

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

AL PROYECTO DE ACUERDO “POR MEDIO DEL CUAL SE CREA TRANSITORIAMENTE EL CARGO DE OPERARIO, CÓDIGO 487, GRADO 01 AL INTERIOR DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI”

HONORABLES CONCEJALES DE SANTIAGO DE CALI:

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 125 de la Constitución Política, los empleos en los Órganos y Entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones previstas, y el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

La Ley 909 de 2004, establece en su Artículo 3º su ámbito de aplicación, enunciando los diferentes tipos de servidores a los que se les aplica de manera integral (Carrera General) y con carácter supletorio (Carreras Especiales).

Por su parte el Parágrafo 2º del Artículo 3º ibídem, establece que serán aplicables las disposiciones normativas de la Ley 909 de 2004 a las Contralorías Territoriales (Departamentales, Distritales y Municipales) mientras se adopta el Sistema Especial de la Carrera Administrativa que rijan a los servidores que desempeñen empleos públicos en dichas entidades, situación que a la fecha no se ha presentado.

Lo expuesto, fue corroborado por la Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia No. C-175-2006, M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, cuyas consideraciones y fundamento de la decisión, en la segunda parte del punto 6., precisó lo siguiente:

“(...). En virtud de lo anterior, la Corte debe reiterar que, sobre las carreras especiales de origen constitucional debe existir un órgano especial que tenga la función de administraras y vigilarlas, diferente de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Lo anterior, no obsta para que, como lo reconociera la Corte Constitucional en la sentencia C-073-2006, el legislador pueda de manera transitoria y excepcional asignar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia de una carrera especial de origen constitucional (resaltado fuera de texto). En efecto, en esa oportunidad la Corte concluyó que ante la falta de un régimen especial que regule la carrera de las

contralorías territoriales, se justifica la aplicación temporal de la Ley 909 de 2004 (...).”

Así mismo, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, mediante fallo del 27 de febrero de 2013, M.P. Dr. AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA, resolvió los conflictos de competencia interpuestos por más de 25 Contralorías Territoriales, ratificando las competencias de administración y vigilancia otorgadas temporalmente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto del Sistema de Carrera de las Contralorías Territoriales, en la forma y términos que a continuación se transcribe:

“(…).

Declárese que la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC es competente para realizar la Convocatoria Pública que tiene como propósito proveer por concurso de méritos los empleos de carrera administrativa de las Contralorías Territoriales que se encuentran en vacancia definitiva, hasta tanto el Congreso de la República expida una ley especial que regule la materia, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 2º del artículo 3º de la ley (sic) 909”.

(…)”.

Establecida la competencia temporal de la “CNSC” en relación con las Contralorías Territoriales, este Organismo expidió el Acuerdo No. 484 del 02 de octubre de 2013, convocando a concurso abierto de méritos para proveer las vacantes definitivas de los empleos de carrera administrativa pertenecientes a la CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI, identificada como la Convocatoria No. 307 de 2013.

Agotadas las etapas del Proceso de Selección y con base en los resultados suministrados por la Universidad de Medellín, Institución que constituyó, aplicó, calificó y dio respuesta a las reclamaciones presentadas contra los resultados publicados de las pruebas descritas en la Convocatoria 307 de 2013, bajo el No. 203378, se conformó y adoptó la Lista de Elegibles para proveer dos (2) casillas del empleo de OPERARIO, Código 487, Grado 01 de la CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI, ofertado a través de la mencionada Convocatoria.

En uno de los aludidos empleos se encuentra actualmente nombrado en provisionalidad el servidor público: PLUTARCO ELÍAS ESCOBAR BRAVO, identificado con la cédula de

ciudadanía No. 16.619.245 quien ostenta en la actualidad la condición de Pre-pensionado.

Recientemente, la Alta Corporación expidió la Sentencia No. T-326 del 03 de junio de 2014, donde claramente se observa un caso similar al que nos ocupa, de cuyo contenido se desprende la estabilidad laboral de la que gozan los prepensionados, enfatizando que dicha garantía se deriva de los mandatos especiales de protección contenidos en el Ordenamiento Superior y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de este grupo poblacional, que se vería gravemente interferido por el retiro del empleo público.

Por consiguiente, en aras de ilustrar a la Honorable Corporación sobre la materia, a continuación se traen a colación los respectivos apartes:

“(…).

3.4. En relación con la estabilidad laboral relativa de que gozan los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, la Corte Constitucional ha precisado algunas medidas adoptadas para garantizar los derechos fundamentales de quienes ameritan una especial protección constitucional por estar en condiciones de vulnerabilidad. Por ejemplo, en la sentencia de unificación SU-446 de 2011[53], esta Corporación hizo un pronunciamiento en torno a la relación existente entre la provisión de cargos de carrera mediante concurso de méritos y la protección especial de las personas que ocupan dichos cargos en provisionalidad y se encuentran en circunstancias especiales por tratarse de madres y padres cabeza de familia, prepensionados o personas en situación de discapacidad. Al respecto expresó:

“Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[54], 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[55]. 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. (...).”

“(…) Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación, pese a la discrecionalidad de la que gozaba, sí tenía la obligación de

dar un trato preferencial, como una medida de acción afirmativa a: i) las madres y padres cabeza de familia; ii) las personas que estaban próximas a pensionarse, entendiéndose a quienes para el 24 de noviembre de 2008 –fecha en que se expidió el Acuerdo 007 de 2008– les faltaren tres años o menos para cumplir los requisitos para obtener la respectiva pensión; y iii) las personas en situación de discapacidad.

“En estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. **Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo**, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, **de ser posible**, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando” (negrillas originales).

3.5. Entonces, pese a la potestad de desvincular a los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en un cargo de carrera, para no vulnerar los derechos fundamentales de aquellas personas que están en condición de vulnerabilidad deben observarse unos requisitos propios de la estabilidad relativa o intermedia de que son titulares, entre ellos **(i) la adopción de medidas de acción afirmativa tendientes a proteger efectivamente el especial contexto de las personas vinculadas en provisionalidad, y (ii) la motivación del acto administrativo de desvinculación.** En esta ocasión debe tenerse en cuenta, de un lado, que la señora Ana Isabel Velásquez Arias fue desvinculada del cargo de carrera en el cual estaba nombrada en provisionalidad, para posesionar a quien se encontraba ocupando la segunda posición en la lista de elegibles correspondiente al cargo Auxiliar Área Salud, código 412, grado 04, No. 24027^[56]; de otro lado, que la accionante es una persona que goza de especial protección por tener la calidad de prepensionada y ser madre cabeza de familia.

Lo anterior deja ver “la relevancia constitucional de garantizar una protección especial en relación con la estabilidad en el empleo de las personas próximas a pensionarse, que se encuentren bien sea en el marco de un proceso de reestructuración del Estado, de liquidación de una entidad o de cualquier otra situación en la cual entren en tensión los derechos al mínimo vital, al trabajo, frente a la aplicación de disposiciones que impliquen el retiro del cargo, en aras de garantizar el disfrute de la pensión de vejez como manifestación del derecho a la [seguridad social](#)”. (Sentencia T-326 del 10/8/2014).

4. La protección legal de las personas próximas a pensionarse en el marco del retén social: artículo 12 de la Ley 790 de 2002

(...).

4.5. Con base en lo afirmado, la Corporación concluyó que el Programa de Renovación de la Administración y el retén social tienen una relación de causalidad y coetaneidad. Así, la primera condición para ser considerado prepensionado o “persona próxima a pensionarse”, es que la entidad donde labora se haya liquidado como consecuencia del PRAP. [71].

4.6. Teniendo claridad acerca de la aplicabilidad de la figura del retén social, es importante explicar que la declaración de insubsistencia de la funcionaria Ana Isabel Velásquez Arias, en el cargo de carrera que venía ocupando en provisionalidad, no se dió en el marco de un proceso de reestructuración de la E.S.E. Hospital San Rafael de Facatativá realizado dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública, sino que fue por efecto de un concurso de méritos convocado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el propósito de proveer los cargos que estuvieran vacantes u ocupados en provisionalidad al interior de la Entidad. Sin embargo, ello no implica que la señora Ana Isabel no tenga derecho a la estabilidad laboral relativa de aquellos funcionarios provisionales que ostentan la condición de prepensionados.

Para entender la anterior afirmación, debe hacerse una distinción conceptual de especial importancia en la solución del problema jurídico materia del presente fallo. **El fundamento del reconocimiento de la estabilidad laboral de los prepensionados no se circunscribe al retén social, sino que deriva de mandatos especiales de protección contenidos en la Constitución Política y del principio de igualdad material que ordena dar un trato especial a grupos vulnerables[72]. Esto debido a que dicha estabilidad opera como instrumento para la satisfacción de los derechos fundamentales de estos grupos poblacionales, que se verían gravemente interferidos por el retiro del empleo público. Por ende, no debe confundirse la estabilidad laboral de los prepensionados con la figura del retén social, para concluir erróneamente que la mencionada estabilidad sólo es aplicable en el marco del Programa de Renovación de la Administración Pública. En este sentido, se pronunció la Corte en la Sentencia C-795 de 2009[73]:**

“23. Aunque la protección laboral reforzada que el legislador otorgó a aquellas personas que se encontraban en las condiciones descritas por el artículo 12 de la ley 790 de 2002, se circunscribió en su momento, a aquellos trabajadores que eventualmente pudieran verse afectados en desarrollo del programa de renovación de la administración pública, la Corte

Constitucional ha sentenciado[74] que dicha protección, es de origen supralegal, la cual se desprende no solamente de lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución que establece la obligación estatal de velar por la igualdad real y efectiva de los grupos tradicionalmente discriminados y de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta, sino de los artículos 42, 43, 44 y 48 superiores; se trata en consecuencia de una aplicación concreta de las aludidas garantías constitucionales que están llamadas a producir sus efectos cuando quiera que el ejercicio de los derechos (sic) fundamentales de estos sujetos de especial protección pueda llegar a verse conculcado”[75].

(...).

5. La estabilidad laboral relativa en el marco del Decreto 3905 de 2009

5.1. La estabilidad laboral relativa de los empleados nombrados en cargos de carrera en provisionalidad y que se acogieron al beneficio establecido en el Decreto 3905 del ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009), hace referencia a aquellos funcionarios que (i) fueron nombrados en tales empleos antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) y (ii) a la fecha de la expedición del Decreto 3905 les falte tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, en cuyo caso (iii) sus puestos serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional[79].

5.2. El Presidente de la República expidió el Decreto 3905 de 2009, “por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa”, con el fin de otorgar una protección consistente en la permanencia en el empleo, en el marco de la realización de un concurso de méritos, a los funcionarios públicos que desempeñan cargos de carrera en provisionalidad y se encuentran próximos a pensionarse. Esto, en aras de evitar la desvinculación del servicio de manera inmediata y sin consideración alguna de su condición de prepensionados.

Mediante el Acuerdo 121 de 2009, “por medio del cual se establece el procedimiento a seguir para implementar lo dispuesto en el Decreto 3905 de 2009”, se determinó en el artículo 1º que los jefes de los organismos o entidades deberán reportar a la CNSC, en virtud de lo previsto en el Decreto 3905, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de publicación del referido Decreto, los empleos que se encuentren ocupados en las siguientes condiciones: (i) que se trate de un empleo vacante en forma definitiva que pertenezca al sistema de carrera general, a los sistemas específicos y al sistema especial del Sector Defensa; (ii) que esté siendo desempeñado con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004); (iii) que quien esté desempeñado dicho empleo en las anteriores

condiciones, a la fecha de expedición del Decreto 3905 de 2009, esto es, ocho (8) de octubre, le falten tres (3) años o menos para causar su derecho a la pensión de jubilación, y (iv) entendiendo que se ha causado el derecho a la pensión cuando se cumpla con la totalidad de los requisitos, que conforme con las normas vigentes, le permitan al servidor solicitar su reconocimiento pensional.

El artículo 12 del Acuerdo en cita, consagra la condición suspensiva en que queda sometida la posibilidad de ofertar en un concurso de méritos un cargo ocupado en provisionalidad por un prepensionado: “Los empleos reportados ante la CNSC desempeñados por servidores provisionales en condición de prepensionados que cumplan con los requisitos establecidos en el Decreto 3905 de 2009, estarán sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional”.

5.3. Como se observa, el Decreto 3905 y el Acuerdo 121, ambos de dos mil nueve (2009), tienen entre sus finalidades que aquellos empleos que se encuentren ocupados por funcionarios provisionales nombrados antes del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil cuatro (2004) y que tengan la calidad de prepensionados, puedan ser identificados y excluidos del concurso de méritos por estar sometidos a una condición suspensiva, en la medida en que sólo serán ofertados por la CNSC una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional. Para ello, deberá seguirse el procedimiento previsto para reportar ante la CNSC los empleos vacantes en forma definitiva provistos de manera provisional con prepensionados, que señala el artículo 2 del Acuerdo 121: “El trámite sólo podrá iniciarse por solicitud del interesado ante el representante legal de la entidad donde se encuentre vinculado el servidor, acompañando para tal fin la información necesaria para que la entidad pueda constatar su situación de prepensionado, de acuerdo con los términos establecidos en el Decreto 3905 de 2009”.

5.4. Lo expuesto pone de presente la relevancia constitucional de garantizar una protección especial en relación con la estabilidad en el empleo de las personas próximas a pensionarse, que se encuentren bien sea en el marco de un proceso de reestructuración del Estado, de liquidación de una entidad o de cualquier otra situación en la cual entren en tensión los derechos al mínimo vital, al trabajo, frente a la aplicación de disposiciones que impliquen el retiro del cargo, en aras de garantizar el disfrute de la pensión de vejez como manifestación del derecho a la seguridad social.

6. La estabilidad laboral relativa en el marco de un concurso público de méritos: aplicación de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad

6.1. 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[80].

En la sentencia T-186 de 2013[81] se consideró que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto. 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. Para ello enfatizó en dos tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad de que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados, y (ii) la obligación de que estas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante.

6.2. En cuanto a lo primero, la Corte ha insistido en que la interpretación mecánica y aislada de las normas de carrera administrativa no es acertada, porque puede llegar a afectar derechos constitucionales que a su vez tienen la misma fundamentación superior que el mérito como mecanismo para el acceso a los empleos del Estado. Esta interpretación razonable implica, necesariamente, que la autoridad debe incluir entre su análisis de la regla legal de la carrera administrativa, todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de los derechos fundamentales del aspirante y de quien ejerce el cargo en condición de provisionalidad. Esto con el fin de evitar que una maximización de alguno de estos derechos permita llegar a resultados manifiestamente injustos, entre ellos los que significan la grave afectación de las posiciones jurídicas que la Constitución garantiza a los sujetos de especial protección. Al respecto, la sala Primera de Revisión consideró en la Sentencia T-017 de 2012[82], para el caso particular de los prepensionados, las siguientes premisas útiles para resolver la tensión expuesta:

“Al dar cumplimiento a sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, los servidores públicos siempre deben tener presentes los principios, valores, finalidades estatales y derechos

humanos consagrados en la Carta Política, procurando adoptar decisiones y cumplir sus funciones de manera tal que se maximice en cada situación concreta el imperio y la vigencia de la Constitución, y se minimicen los impactos negativos sobre los derechos fundamentales. En este preciso sentido, en la Sentencia T-715/99[83] la Corte explicó que en el cumplimiento de sus funciones, los servidores públicos deben siempre tener presentes las finalidades constitucionales de promover la vigencia de un orden justo, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y el servicio a la comunidad, sin obrar en forma mecánica sino de manera razonable, ponderada, creativa y proactiva...

“[...]

“A este respecto cobra particular relevancia el principio de igualdad que rige el ejercicio de la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución. En cumplimiento de este principio, los servidores públicos llamados a ejercer funciones administrativas –por ejemplo, proveer los cargos de carrera en sus respectivas instituciones– deben prestar cuidadosa atención a las características específicas y particulares de cada caso individual, en forma tal que cuando se hayan de adoptar decisiones susceptibles de afectar los derechos fundamentales se evite incurrir en discriminación, y se garantice la provisión de un trato diferenciado a quien por sus circunstancias particulares y sus derechos individuales así lo amerita legítimamente.

“También son de relevancia directa, en aplicación de esta pauta de comportamiento de los servidores públicos, las disposiciones constitucionales consagradas en los artículos 2 –asegurar la vigencia de un orden justo como uno de los fines esenciales del Estado–, 4 –prevalencia absoluta de la Constitución Política en tanto norma de normas– y 5 –primacía de los derechos inalienables de la persona– de la Constitución; son estos mandatos del constituyente los que deben guiar el cumplimiento de las funciones de los servidores públicos en cada decisión y cada actuación que adopten, para efectos de procurar, constantemente, el evitar resultados manifiestamente injustos, violar lo dispuesto en la letra o el espíritu de la Constitución Política, o desconocer la prevalencia imperativa de los derechos fundamentales.

“Lo anterior implica, en lo que resulta relevante para el caso bajo examen, que cuando una autoridad administrativa tiene a su disposición diversas alternativas para dar cumplimiento a sus deberes y obligaciones, debe optar por aquella que mejor materialice los derechos, valores y principios constitucionales, y que en menor grado afecte los derechos fundamentales, especialmente si afecta a sujetos de especial protección constitucional. Más concretamente, al tomar decisiones relativas a la provisión de cargos de carrera administrativa, las autoridades nominadoras deben obrar en cumplimiento de sus deberes

constitucionales y legales en forma razonable, ponderada, y habiendo procurado no desconocer los derechos fundamentales de quienes se habrán de ver afectados por sus actos, para así no desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados” (negritas fuera de texto).

6.3. La interpretación razonable de las normas sobre carrera administrativa, de conformidad con las posiciones expuestas, 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.

En esta premisa se funda el segundo argumento que ha permitido a la Corte adelantar la ponderación entre derechos antes explicada. De tal modo, se ha considerado que la definición acerca del acceso del ganador del concurso de méritos al empleo público, que en todo caso es un derecho constitucionalmente prevalente, debe definirse de forma que consulte condiciones objetivas y no de manera aleatoria. Esto significa, en concreto, que en aquellas circunstancias en que sea posible garantizar correlativamente los derechos de carrera y la estabilidad laboral reforzada, particularmente porque se está ante la pluralidad de cargos, sin que todos ellos hayan sido provistos por el concurso, la autoridad administrativa estará obligada a preferir una solución razonable, basada en la protección simultánea de los derechos constitucionales del aspirante y del prepensionado[84].

6.4. A partir de las posiciones fijadas por diferentes salas de revisión de tutelas, se puede concluir que (i) la decisión de la Administración de excluir 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, pues se sustenta en el carácter preeminente de esa modalidad de provisión de cargos; (ii) 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 y, a su vez, concurre un margen de maniobra para la Administración en cuanto a la provisión del empleo, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la lista de elegibles correspondiente[85], y (iii) una decisión en este sentido se muestra compatible con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, a la vez que resulta respetuosa de los derechos fundamentales de dichos sujetos de especial protección. (Subrayas y resaltado fuera de texto).

(...).”.

SITUACIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO PLUTARCO ELÍAS ESCOBAR BRAVO:

De acuerdo con el ordenamiento jurídico expuesto, el servidor público PLUTARCO ELÍAS ESCOBAR BRAVO, sin discusión alguna, en la actualidad ostenta la calidad de Pre-pensionado, razón por la cual, como sujeto de especial protección, debe la Contraloría General de Santiago de Cali garantizarle su estabilidad intermedia como provisional hasta tanto reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez, porque de lo contrario se le estarían menguando sus derechos constitucionales al mínimo vital, al trabajo y a la seguridad social, siempre que su salario es la única fuente de ingreso para él y su esposa, como lo expresó en escrito del 30 de abril de 2015.

Examinados los documentos aportados por el servidor público PLUTARCO ELÍAS ESCOBAR BRAVO, si bien la Ley 797 de 2003 exige que para tener derecho a una pensión de vejez la persona debe acreditar 1300 semanas de cotización y 62 años en el caso de los hombres, es viable colegir que atendiendo el requisito de las semanas, efectivamente el mencionado servidor las cumple no ocurriendo lo mismo con la edad, toda vez que a la fecha sólo ostenta 60 años, es decir, que le hacen falta dos (2) años para ser beneficiario de dicha prestación económica.

La Alta Corporación ha reconocido, como ya se anotó, que cuando un funcionario ocupa en provisionalidad un cargo de carrera y es, además, sujeto de especial protección constitucional, por estar próximo a pensionarse, ***“concurre una relación de dependencia intrínseca entre la permanencia en el empleo público y la garantía de sus derechos fundamentales, particularmente el mínimo vital y la igualdad de oportunidades. De allí que se sostenga por la jurisprudencia que la eficacia de esos derechos depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa”***.

El señor PLUTARCO ELÍAS ESCOBAR BRAVO como todos los provisionales, no tiene derecho a permanecer de manera indefinida en el cargo, pues éste debe proveerse por medio de un concurso de méritos, como está próximo a ocurrir al interior del Ente de Control, por cuanto se está a la espera que la “CNSC” expida la correspondiente lista de elegibles en firme, pero sí debe otorgársele 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 garantizarle el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Ello, en virtud de los mandatos contenidos en los Incisos 2º y 3º del Artículo 13 Superior, relativos a la adopción de medidas de protección a favor de grupos vulnerables y personas en condición de debilidad manifiesta.

Ahora, es cierto que la situación de estabilidad reforzada del citado funcionario no le otorga un derecho indefinido a permanecer en el empleo de OPERARIO, Código 487, Grado 01, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganaron el concurso público de méritos, pero también lo es que no existe en la planta de cargos de la Entidad vacantes para tal empleo, distintas de las que fueron ofertadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, como tampoco existen otras que se encuentren disponibles en cargos iguales o equivalentes para que sea vinculado en provisionalidad mientras se realiza un nuevo concurso; de tal suerte que para no lesionar sus derechos, dada su condición de vulnerabilidad, la Entidad de Control debe efectuar un ejercicio de ponderación de esos derechos, tanto del aspirante o de los aspirantes al cargo, como del prepensionado, haciendo un análisis objetivo de las circunstancias que rodean cada caso, es decir, tener en consideración todas aquellas variables relacionadas con la vigencia de sus derechos fundamentales.

En concreto, se considera como medida de acción afirmativa, presentar como iniciativa ante el Cabildo Municipal la creación transitoria de una (1) casilla de OPERARIO Código 487, Grado 01, pues con ella se evitaría transgredirle los derechos fundamentales al señor PLUTARCO ELÍAS ESCOBAR BRAVO, especialmente en tratándose de una persona que demanda especial protección constitucional al estar en condiciones de vulnerabilidad y se evitaría de esta forma desencadenar resultados injustos que pueden ser evitados.

De tal suerte que al proceder a solicitar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, nos informara la forma o manera de garantizar los derechos de los aspirantes como del Prepensionado, tal como lo expone la Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional No. 326 del 03 de junio de 2014, dicha Entidad, concluyó a través del Oficio No. 2014EE-35908 del 17 de diciembre de 2014, signado por la doctora SONIA PATRICIA CRUZ ORTEGA, en calidad de

Asesora de Despacho del Comisionado, lo que seguidamente se reproduce:

“(...).

Así pues, aunque es claro que los empleos en situación de vacancia definitiva, ocupados transitoriamente mediante nombramiento provisional o encargo, deben ser provistos definitivamente a través de las listas de elegibles que se generen, producto de un concurso de méritos, es lo cierto que, si la vacante se encuentra provista transitoriamente con un pre-pensionado, que ante su retiro puede ver afectado su mínimo vital, como se indicó al inicio del presente concepto, es deber de las unidades de personal de las entidades públicas, como administradoras del talento humano de la planta, tomar las medidas pertinentes, para salvaguardar la estabilidad del servidor, de la cual depende la eficacia de sus derechos. Medidas que deben ser razonables y proporcionadas, esto (sic) hasta tanto sea incluido en la nómina de pensionados.

En este punto, la autonomía de las entidades públicas en la administración de su planta de personal, les permite explorar otras medidas administrativas que igualmente busquen garantizar los mencionados ulteriormente.

(...).”

Así las cosas, es de resaltar que la creación transitoria de una (1) casilla de OPERARIO hasta que el señor PLUTARCO ELIAS ESCOBAR BRAVO ingrese a la nómina de pensionados no implica adición presupuestal, puesto que los emolumentos percibidos por él que sería la persona que se incorporaría a este cargo estarían apropiados en las respectivas vigencias fiscales, tal como se aprecia de la certificación expedida por la Dirección Administrativa y Financiera de este Organismo.

Atentamente,

GILBERTO HERNÁN ZAPATA BONILLA
Contralor General de Santiago de Cali

CONCEJO DE SANTIAGO DE CALI

ACUERDO No. _____ DE 2015.

“POR MEDIO DEL CUAL SE CREA TRANSITORIAMENTE EL CARGO DE OPERARIO, CÓDIGO 487, GRADO 01 AL INTERIOR DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE SANTIAGO DE CALI”

El Concejo Municipal de Santiago de Cali, en ejercicio de las atribuciones Constitucionales y legales, en especial las conferidas por los artículos 272 y 313 de la Constitución Política, 157 de la Ley 136 de 1994, y

ACUERDA:

ARTÍCULO 1º: Crear transitoriamente una casilla del empleo de OPERARIO, Código 487, Grado 01, dentro de la planta de personal de la Contraloría General de Santiago de Cali, la cual quedará así:

DENOMINACIÓN	Código	Grado Salarial	Jornada Laboral	No. Casillas
OPERARIO - PREPENSIONADO	487	01	T.C.	1 transitoria

ARTÍCULO 2º La creación transitoria del empleo de OPERARIO, CÓDIGO 487, GRADO 01 en la planta de personal de la Contraloría General de Santiago de Cali, no implica adición presupuestal puesto que los emolumentos que percibirá el funcionario que se incorpora en el cargo que por este Acuerdo se crea, como es el señor PLUTARCO ELÍAS ESCOBAR BRAVO, C.C. No. 16.619.245 están apropiados en la presente vigencia.

PARÁGRAFO: La creación transitoria del aludido empleo será hasta que el funcionario PLUTARCO ELÍAS ESCOBAR BRAVO sea ingresado a nómina de pensionados.

ARTÍCULO 3º DE LA VIGENCIA DE ESTE ACUERDO.- El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Dado en Santiago de Cali, a los xxxx días del mes de xxxxxx de 2015.