

02 - 007429

Bogotá D.C. **Marzo 17 de 2010**

Radicado 02-2010-8600

Señor

CESAR AUGUSTO ALFARO TEJADA

Dirección electrónica: calfaro24@hotmail.com

Santa Marta - Magdalena

Asunto: Concepto sobre declaratoria de vacancia temporal en empleo de carrera docente

Procede este Despacho a dar respuesta a su solicitud del asunto.

1. ANTECEDENTES

Este despacho ha recibido su escrito a través del cual manifiesta que se desempeña como docente en propiedad en el departamento del Magdalena y participó en la última convocatoria para el empleo de coordinador en la entidad territorial Santa Marta, en la que superó el concurso.

Desea saber que debe hacer en el momento en que le notifiquen su nombramiento en período de prueba, respecto a su vinculación en el Departamento del Magdalena.

2. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Previamente a emitir respuesta a los interrogantes planteados, este Despacho presenta las siguientes consideraciones:

2.1 El sistema de carrera. El artículo 125 de la Constitución Política establece el sistema de carrera como principio que rige y orienta el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro del servicio público, teniendo como variable indispensable y garantía del derecho a la igualdad, el mérito de aquellos que orientan su vida laboral a servir en el sector público.

De conformidad con esta disposición, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, lo que implica que, salvo las excepciones señaladas, el acceso a los cargos públicos se rige por procedimientos inherentes al ingreso a la carrera.

El nombramiento de servidores públicos en cargos de carrera debe hacerse mediante concurso público, salvo las excepciones constitucionales o legales. Esta disposición establece como regla general, el mérito tanto para el ingreso y el ascenso, como para la permanencia en la carrera. Este sistema tiende a garantizar una adecuada prestación de los servicios públicos a cargo del Estado y a asegurar que la misma esté orientada a la satisfacción del interés general.

La Corte Constitucional ha dicho que los concursos públicos abiertos garantizan la competencia para que ingresen al servicio público los más capaces e idóneos, en un marco de libre competencia y en igualdad de trato y de oportunidades, con lo cual se promueve y garantiza el derecho a la participación previsto en el artículo 40 de la Constitución Política, lo que implica que la gestión y resultados de los servidores estará guiada por la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio administrativo.¹

2.2 Principio del mérito. El mérito es considerado por nuestra Carta Magna como el mecanismo más adecuado para conseguir los fines del Estado y para ello dispone que las entidades públicas en su labor de vinculación de personas para acceder a cargos públicos *deben “contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos”* (Sentencia C - 479 de 1992 de la Corte Constitucional).

En consecuencia la carrera y el sistema de concurso constituyen el sistema técnico de administración de personal y el mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad para que a la función pública accedan los mejores y los más capaces, y como lo señala la Corte Constitucional “... *descartándose de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo*” (Sentencia C - 563 de 2000).

En razón de lo antes señalado, el mérito se constituye en el fundamento constitucional de los procesos de selección para acceder al ejercicio de cargos públicos, de forma tal que los requisitos y condiciones de acceso deben ser acreditados previamente por los aspirantes además de superar según se requiera por la convocatoria, pruebas y en ocasiones pruebas y cursos.

Lo anterior indica que todos los sistemas de carrera verifican requisitos y competencias para el ejercicio del empleo antes de la respectiva provisión de los mismos y por ende la vinculación al servicio del Estado en cada uno de ellos se fundamenta en la aplicación de igual principio.

¹ Sentencia C-1173/05, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, S.V. Humberto Antonio Sierra Porto.

2.3 Principio de estabilidad laboral en el sistema de carrera y nombramiento en período de prueba. Una de las dimensiones del derecho al trabajo consagrado en el artículo 25 de la Constitución Política, es la garantía a la estabilidad laboral, garantía que no implica el derecho constitucional a permanecer indefinidamente en un determinado trabajo, razón por la que la misma requiere de desarrollo legal, que para el caso de la carrera administrativa se fundamenta principalmente en la acreditación periódica del mérito para permanecer mediante la evaluación del desempeño laboral.

También es del caso señalar que la carrera comprende tres aspectos fundamentales relacionados mutuamente y que han sido desentrañados del artículo 125 de la Carta, por la Corte Constitucional, así: la eficiencia y eficacia en el servicio público, principio por el cual la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional. En segundo lugar, la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas y por último, la protección de los derechos subjetivos derivados de los artículos constitucionales 53 y 125 tales como el de estabilidad en el empleo, que debe ser protegido y respetado por el Estado.

La Corte Constitucional, en diversos pronunciamientos, ha reconocido y declarado que conforme al artículo 53 de la Carta, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, llegando incluso a precisiones en relación con lo que se ha denominado la estabilidad laboral reforzada, así:

“Se puede afirmar entonces que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; sin embargo, (ii) frente a ciertas personas se presenta una estabilidad laboral reforzada en virtud de su especial condición física o laboral. No obstante, (iii) si se ha presentado una desvinculación laboral de una persona que reúna las calidades de especial protección la tutela no prosperará por la simple presencia de esta característica, sino que (iv) será necesario probar la conexidad entre la condición de debilidad manifiesta y la desvinculación laboral, constitutiva de un acto discriminatorio y un abuso del derecho. Por último, (v) la tutela sí puede ser mecanismo para el reintegro laboral de las personas que por su estado de salud ameriten la protección laboral reforzada, no olvidando que de presentarse una justa causa podrán desvincularse, con el respeto del debido proceso correspondiente”.²

Con fundamento en los principios señalados, la Ley 909 de 2004, al regular el sistema general de carrera en el numeral 5 del artículo 31 dispuso:

“5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6)

² Sentencia T-687/06, Referencia: expediente T-1315869, Magistrado Ponente, JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

*El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. **En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional***” (Resaltado fuera de texto).

La norma en cita tiene por propósito garantizar que el empleado de carrera, que supera con éxito un concurso que le permite acceder a un cargo de nivel o grado superior al que él desempeña o en mejores condiciones salariales o de mayor expectativa y reto profesional, tiene derecho a que la estabilidad derivada de su pertenencia al Sistema General de Carrera le sea respetada en el evento de no aprobar el período de prueba para el cual fue nombrado o bien porque en ejercicio de su voluntad ante la frustración o insatisfacción de sus expectativas en el nuevo empleo, decida regresar a su anterior. Tal situación exige a la administración abstenerse de nombrar definitivamente en el cargo que el empleado nombrado en período de prueba ostenta derechos de carrera, razón por la que en el mismo solo podrá declararse la vacancia temporal hasta por el tiempo que dure el referido período; es decir, ese cargo debe permanecer libre para que el mismo se pueda reasumir por el funcionario que ostenta derechos de carrera, en la eventualidad de no superar el período de prueba o de decidirse voluntariamente a regresar.

2.4 Sistema Especial de Carrera Docente. Conforme lo establece el numeral 2, artículo 3 de la Ley 909 de 2004, las disposiciones contenidas en la misma se aplican con carácter supletorio en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales, entre las que la misma norma considera de tal categoría “... El que regula el personal docente...”

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia 175/06 ha precisado que el órgano competente para vigilar y administrar las carreras especiales de origen legal es la Comisión Nacional del Servicio Civil.

2.5 La movilidad laboral y salarial en el empleo público. Por movilidad laboral se entiende el paso de los trabajadores o empleados de un empleo a otro; ésta puede darse dentro de la misma organización o entre entidades u organizaciones. La movilidad laboral no solo se refiere al cambio de empleo sino también al cambio de oficio.

Tratándose de la carrera administrativa, se encuentra la denominada movilidad interna, dado que los cambios en la vida laboral del trabajador se producen dentro de la misma entidad o entre entidades pertenecientes al Estado. Para el caso en estudio el alcance que se da a la misma se refiere al ascenso dentro de un sistema de carrera o al cambio de empleo de un sistema a otro, orientado siempre por la aspiración del trabajador de acceder a una mejor remuneración y al desempeño de un empleo o profesión que le retribuya en mayores satisfacciones personales.

El reconocimiento de la movilidad laboral como derecho de los empleados y trabajadores apunta precisamente a valorar la experiencia y por ende a no expulsar sino estimular y mantener retos de progreso y mejoramiento personal en las dimensiones económicas, sociales y profesionales del trabajador.

La movilidad laboral entre entidades ocurre cuando se vincula por méritos a una persona que trabaja en otra, con ello se está ganando la experiencia de alguien que además cumple con los requisitos establecidos para el empleo, lo que en términos de costo-eficiencia, revela que la aplicación de este principio es altamente rentable para el trabajador y para el Estado. Un empleado que asciende dentro de una entidad o que pasa de una a otra lleva con él conocimientos y habilidades, además de las redes sociales de que es parte, valores que le permiten reaccionar más rápidamente frente a las demandas y problemas asociados a los deberes y obligaciones propias de su empleo.

Los principios de movilidad salarial y de favorabilidad están consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual además prohíbe el desmejoramiento de las condiciones del trabajador.

La Corte Constitucional ha señalado que de conformidad con el artículo 53 de la Carta, cuando existan dos o más fuentes formales de derecho aplicables a una situación laboral deberá preferirse la que favorezca al trabajador y, que en caso de dos o más interpretaciones posibles de una disposición también deberá preferirse la que más lo beneficie; argumentos que se traen para avanzar a la viabilidad de permitir la declaratoria de vacancia temporal del empleo cuando un empleado con derechos de carrera es nombrado en período de prueba en otro empleo de igual naturaleza.

3. RESPUESTA:

Con fundamento en las consideraciones expuestas, se concluye que es procedente la declaratoria de vacancia temporal de un empleo desempeñado por un servidor con derechos de carrera que pertenezca a un Sistema Especial o Específico, administrado y vigilado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuando éste es nombrado en período de prueba luego de superar un concurso para proveer empleo de carrera en el Sistema General o en otro Sistema Especial o Específico de Carrera de origen legal.

Una vez concluido el período de prueba, si el empleado pertenece a carrera y lo supera con éxito, procederá la actualización del Registro Público de Carrera. En caso contrario deberá regresar a su empleo en el cual es titular de derechos de carrera. Cabe anotar que en el sistema especial de carrera docente, el período de prueba es de un (1) año.

Con la solicitud de vacancia temporal del empleo se deberá allegar copia del nombramiento, indicando el término de duración del referido período y una vez concluido el mismo, en caso de superarlo con éxito, el empleado deberá renunciar al empleo en el cual es titular de derechos de carrera, so pena que se declare la vacancia del empleo por abandono del cargo en el caso de no hacerlo. En caso de no superar el período de prueba, deberá regresar de inmediato al empleo frente al cual ostenta derechos de carrera y se halla vacante con carácter temporal.

En consecuencia solo se requiere que el empleado con derechos de carrera informe a la Secretaría de Educación del Departamento y solicite la declaratoria de vacancia temporal de su empleo mientras adelanta el período de prueba en el nuevo cargo.

El presente concepto se emite con fundamento y con los alcances previstos en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

Original Firmado

FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Comisionado

Blanca Clemencia Romero