrecha relación y su pilar en la dignidad humana, dado que su constitucionalización es el resultado de un complejo proceso histórico en el cual confluyen importantes luchas políticas y sociales por la libertad del individuo.

“El derecho al trabajo está hoy encuadrado entre los derechos sociales y libertades económicas, pero es claro, como lo ha señalado la

doctrina en estas materias, que los derechos sociales no constituyen más que una parte de las libertades de contenido económico, que a su vez constituyen un conjunto más desarrollado de las libertades públicas” (Corte Constitucional, Sentencia T-446/92).

A partir de esta premisa, la Corte sostiene que el derecho al trabajo no implica que se realice el ofrecimiento necesario de trabajo a todos los individuos que se encuentren en la capacidad de ejercerlo, sino que este derecho debe ser garantizado, y aparece únicamente bajo la virtualidad que le presta el principio de acceso a los cargos, acorde con el mérito y la capacidad de los aspirantes, requisitos que se efectúan con mayor rigurosidad en el contexto de la función pública.

De la misma manera, la Corte Constitucional indica en la Sentencia T-475 de 1992 que el derecho al trabajo garantiza al individuo la posibilidad de ejercer bajo las libertades una actividad económica, asegurando la existencia material en un plano de sociabilidad. Según las disposiciones de esta sentencia, no solo la actividad laboral subordinada se encuentra protegida por el derecho fundamental al trabajo, de modo que el trabajo no subordinado y libre, el ejercido de manera independiente por la persona, se encuentra comprometido en el núcleo esencial del derecho al trabajo; es así como la Constitución, más que al trabajo como actividad abstracta, protege al trabajador y también su dignidad.

Estabilidad laboral

Evolución normativa sobre el empleo público

La Constitución Política de 1991 establece en el título V aspectos relacionados con la función pública, en los que se plantean elementos asociados con el servicio del Estado, haciendo alusión a la clasificación de servidores públicos, al empleo y a las funciones que le competen, así como a las responsabilidades, los derechos y deberes que les corresponden. En el artículo 122 de la Carta Constitucional, se determina que “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.

Al respecto, cabe destacar que el artículo 125 antes mencionado es explícito al mencionar que los empleos del Estado son de carrera, sin embargo, se exceptúa a los de elección popular, libre nombramiento y remoción, a los trabajadores oficiales y los demás que son determinados a través de vías legales, en los que el ingreso y el ascenso se harán con previo cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidas por la ley.

Cabe resaltar que, según la evolución legal respecto al ingreso a los cargos de carrera administrativa, se tiene que, de acuerdo con el Decreto-Ley 2400 de 1968 y los decretos 3074 de 1969 y 583 de 1984, los empleados del nivel territorial tenían la posibilidad de acceder de manera automática, teniendo como requisito que hayan cumplido un año desempeñándose en un cargo de carrera, por lo que no requerían presentarse previamente al concurso de mérito.

No obstante, dichas disposiciones se consideraron como una vulneración a la Constitución Política en lo que corresponde al sistema de mérito, por lo que la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-030 del 30 de enero de 1997, declaró inexecutable estas opciones, cerrando completamente la posibilidad de ingresar de forma automática a la carrera administrativa.

En cuanto al Decreto 1222 de 1993, se reglamentó el artículo de la Ley 27 de 1992 respecto a los requisitos para el acceso a cargos de carrera administrativa, en los cuales se establecieron los procedimientos para efectuar los concursos, las evaluaciones y calificaciones para el ingreso a estos.

Sobre los empleados provisionales, dicho decreto estableció que el nombramiento sí era posible siempre y cuando los empleados de carrera no reunieran los requisitos para desempeñarse en tales cargos, por lo que no podrían ser encargados en el cargo vacante. En esta medida se mantenía la previsión relacionada con una duración de cuatro meses y una prórroga de única vez, situación que podía ser informada en la Comisión del Servicio Civil.

Desde esta perspectiva, se encuentra el Decreto 256 de 1994, por medio del cual se reglamentó el Decreto 1222 de 1993, en lo que respecta al proceso de selección a través del mérito para la provisión de empleos en cargos de carrera administrativa.

Con respecto a la Ley 443 de 1998 se definen otras disposiciones sobre el campo de la carrera administrativa, el cual se extendió a otras entidades públicas que conformaban el Sistema General de Seguridad Social en Salud, otros ámbitos como el educativo e, incluso, entidades militares y policíacas, en las que se definieron los sistemas específicos de carrera. Cabe resaltar que la Comisión Nacional del Servicio Civil se establecía como el ente encargado de la vigilancia y administración de tales sistemas especiales.

Desde esta perspectiva se establece que los empleos de los organismos y entidades regulados mediante la ley son de carrera, con las respectivas excepciones de elección popular, de período fijo y aquellos cuyas funciones deben ser ejercidas en las comunidades indígenas y los trabajadores oficiales. En esta medida, se determinó que la provisión del empleo de carrera se llevaría a cabo pasando previamente por el concurso de nombramiento en período de prueba o por ascenso.

Sobre el encargo se instaura que los empleados que sean de carrera cuentan con el derecho preferencial a ser encargados en los empleos de carrera que estén vacantes, en tanto que se efectúe el proceso de selección, siempre que estén acreditados los requisitos para efectuar sus actividades.

Por otra parte, el Decreto 1572 de 1998 establece disposiciones relacionadas con el nombramiento provisional, en el que se sostiene el derecho preferencial que tiene relación con los empleados de carrera, definiendo el proceso de selección de acuerdo con la acreditación de requisitos relacionados con aspectos educativos, experiencia y perfil que encajen en las necesidades del cargo.

Más adelante, se encuentra la Ley 909 de 2004, en la cual se plantea lo referente al régimen de carrera administrativa, haciendo alusión a la regulación sobre el sistema de empleo público y a lo relativo a los principios fundamentales de la gerencia pública, allí se hace mención de los empleos de carrera y de los de libre nombramiento y remoción, abarcando períodos fijos y temporales, que hacen parte esencial de la función pública.

En esta medida se determinan y definen términos asociados a un sistema específico de carrera y se fijan las carreras específicas, precisando que el empleo público es el núcleo básico de la estructura de la

función pública, en el cual se llevan a cabo un conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que buscan dar cumplimiento a los planes de desarrollo y fines del Estado.

Respecto al nombramiento de tipo provisional, se plantea que, en el caso en el que el empleado de carrera se encuentre en situación administrativa que implique separación temporal del cargo, este debe ser provisto en forma provisional, pero únicamente por la temporalidad que duren tales situaciones, especialmente cuando no sea posible proveerlos a través de un encargo con servidores públicos de carrera. Además, se establece que es indispensable velar porque los procesos de selección para la provisión de empleos y de evaluación se lleven a cabo conforme con lo definido en la normatividad y procedimientos legales vigentes y acordes con los parámetros de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Sobre el Decreto 1227 de 2005 se puede mencionar que este reglamenta de manera parcial la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, en el que se hace alusión a los empleos temporales como aquellos creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 y que se rigen en un tiempo determinado, los cuales deben sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad, y a las disposiciones vinculadas con la elaboración del plan de empleos.

En el artículo 7° del mismo decreto se plantea lo relacionado con la provisión definitiva de los empleados de carrera, quienes podían autorizar encargos y nombramientos de carácter provisional, sin previa convocatoria a concurso, cuando el jefe de la entidad justificara las razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por motivos estrictamente necesarios. De la misma manera, se afirmaba que el término de duración del encargo no podrá ser superior a seis meses, tiempo en el cual se debería convocar a concurso reiterando que el nombramiento provisional procede de manera excepcional, cuando no fuere posible el encargo y no existiera una lista de elegibles que estuviera vigente.

Tal disposición normativa fue modificada a través del Decreto 1937 de 2005, en el que se buscó precisar la prórroga de dichas figuras hasta la superación de las circunstancias que las originaron previa autorización

de la Comisión del Servicio Civil. De igual forma, se llevaron a cabo otras modificaciones mediante el Decreto 1937 de 2004, en el cual se amplió el espectro de la prórroga, planteando que no era necesaria la autorización por parte de la Comisión Nacional para proveer vacantes de tipo temporal en empleos de carrera.

Así mismo, el último decreto reitera lo que se plantea en la Ley 909 de 2004 relacionado con la separación temporal del cargo de carrera que permite la provisión en forma provisional, solamente por el tiempo de duración de la separación temporal. En este sentido, se dispone que, cuando no sea posible el encargo o el empleado ejerza empleo de libre nombramiento y remoción, y que bajo disposiciones legales se convierta en cargo de carrera, la vinculación del empleado debe ser clasificada bajo un tipo de carácter provisional.

Por otra parte, mediante el Acto Legislativo 1 de 2008 se efectuó la inscripción extraordinaria en el sistema de carrera administrativa, en el que se consagran normas anteriores a la Constitución de 1991, las cuales fueron retiradas del ordenamiento jurídico puesto que se violaban los elementos relacionados con el principio de mérito y también el principio de igualdad.

En este sentido, el acto legislativo mencionado fue demandado ante la Corte Constitucional, la cual declaró inexecutable las disposiciones, mediante lo que se argumentó que no podía existir una norma que permita el ingreso automático de cargos de carrera, dado que tales actuaciones desconocen el mandato general que se contempla en el artículo 125 de la Carta Política y los principios de igualdad y eficiencia que sustentan la administración pública.

Es así como a través de la Sentencia C-588 de 2009 se declaró inexecutable el Acto Legislativo 1 de 2008, bajo la postura de que la carrera administrativa, el mérito y el concurso público no eran compatibles con el derecho de inscripción extraordinaria que se fundamentaba en la experiencia del empleado, y también se sustentó que este acto no era consecuente con el aspecto asociado al ingreso automático y al derecho de acceder al desempeño de cargos públicos, dado que, incluso si el empleado cuenta con los requisitos y las facultades óptimas, quien no sea provisional o encargado por ningún motivo tiene la posibilidad de ingresar a cargos de carrera definitivamente vacantes, puesto que a

dichos cargos solo pueden acceder quienes se encuentren en calidad de provisionalidad o encargados. En esta medida, se concluyó que existía incompatibilidad entre el derecho de igualdad y la inscripción extraordinaria en carrera.

De igual manera, se presentó un proceso similar con el Acto Legislativo 4 de 2011, mediante el cual se planteó una norma de tipo transitorio en la que se buscaba regular la situación específica de los servidores públicos que se encontraban ubicados en cargos de carrera como provisionales o por encargo, por medio de la que se proponía homologar las pruebas de conocimiento que se hicieran mediante el concurso de méritos por la experiencia y los estudios adicionales que hubieren sido requeridos para el cargo correspondiente.

Las disposiciones normativas de dicho acto legislativo fueron declaradas inexecutable a través de la Sentencia C-249 de 2012, en la cual la Corte Constitucional procedió a considerar que se configuraba una sustitución temporal y parcial de la Constitución, y con ello se estaba ante un vicio de competencia del Congreso para realizar reformas sobre la Constitución. A partir del análisis efectuado por la Corte, se concluye que

con el Acto Legislativo N° 4 de 2011 se está sustituyendo parcial y temporalmente el principio de carrera administrativa y sus elementos que lo componen de mérito e igualdad, ya que con dicha reforma se otorga un puntaje adicional por el solo hecho de la permanencia y los estudios adicionales. Este puntaje adicional sustituye el principio estructural de la carrera administrativa ya que en este caso la selección del personal no se funda solamente en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante, sino en otros criterios que harían nugatorio que el proceso de selección a los cargos públicos se realice en condiciones de igualdad (Corte Constitucional, Sentencia C-249/12).

Del mismo modo, la Corte reitera que la carrera administrativa tiene un vínculo estrecho con el concurso público, dado que los sistemas de evaluación del personal otorgaban garantía a la capacidad e idoneidad del aspirante para ejercer funciones propias del cargo y, al mismo tiempo, impedir la existencia de arbitrariedad del nominador o criterios subjetivos o irrazonables para la selección del personal.

A partir de lo anterior, es propicio mencionar que el pilar sobre el cual se fundamenta la reglamentación y los lineamientos para crear disposiciones legales radica en los principios de mérito e igualdad. En esta medida, el mérito es el pilar fundamental a través del cual se cimienta la institución de la carrera administrativa, por lo que este principio implica que el más meritorio en el concurso u oposición de méritos puede ingresar al cargo, y, al mismo tiempo, se reitera que la calificación de méritos es la que permite que un individuo sea inscrito en carrera y pueda permanecer en el cargo, con una posterior demostración de calidades de los aspirantes, frente al propósito de lograr *in ascenso* y, simultáneamente, la estabilidad en el cargo.

Desde esta perspectiva se considera que este principio es idóneo para dar lugar a la imparcialidad y la objetividad en el ingreso de los individuos a cargos de carrera administrativa, en los que también se debe tener en cuenta que las competencias y la calidad del aspirante están acordes con el principio de eficiencia que sustenta el funcionamiento de la administración pública.

“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” (Corte Constitucional, Sentencia SU-617/13).

De esta manera, es preciso considerar que el régimen de carrera administrativa ha sido un elemento vital y determinante en la evolución normativa, en el que se ha buscado proteger la relevancia de la igualdad y el mérito, que incluso en la actualidad mantiene su vigencia y se aplica a la realidad que implica lograr un cargo en la administración pública a través de estos mecanismos decisivos.

Cabe destacar que la regulación constitucional también ha sido esencial para proteger los derechos de igualdad de los individuos aspirantes, pues la determinación de servidores públicos está fuertemente influenciada por los principios articulados en la Carta Política, con lo que se pretende una aplicación adecuada para mitigar y eliminar finalmente

todo tipo de clientelismo y favoritismo, buscando emplear la norma en cada uno de los tipos de empleo que se oferta a los servidores públicos.

Regulación normativa sobre la estabilidad laboral

La estabilidad laboral constituye, según Jacome (2018), un derecho y, al mismo tiempo, un principio que busca proteger la relación contractual a favor del trabajador, en la cual se vigila que el empleador no vaya en contra de una situación en la que se genere vulnerabilidad sobre el trabajador, puesto que bajo este principio se impide la trasgresión sobre la protección que la ley otorga para cumplir el objeto del contrato de trabajo.

De acuerdo con Albornoz (2019), la estabilidad laboral es un principio del derecho laboral que pretende dar garantía a los trabajadores sobre cierta permanencia y continuidad en los puestos de trabajo. Según esta fuente, existen individuos que dadas las condiciones particulares se encuentran expuestos a una mayor vulnerabilidad, de modo que este principio se vuelve más imperioso y se convierte en una prerrogativa de carácter superior que se erige como de obligatorio cumplimiento para el Estado mediante las políticas públicas y la respectiva adecuación del ordenamiento jurídico.

Artículo 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (C. P., 1991, art. 53).

En este sentido, se puede mencionar que el artículo hace alusión a la igualdad que tienen los trabajadores en cuanto a garantía de derechos, específicamente a quienes se encuentran en una condición de vulnerabilidad. Al respecto, Duque, Quintero y González (2016) han afirmado que la estabilidad laboral es un tipo de seguridad que se encuentra fundada como un derecho constitucional, en el que se menciona que todos los trabajadores tienen el derecho a la estabilidad en el empleo, lo que ha dado lugar a que desde el ordenamiento jurídico nacional existan normas que salvaguarden los derechos laborales de los trabajadores y cubran con mayor rigor a quienes se enfrentan a la vulneración de tal derecho.

De acuerdo con Jacome (2018), la estabilidad laboral es un derecho que depende de la disolución del contrato laboral por voluntad del trabajador y de manera excepcional por el empleador, la cual puede motivarse por el incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador o por situaciones que le imposibiliten dar continuidad a la relación contractual. Es así como tanto la estabilidad laboral como la protección jurídica son derechos básicos de los trabajadores.

Bajo la premisa de que la estabilidad laboral es un derecho, se puede mencionar que existen trabajadores en condiciones de vulnerabilidad ante el cumplimiento de este derecho, en el cual los servidores públicos no son la excepción, pues gozan de una estabilidad laboral relativa que indica posibilidades de remoción con bases legales que pueden dar lugar a la desvinculación de estos trabajadores.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos. En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso (Concepto 228281/21, p. 3).

En concordancia con lo anterior, se puede mencionar la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, que encuentran protección constitucional, la cual se reitera en la medida en que en igualdad de condiciones tienen la posibilidad de participar en los concursos y disfrutan de estabilidad laboral, lo que está condicionado por la duración del proceso de selección hasta que haya la posibilidad de reemplazo por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de los méritos evaluados legalmente.

Cabe resaltar que la Corte Constitucional ha reconocido el término de estabilidad laboral reforzada, en el cual se hace particularmente alusión a la provisionalidad de cargos de carrera en los que se pueden encontrar sujetos que cuentan con una especial protección constitucional, como las madres y padres cabeza de familia que tienen un lapso de tiempo próximo para recibir la correspondiente pensión, y los individuos que presentan o se encuentran en algún tipo de discapacidad, a quienes, si bien no se les otorga un derecho indefinido para permanecer en un tipo de vinculación laboral, se busca garantizarles una obligación de carácter jurídico constitucional, en la que tengan la posibilidad de ser beneficiarios de un trato preferencial como medida de acción afirmativa.

En virtud de lo mencionado, el mandato constitucional establece en los incisos 2 y 3 del artículo 13 lo relacionado con la adopción de medidas de protección en favor de los grupos vulnerables y personas que evidencien encontrarse en una situación de discapacidad, para quienes debe existir una protección reforzada.

“Si bien los empleados provisionales que se encuentran en situaciones especiales no tienen un derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, sí debe otorgárseles un trato preferencial como acción afirmativa, antes de efectuar el nombramiento de quienes ocuparon los primeros puestos en la lista de elegibles del respectivo concurso de méritos, con el fin de garantizar el goce efectivo de sus derechos fundamentales” (Concepto 228281/21, p. 3).

De esta manera, se encuentra que la estabilidad laboral es un derecho que puede incluso ser más radical cuando se trata de grupos sociales que presentan ciertas particularidades, en los cuales se brinda una protección reforzada del mismo derecho y principio constitucional.

Sobre la provisionalidad, el Consejo de Estado ha manifestado, mediante la Sentencia 12531 de 1998, que el empleado vinculado a través de nombramiento provisional no goza de ningún fuero de inamovilidad, por lo cual se le atribuye al nominador la facultad de removerlo libremente sin expresar los motivos de su decisión. En esta medida, el Consejo de Estado mantuvo dos posiciones frente al tema de la necesidad de motivar los actos de retiro de servidores nombrados en provisionalidad en los cargos de carrera.

Hasta el año 2003, en la Subsección A, se establecía que estos empleados contaban con una suerte de estabilidad restringida, de modo que para su desvinculación era necesario mediar al menos un acto administrativo motivado como garantía del debido proceso; en tanto que en la Subsección B se determinaba que no existía ningún fuero de inamovilidad para aquellos que ejercían cargos provisionales, de tal forma que estos debían acogerse a la facultad discrecional, pudiendo ser separados del cargo sin la existencia de motivaciones.

La postura de la Subsección B, efectuada en los años 2002 y 2003, sustentó, a través de la Sentencia 4714-02 de 2003, que quien desempeñe un cargo de carrera tenía el derecho a la estabilidad, bajo los términos del artículo 53 de la Constitución Política, en el que se afirma que la estabilidad deriva del ingreso por concurso de mérito, en tanto que este mismo derecho no pueden tenerlo quienes estén laborando bajo la categoría de nombramiento provisional, de modo que no se puede someter su desvinculación a causales legales definidas para el personal de carrera.

Por otra parte, según Albornoz (2019), la estabilidad laboral relativa de la que gozan los empleados que se encuentran ocupando algún tipo de cargo de carrera en provisionalidad también puede incluir un tipo de particularidad al momento de garantizar los derechos fundamentales a quienes requieran de una protección constitucional especial por hallarse en condiciones de vulnerabilidad, pues, de acuerdo con la Sentencia de Unificación SU-446 de 2011, elaborada en la Corte Constitucional, se estableció un pronunciamiento en lo que corresponde a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera a través de concurso de méritos y la protección especial de los individuos que están ubicados en dichos cargos de tipo provisional y que se encuentran en condiciones

particulares de vulnerabilidad, por ejemplo, quienes son madres o padres cabeza de hogar, prepensionados e individuos en situación de discapacidad.

Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida en que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deben ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos (Concepto 228281/21, p. 4).

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional sostiene la importancia de garantizar a las personas en condiciones especiales que no sean desvinculadas de sus cargos laborales, reconociendo que, a pesar de que los individuos que hagan parte de los grupos sociales vulnerables que protege la ley en el principio de estabilidad laboral no están bajo una protección indefinida de permanecer en un empleo, sí prevalecen garantías mínimas que impiden a cualquier entidad lesionar los derechos que les corresponde a estos individuos.

En este sentido, la Corte Constitucional dispone que antes de proceder a efectuar un nombramiento, dada la superación del concurso de méritos, las personas que se encuentran en situaciones especiales serán los últimos en removerse, incluso se afirma que en la medida de las posibilidades deben vincularse nuevamente de manera provisional en cargos vacantes, sin perder la jerarquía que ya tenían o aspectos equivalentes a los que ya ocupaban, siempre y cuando demuestren una de las condiciones especiales en el momento de su desvinculación y al momento de su posible nombramiento.

No obstante, es importante aclarar que, si bien se brinda un tipo especial de protección a las personas que ocupen un cargo provisional, no se desconoce la importancia de que un individuo que manifieste un

tipo de discapacidad o que se encuentre en una condición especial pueda presentarse a un concurso público y abierto, puesto que su condición no lo exime de las posibilidades de presentar algún tipo de prueba de mérito y acceder al igual que otros participantes bajo igualdad de condiciones y demostrar sus capacidades, pues el hecho de que padezca una condición especial no lo exime de demostrar las facultades que posee en igualdad de condiciones.

Discusión de resultados

Es relevante mencionar que desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas se reconoce que el derecho al trabajo implica el derecho que tienen los individuos sobre la libre elección de su trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, y bajo la protección al desempleo.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas plantea en el artículo 7º que el derecho al trabajo se debe ejercer en condiciones de libertad y con medidas adecuadas que articulen condiciones equitativas y satisfactorias que aseguren el derecho laboral. En esta medida, se afirma que este derecho ampara la importancia de una equidad salarial y sin discriminación, y, al mismo tiempo, condiciones de existencia dignas, con igualdad de oportunidades para todos de ser promovidos dentro de su trabajo a la categoría superior que les corresponda.

Como se ha indicado, la Constitución de 1991 en el artículo 53 plasma que la estabilidad en el ámbito del empleo es un principio fundamental, disposición que se complementa con lo planteado en el artículo 125, en el que se concreta que la estabilidad laboral deriva de la carrera administrativa, la cual se desarrolla y se mantiene en vigencia a través de la Ley 909 de 2004, teniendo en cuenta decretos y reglamentos que han modificado o han apoyado tal formulación legal, en la que se respeta el principio de mérito e igualdad a los trabajadores.

La Constitución Política también señala que el retiro de un empleado público de carrera debe estar acorde a una calificación no satisfactoria de su desempeño en el cargo ocupado, por violación del régimen

disciplinario y otras causales que se consideran en el reglamento legal, lo que hace alusión a la garantía de permanencia sobre un determinado empleo.

De igual forma, la jurisprudencia que se ha emitido en las cortes colombianas sostiene que el alcance y los límites de estabilidad en los empleados de carrera prevalecen bajo la importancia del mérito y la igualdad, como un factor esencial de protección para el trabajador, en el cual se plantea que, en tanto el empleado cumpla con las condiciones que se precisan o se reglamentan en la ley y su desempeño sea el adecuado, este no puede ser removido de su cargo, de modo que este es un elemento que brinda un tipo de protección al servidor público y otorga, al mismo tiempo, a la administración pública y al Estado la confianza en la existencia de eficacia en el cumplimiento de las funciones del servidor.

Al respecto, no se debe dejar de lado el hecho de que, si bien existen garantías de estabilidad laboral, dicha estabilidad no garantiza que el empleado de carrera sea inamovible, dado que este puede ser desvinculado de su cargo en el caso de que demuestre ser un empleado ineficaz o manifieste algún acto de indisciplina, y que todos esos elementos le sean demostrados, por lo que tal estabilidad se considera como meramente relativa.

Sobre la estabilidad laboral de los servidores públicos que se encuentran bajo la categoría de provisionalidad en cargos de carrera también se han establecido disposiciones por parte de la Corte Constitucional, en la que a través de sus fallos de tutela se ha buscado el amparo de los derechos fundamentales que corresponden a los empleados provisionales, y que los motivos del retiro igualmente deben sustentarse en la decisión de desvinculación, por medio de la cual se han planteado elementos que aducen a las medidas de protección sobre los trabajadores en cuanto a estabilidad laboral.

El Consejo de Estado, por su parte, también ha emitido postura jurisprudencial en torno a los cargos de provisionalidad. En el caso de la sentencia del 13 de marzo de 2003, Radicado 4972-01, se determinó que, bajo el nombramiento de provisionalidad judicial, no existe fuero alguno que propicie la estabilidad en el trabajador, lo que da cabida a la posibilidad de retiro sin que sea esencial esclarecer las motivaciones que

dan lugar a la decisión de desvinculación del trabajador. En consecuencia, los trabajadores provisionales no cuentan con el principio de estabilidad y, al mismo tiempo, no se consideran sus derechos fundamentales como menester en la regulación de los actos de remoción o desvinculación.

En contraposición, la Corte Constitucional ha realizado, mediante la Sentencia T-951 de 2004, una distinción entre los actos de desvinculación de los servidores públicos que se encuentran bajo la categoría de libre nombramiento y remoción y aquellos que estén adscritos a un cargo de carrera, en la que se advierte que, mientras la falta de motivación de los primeros es una regla, la motivación de los segundos es en sí una regla, pues en estos últimos es el carácter técnico lo que determina la provisión del cargo.

De la misma manera, la Corte ha predispuesto en la Sentencia T-610 de 2003 las razones de motivación que pueden ocasionar la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, sobre quienes se argumenta que no requieren de motivación, dado que la provisión de dichos empleos supone la posibilidad que tiene la entidad para elegir quién está facultado para ocupar el cargo.

Conclusiones

El derecho al trabajo constituye un elemento protegido de manera importante desde las consideraciones internacionales, que, en síntesis, se establece que debe ser garantizado a todos los individuos, bajo las garantías normativas que impliquen salarios equitativos, entre otras libertades, siendo la estabilidad laboral un principio que rige al empleo. Sin embargo, en torno a los cargos de carrera existen diversos elementos que han dado lugar a disputas significativas en los tribunales nacionales, como es el caso de la estabilidad laboral en los empleos de carrera administrativa nombrados bajo categoría de provisionalidad.

En este sentido, hay una disimilitud marcada entre las posiciones de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en la cual se han creado diferencias en torno a los motivos de desvinculación respecto a los trabajadores que se encuentran en calidad de provisionales, y, si bien se plantea que un servidor público declarado insubsistente mediante

acto administrativo que tenga fundamentos puede ser desvinculado, la garantía sobre sus derechos realmente no emite una postura clara, especialmente por parte del Consejo de Estado, pues, en cierta medida, la Corte Constitucional reitera la importancia de restablecer los derechos de servidor público nombrado en provisionalidad.

Referencias

- Albornoz, C. (2019). *La estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta: tesis de la Corte Suprema de Justicia versus la Corte Constitucional. Un choque de trenes que impacta al sector industrial y empresarial colombiano*. Universidad Católica de Colombia.
- Cerquera, S. (2018). *El principio de estabilidad laboral en Colombia: la tensión entre los derechos sociales laborales versus las políticas neoliberales de flexibilización*. Universidad Nacional de Colombia.
- Concepto 228281 de 2021 (1° de julio).
- Consejo de Estado. Sentencia 12531 de junio de 1998.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 76001 del 13 de marzo de 2003, Radicación 4972-01.
- Consejo de Estado. Sentencia 4714-02 del 3 de abril de 2003.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Corte Constitucional, Sala de Revisión en Asuntos de Tutela. Sentencia T-446 del 8 de julio de 1992, Expediente T-1511.
- Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-475 del 29 de julio de 1992, Expediente T-1917.
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-611 del 8 de junio de 2001, Expediente T-404092.
- Corte Constitucional. Sentencia T-951 del 7 de octubre de 2004, Expediente T-900588.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, Expediente D-7616.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-249 del 29 de marzo de 2012, expedientes D-8673, D-8679 y D-8680.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-617 del 5 de septiembre de 2013.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (1948), adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III).

- Duque, S., Quintero, M., & González, P. (2016). Sobre la protección en el trabajo para las personas con discapacidad. *Revista de Derecho*, (45), 59-84.
- Jacome, J. (2018). *Estabilidad laboral reforzada*. Universidad Católica de Colombia.
- Ley 909 de 2004 (23 de septiembre), “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.
- Marín, J. (2009). El conocimiento pedagógico fundamentado en una epistemología de los sistemas complejos y una metodología hermenéutica. *Magistro*, 3(6), 13-25.
- Merton, R. (2002). La división del trabajo social de Durkheim. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (99), 201-209.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). (2009). *Conocer los derechos fundamentales en el trabajo*. OIT.

