

T
350.6
8139
Ej.1

9019
1

" LA CARRERA ADMINISTRATIVA "

LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO DE
LOS TRABAJADORES OFICIALES AL
SERVICIO DE LA RAMA EJECUTIVA.

SCIB
00018199-1

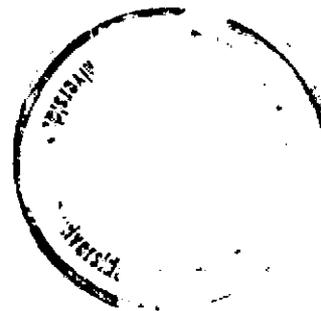
POR:

ANTONIO LUIS BAENA PIANETA.

//



Tesis sometida en cumplimiento parcial
de los requisitos para optar
al título de Abogado.



Cartagena, Colombia

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA, FACULTAD DE DERECHO

1.983

46947

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.

Dr. LUIS H. ARRAUT ESQUIVEL.

Rector.

Dr. CARLOS MENDIVIL.

↙ Secretario General.

Dr. FABIO MORON DIAZ.

Decano de la Facultad de Derecho.

Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ.

Secretario Académico de la Facultad de Derecho.

Dr. ANTONIO LUIS BAENA SAYAS.
Presidente Honorario.

Dr. GUILLERMO BAENA PIANETA.
Presidente de Tesis.

Dr. PEDRO MACIA HERNANDEZ.
Primer Examinador.

Dr. EDUARDO CAMACHO PIÑERES.
Segundo Examinador.

Dr.
Tercer Examinador.

Cartagena, Octubre de 1.983.

DOY GRACIAS A DIOS POR PERMITIRME CULMINAR
MIS ESTUDIOS Y OBTENER EL DESEADO TITULO,
EL CUAL DEDICO A :

MIS HIJOS: CARMEN JUDITH, EDGAR ANTONIO Y
PEDRO JAVIER EN QUIENES ENCONTRE EL ESTIMULO
NECESARIO PARA VENCER LAS DIFICULTADES QUE
LA VIDA ME HA PRESENTADO.-

A MI ESPOSA, LICENCIADA JUDITH BOHORQUEZ DE
BAENA QUIEN CON SU VOLUNTAD TENAZ, ESPIRITU
DE SUPERACION E INTERESES INTELECTUALES ME
SIRVIO DE EJEMPLO Y FUE EL ARTIFICE FUNDA
MENTAL DEL EXITO ALCANZADO.-

TAMBIEN A MIS PADRES Y A MIS SUEGROS PUES
ME BRINDARON APOYO MATERIAL Y ESPIRITUAL
CUANDO LO NECESITE.-

LA FACULTAD NO APRUEBA, NI DESAPRUEBA
LOS CONCEPTOS EMITIDOS EN ESTA TESIS,
TALES CONCEPTOS SE CONSIDERAN PROPIOS
DE SU AUTOR (Art. 83 del Reglamento -
Interno de la Facultad).-

INDICE

INTRODUCCION:

CAPITULO I:

I.- ASPECTOS GENERALES.

Pág.

- 1.- Etimología..... 1
- 2.- Noción..... 1
- 3.- Clases..... 2
- 4.- Su importancia en el Campo Laboral..... 3
- 5.- Finalidad..... 5
- 6.- Fundamento..... 6
- 7.- La Estabilidad en el Derecho Comparado..... 18

CAPITULO II :

II.-ESTABILIDAD EN EL SECTOR PUBLICO.

- 1.- Orígenes..... 29
- 2.- Bases de la Estabilidad en el Momento Actual..... 40
- 3.- Su efectividad y aplicabilidad..... 42

CAPITULO III:

III.-EL ESTADO Y LA ESTABILIDAD LABORAL.

- 1.- Presentación..... 44
- 2.- En los Empleados Públicos..... 44
 - a) De libre nombramiento y Promoción..... 46
 - b) De Carrera..... 57
- 3.- En los Trabajadores Oficiales..... 58
- 4.- La Carrera Administrativa 64
 - a) Evaluación y Descripción Legal..... 64
 - b) Antecedentes Políticos..... 68

CAPITULO IV:

IV.- DERECHO A LA ESTABILIDAD.

1.-Contrato Individual.....	73
2.- Contrato a Plazo.....	74
3.- Contrato Colectivo de Trabajo.....	75
4.- La Estabilidad en el Empleo Público y Privado Antecedentes.....	81
5.- La Estabilidad en el Empleo Público y Privado Posición de los Catedráticos.....	85
CONCLUSION.....	90

INTRODUCCION

Cuando en 1.886 el Presidente Rafael Núñez obtiene la expedición de la Constitución Pública que aún nos rige con varias modificaciones posteriores, se recuperaba el país de múltiples guerras partidistas y se veía ya la intención de buscar que la Administración Pública fuera un cuerpo tecnificado al margen de tales acontecimientos.-

El artículo 62 de la Carta facultaba a la ley para determinar la responsabilidad de los funcionarios, las calidades y antecedentes para el desempeño de ciertos empleos y las condiciones de ascenso y jubilación.-

En el año de 1.938 durante la Presidencia del Doctor Eduardo Santos se constituye a través de la Ley 165 el primer cuerpo legal que sobre carrera administrativa ha existido en el país. La carrera se reducía al reconocimiento, para algunos empleados, de los derechos a no ser removidos de su cargo y a ser ascendidos en caso de que se encontrara vacante uno de mejores condiciones.-

Al implanterse el Frente Nacional, como una pretensión de erradicar para siempre las luchas de partido dentro de la admi

nistración pública, la reforma consagrada en el plebiscito de 1.957, dio rango constitucional a la carrera administrativa, cuando en el artículo 5º consagró que la facultad de nombrar y remover funcionarios sólo podrían ejercerla el Presidente y sus agentes bajo las normas que con posterioridad expediera el Congreso para establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad y de jubilación, retiro o despido.-

En un deseo infructuoso de tecnificar la administración, el art. 7º del Plebiscito contempló que la filiación política de los ciudadanos no podría determinar su nombramiento, destitución o promoción, en un empleo público de la carrera administrativa.-

Los principios constitucionales fueron desarrollados por la Ley 19 de 1.958 que constituyó un estatuto en el que se partía de la base de crear el Servicio Civil como organismo encargado de implantar y desarrollar la carrera administrativa y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, como órgano de revisión de los proyectos de ley y decretos en materia de servicio civil, que además consagraba prohibiciones a los empleados públicos.-

En 1.960 el Doctor Alberto Lleras desarrolló la Ley 19 con la

expedición del Decreto 1732 de ese año, para darle oportunidad al Departamento Administrativo que se había creado, clasificando los cargos de carrera, los requisitos para ingresar a ella, el período de prueba, los deberes y prohibiciones para los empleados y las diferentes situaciones administrativas.-

Olvidaron sin embargo, tanto el Legislador como el Ejecutivo que sus buenos propósitos se hacían inoperantes por encontrarse la Administración Pública sujeta a la paridad política, consagrada en el mismo plebiscito que quido desvincular la filiación del desempeño de los cargos públicos.-

En 1.968 se expide el Decreto 2400 que modifican las normas que regulan la administración del personal civil, el cual es reglamentado en el gobierno del Doctor Pastrana Borrero, cinco años después de expedido, al dictar el Decreto 1950 de 1.973, como si en el lapso anterior existiera el temor de poder en marcha de una vez por todas una verdadera carrera dentro de la Administración Pública.-

Los datos estadísticos que posee el Departamento Administrativo del Servicio Civil muestran el rotundo fracaso y la ineffectividad de las normas que sucesivamente se han ido expediendo, sin que previamente se hayan hecho evaluaciones de su operatividad, puesto que la mayoría de las inscripciones en ca

rrera obedecen a ingresos masivos decretados por diferentes Go**bi**ernos, pero no a la comprobación de los méritos y las capa**ci**dades de cada uno a través de los concursos.-

Al inicio del actual Gobierno existen 12.165 escalafona**do**s en carrera, de los cuales pertenecen 5,890 al sector central y 6.376 al descentralizado, habiéndose retirado 2.664 funciona**ri**os, la mayoría por renuncia, y unos pocos por destitución - una vez agotado el trámite disc**ip**linario que contempla la ley.-

De lo anterior puede concluirse facilmente que la Carrera Administrativa no ha cumplido con los objet**iv**os para los cua**l**es fue creada, puesto que 45 años después de su implantación aglutina menos del diez por ciento del personal que podría ha**ber** ingresado y además las inscripciones masivas sólo conduje**ro**n a mostrar la ineffectividad de los concursos y llevaron a muchos funcionarios a ocupar cargos sin llenar los requisitos para su desempe**ño**.-

Desde que cursaba en tercer año de Derecho me llamo**so** poderosamente la atención, el ver como muchos trabajadores efi**ci**entes y competentes en sus labores eran despedidos injusta**me**nte; solamente porque la "POLITICA" había cambiado, y el Gamonal de Turno necesitaba dichos puestos para colocar a - aquellas personas que le ponían una determinada cantidad de

-votos; éstos hechos me interesaron para estudiar e investigar, si en Colombia habían Leyes que protegieran a esos trabajadores capacitados y sobre todo honestos, que es, para mí concepto, lo que va a determinar en un futuro el progreso y desarrollo del país.-

Y veo con inmensa tristeza que existen buenas Leyes y Decretos, que regulan la estabilidad de esos empleados, y sobre todo "BUENOS DESEOS " de los Gobiernos para implantar en Colombia una verdadera Carrera Administrativa sobre todo en el Poder Ejecutivo, pero veo aún con mayor tristeza que el poder legislativo es quien se opone a legislar sobre la implantación de la Carrera Administrativa en Colombia, y la razón es muy obvía, pues ello los parlamentarios del Congreso de la República saben que al implantarse la Carrera Administrativa no tienen los puestos para ofrecerle a sus electores.-

A.L.B.P.

C A P I T U L O = I

ASPECTOS GENERALES

NOCION E IMPORTANCIA

1.-ETIMOLOGIA: Estabilidad viene del latín ESTABILITAS-ATIA, que significa firme, sólido, y éste a su vez viene del latín STO que quiere decir estar en pié, mantenerse derecho.-

2.-NOCION: El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (1), define la estabilidad como: "Permanencia, duración en el tiempo" .-

La Carrera Administrativa es un sistema de administración de personal que tiene por objeto mejorar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público y la estabilidad en sus empleos.-

El doctor Mario L. Develi (2) define la estabilidad de ésta manera "Es el derecho que se reconoce al trabajador de continuar en el empleo, hasta cuando quiera y pueda hacerlo.-

A su turno el Doctor Horacio de J. Ferro, la define de ésta manera "Es la protección jurídica que se acuerda con el fin de asegurar la permanencia; trátase , como dice Barasi (3) -

de una permanencia jurídicamente garantizada". (4).-

El doctor Cabanellas la define, así : "En derecho laboral, la estabilidad consiste en el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente, de no ocurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer especialísimas circunstancias " (5).-

3.- GLASES: Podemos encontrar dos clases de estabilidad, - una permanente o absoluta y otra relativa o parcial, la primera hace referencia al derecho que tiene toda persona de conservar su puesto hasta cuando reúna las condiciones de edad y tiempo - de servicio para que pueda gozar del derecho a la pensión de ju bilación; la segunda, la estabilidad relativa o parcial es la - que la facultad discrecional del patrono o de la persona encar - gada de proveer el puesto, resulta atenuada en medida más o me - nos intensa. Es lo que sucede cuando se dispone que en el su - puesto despido injustificado el empleador tenga que pagar una - determinada indemnización.-

La estabilidad que se garantiza en este caso es más o me - nos efectiva según el criterio que se adopte en el cálculo de la indemnización debida al trabajador despedido sin justa causa , - y según el número y naturaleza de las causales que puedan jus -

tificar el despido.-

4.- SU IMPORTANCIA EN EL CAMPO LABORAL: La importancia de la estabilidad en este campo es mucha, primero, porque para que tuviera nacimiento el derecho a la estabilidad fué necesario consagrar el derecho a la libertad de trabajar no solo aboliendo - la esclavitud sino también otras formas de regulación del trabajo, tales como las corporaciones y experimentar los alcances de la supresión de estas restricciones, pero no basta asegurarle - al trabajador la posibilidad de que pudiera dedicarse a la profesión que más le resultare conveniente o a elegir el empleador, fue necesario garantizarle en la medida de lo posible, la obtención y conservación de su fuente de recursos. Segundo: porque es la base de la seguridad social, ya que tanto una persona - permanezca en su puesto, por el tiempo y la edad exigida por la ley, que un día pueda llegar a tener, así tiene derecho a la pensión de jubilación o a la de vejez.-

En el campo administrativo, podemos decir que se han hecho ensayos para garantizarle la permanencia en los puestos a las - personas que los ocupen, reuniendo las calidades, las condicio- nes personales, y los requisitos indispensables tanto técnicos como humanos para desempeñar sus cargos.-

Pero desafortunadamente la forma como se dirige la cosa pública colombiana basada en el clientelismo y el padrinazgo político, no podríamos hablar de una verdadera estabilidad del trabajador público porque a las personas encargadas de proveer los puestos, no les importa en determinados momentos, removerlos sin tener en cuenta si tienen o no derecho de estar y seguir ocupando ese trabajo, basándose en los requerimientos de su superior político; aunque si es de los trabajadores escalafonados en la Carrera Administrativa, el acto puede ser declarado reintegrado a su puesto.-

En el campo particular podemos decir que la legislación laboral garantiza relativamente el trabajo de la mujer embarazada, del trabajador con más de diez años de servicios y a los trabajadores de una empresa cuando opera la sustitución de patronos. Las dos primeras son una estabilidad precaria porque el patrono en la primera situación subsana su obligación, pagándole a la trabajadora una indemnización y lo mismo ocurre con el trabajador con más de un decenio en el empleo.-

En las personas que son despedidas sin que medie un motivo justo y que tengan menos de diez años de servicios, la sanción para el patrono se reduce al pago de una indemnización monetaria, de acuerdo al tiempo que tenga el despido, pero en nin

gún caso el Código estipula, ni siquiera como facultad del juez, el reintegro.-

En el campo del Derecho Laboral Colectivo, en las convenciones firmadas por los trabajadores sindicalizados, es tal vez donde mejor se encuentra protegido el derecho a la estabilidad de trabajadores, ya que en ellas se insertan cláusulas tendientes a proteger tal derecho. También podemos ver en el fuero sindical, protección a la estabilidad de los trabajadores sindicalizados que gozan de ese fuero, más adelante en el desarrollo de cada uno de los capítulos de ésta monografía, veremos en más detalles todas estas situaciones.-

5.- FINALIDAD: Se podría decir que la finalidad de la estabilidad laboral es el derecho que tiene el empleado o funcionario que ha conseguido un empleo, a continuar en el mismo hasta cuando haya logrado los requisitos necesarios para acogerse al derecho de jubilación y en el poder público decir que tiende a eliminar el poder discrecional del funcionario que representa el Estado, para remover a los empleados de acuerdo a las necesidades políticas de ellos.-

En los países en que el derecho a la estabilidad se encuentra consagrado, se integra con el escalafón y en algunos supues

tos, con la in,ovilidad. En efecto, es obvio que el derecho a la estabilidad resultaría ilusorio en el caso de no existir un régimen legal de ascensos, ya que el estancamiento en las condiciones iniciales importaría, en la generalidad de los casos, una coacción indirecta para inducir al empleado para renunciar al empleo. Igual coacción podría ejercerse mediante el cambio arbitrario de las funciones o del lugar en que aquellos deban ejercitarse.-

6.- FUNDAMENTO: Muy diversas son las tesis que se han expuesto para explicar la razón de ser de la estabilidad laboral, o a las limitaciones impuestas al patrono, para evitar sus abusos y no dar por terminado una relación laboral o un contrato de trabajo cuando él lo crea conveniente.-

Entre las doctrinantes se encuentran las siguientes teorías:

a) Unos que encuentran la razón de ser de la estabilidad de los caracteres propios del contrato de trabajo.-

b) Otros que la justifican con razones extracontractuales.-

Cabe anotar que algunos no consideran que ciertas medidas, tal como la obligación de dar una indemnización en el supuesto despido sin justa causa, que para muchos constituye una forma directa de asegurar la estabilidad, revisten ese carácter.-

Los que participan de esa opinión analizan la naturaleza

jurídica del instituto con enfoque distinto, se ocupan del por qué del reconocimiento sin atribuirle la función de sanción al despido. En otros términos, no consideran que la indemnización deba abonarse porque los empleadores no cumplen una obligación (conservar al trabajador en su ocupación), sino que ella es integrativa de los salarios dejados de percibir (plus valía) en cuanto los mismos no equivalían al precio del producto íntegro del trabajo.-

A los que estudian la cuestión desde ese punto de vista no les preocupa cuál es la finalidad que se persigue mediante la indemnización, es decir, cuál es el bien tutelado. La indemnización aparece como un derecho en sí y para justificarlo estudian su naturaleza jurídica.-

Dentro de esa corriente pueden citarse quienes sostienen que el empleado, colaborando en la industria y en el comercio, no adquiere un derecho de propiedad, pero sí un "derecho de crédito" sobre los fondos de comercio que él ayuda a formar y a engrandecer. Este crédito está en razón directa con el tiempo de la colaboración prestada. La indemnización sería un resarcimiento por la pérdida de un derecho adquirido.-

Pero vamos ahora, en qué consisten las tendencias anterior

mente anotadas:

1.- LA CONSERVACION DEL EMPLEO, CONSECUENCIA DE LA NATURALEZA DE CONTRATO Y DE LA PROTECCION DE DETERMINADOS INTERESES: La continuidad de la relación de trabajo es lo normal, si bien con características específicas, por ser este un contrato de - "tracto sucesivo".-

Esta continuidad es una de las particularidades que hace a la naturaleza del mismo. Ella es característica del contrato de trabajo subordinado en general y del contrato por tiempo in determinado en especial.-

El término como sostiene Riva Sansaverino (6) es elemento accidental del negocio jurídico.-

Ello sin perjuicio de admitir la concertación del contrato a término y de reconocer que la circunstancia de mediar un término-explicito o implícito- no hace perder a la convención su calificación de contrato de trabajo. El término sería pues, la excepción, las disposiciones legales que regulan la denuncia del contrato tendrían primordialmente su razón de ser en la circuntancia antes apuntada, es decir, serían una consecuencia de la naturaleza del contrato, si lo propio es la continuidad, la ley al protegerla no hace sino reconocer algo intrínseco en la natu

raleza de la figura jurídica que reglamenta.-

El despido que puede ordenar el empleador, asume el carácter de un derecho reconocido por la ley, dentro de la concepción antes expuesta. Si así fuera, el empleador no podría denunciar el contrato porque este acto sería contrario a la naturaleza misma. Empero este derecho no puede ejercerse sin limitaciones, en razón de que existen intereses inherentes a la continuidad (respecto del trabajador), el de la conservación del puesto, del cual dependen en general el sostenimiento propio y de su familia; la protección de esos intereses y la naturaleza del contrato son - según esta tesis - los fundamentos que justifican - las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho al despido.-

2.- EL ABUSO DEL DERECHO COMO FUNDAMENTO DE LAS RESTRICCIONES: La facultad de despedir al trabajador, que se le reconoce al empleador, tiene un límite: la misma llega hasta donde el acto no pueda calificarse de abusivo. El impedir un "abuso" es la razón de ser de la limitación, que da lugar a una reparación cuando la denuncia del contrato importa un abuso.-

Tal es la doctrina que según Vincent (7) fue una creación de la jurisprudencia francesa y que puede considerarse coincidente con la anterior. En efecto, aún cuando al desarrollarse no

se indique que se toma como punto de partida al atribuir a la continuidad, carácter de elemento normal y característico del contrato de trabajo, es evidente que sus sostenedores deben - tener ese concepto, de no ser así, si considerasen primario el vínculo, su ruptura no podría configurar un acto abusivo.¹⁰-

Respecto de esa doctrina, cabe anotar que la unidad conceptual del principio rector de la corriente jurisprudencial aludida, no fué suficiente para impedir resoluciones de distinto alcance.¹¹ En ese sentido pueden señalarse dos direcciones, una - que consideraba indemnizable toda denuncia no fundada en justos motivos, y otra que partiendo de la base de que la facultad de rescisión de un derecho que no tiene necesidad de ser motivado, habría lugar a la sanción cuando mediaba culpa por parte del empleador.¹²-

Estas teorías hayan su justificación dentro de la tendencia doctrinaria que consideraba que solo puede calificarse de contrato de trabajo aquellas relaciones donde el vínculo se presenta como permanente.¹³-

Expuestas sucintamente estas doctrinas que justifican las rescisiones, sin acudir a elementos extraños a la relación, haremos a continuación lo propio con aquellas que atribuyen a las

limitaciones otras finalidades.-

1.- LA ESTABILIDAD COMO MEDIO PARA GARANTIZAR AL TRABAJADOR SU SUBSISTENCIA: La pérdida de la ocupación, por la rescisión del contrato, provoca en el trabajador la terminación del medio de vida que le representa el salario que obtiene mientras presta servicios.- Los principios que inspiran los regímenes de rescisión de los contratos en general, no son aptos para solucionarle al trabajador el problema antes expuesto. Los sistemas que aseguran la estabilidad son soluciones de tipo jurídico que tienen de evitar que el trabajador sea privado de su fuente de ingreso, en definitiva, de su salario.-

La estabilidad sería un medio para asegurar la continuidad en la prescripción del salario.-

2.- LA ESTABILIDAD COMO MEDIO A ALCANZAR EL DERECHO A LA JUBILACION: Mario de la Cueva (8) la concibe como un medio para garantizar la seguridad del futuro trabajador, en suma, la seguridad social.-

Mediante la protección a la estabilidad se posibilita el derecho a la jubilación que nace con la relación del trabajo, la que, a su vez, da origen en favor de los trabajadores, a un de

recho en la empresa.-

Por su parte Roy de Azevedo Sodré (9) afirma que la estabilidad funcional tuvo su origen en Brazil a los fines expuestos. Según ese tratadista, la misma penetró clandestinamente en el derecho social brasileño, en el año 1.923, cuando se crean las cajas de jubilación y pensiones para ferroviarios.-

El derecho a la estabilidad- según ese autor- no se estableció propiamente como una garantía al empleado sino para asegurarle los beneficios a la jubilación.-

Devalli (10), sin afirmar que el fin de la estabilidad sea permitir que se logre la jubilación, la considera vinculada a la misma, en cuanto estima que la protección debe llegar hasta la terminación de la vida laboral o sea hasta que el trabajador - alcance la jubilación.-

La teoría que atribuye a la estabilidad la razón de ser antes expuesta, solo y en cierto modo puede considerarse valedera para justificar este derecho, en aquellos países donde el sistema jubilatorio es de base empresarial. En los que no obstante existir distintos regímenes jubilatorios (para gremios o profesionales) se admite la reciprocidad entre ellos, o en los que exista un sis

tema de seguro social que tenga en miras la protección de sujeto "trabajador", con abstracción de su actividad, la teoría indicada no puede tener aplicación. La conservación del empleo, en los países que cuentan con los sistemas anteriores, evidentemente será un factor codyuvante para que el trabajador pueda alcanzar el derecho a la jubilación pero será un presupuesto necesario; el hecho de que mude de empresa o de actividad, no lo hará perder ese derecho.-

3.- LA ESTABILIDAD CONSUBTANCIAL A LA RELACION DE TRABAJO:
 En la relación de trabajo el contenido fundamental es su seguridad, permanencia y continuidad, así afirma Luiz Benitez de Lugo y Reymund (11), quien agrega, se aspira a que descansa sobre una base duradera y permanente, por lo que todo fenómeno que en él se produzca, en contra de esas bases fundamentales fines de tal relación, es contrario a la misma.-

El trabajador es partícipe de la producción, lo cual constituye un deber social, la ruptura injustificada es un obstáculo al incumplimiento de ese deber y constituye un hecho anormal no deseado por el legislador.-

Esta teoría que coincide con aquellas que encuentran la causa de la limitación de la naturaleza del contrato, en cuanto - considera carácter propio del vínculo su permanencia y continuidad

dad, no puede asimilarse a ellas porque su expositor niega la existencia del contrato de trabajo. Los caracteres esenciales los atribuye exclusivamente a la relación institucional. Por otra parte, echa mano para fundarla, a cuestiones ajenas a las relaciones "trabajador- empleador" y tiende a que esa concepción, respecto al papel de las partes en la producción- fundamento de la teoría- es atributo del sistema político que explica con entuusiasmo.-

Esa función de los individuos en la producción, es también aceptada por Pérez Botija (12) quien expresó: "que el individuo forma parte de las falanges productoras de un país. Al entrar en una unidad de organización económica, su contrato laboral no significa que se ha obligado abstractamente con el empresario - o patrono como que ha llegado a integrar el factor humano de una célula de la producción y estará ligado a las vicisitudes porque ésta atraviesa".-

4.- LA PROTECCION DEL "DERECHO AL EMPLEO" ES LO QUE DETERMINA LA LIMITACION A LA FACULTAD DE DENUNCIAR EL CONTRATO: Diversos autores, tomando a las limitaciones como un hecho objetivo deducen de su consagración la existencia de un derecho al empleo.-

En realidad no puede decirse que haya una doctrina que des

sarrolle la tesis del "derecho al empleo" para explicar las limitaciones; como se indicó, solo se menciona esa expresión refiriéndose a un estado de cosas, sin entrar a analizar la "ratio legis" de las restricciones.-

5.- DERECHO A LA PROPIEDAD DEL EMPLEO: Pronto llegará el momento, vaticina Ossorio y Florit (13), en que el derecho a la estabilidad en el empleo "... vendrá a constituir en el proceso de la producción una propiedad tan respetable como la que ostenta el capital sobre los bienes de la empresa".-

La expresión "propiedad del empleo" nos parece poco feliz, como igualmente se nos presenta esta tesis como equivocada conceptualmente. El derecho de propiedad es un derecho real, que crea una relación de persona a cosa. El empleo no es una cosa ni tampoco un bien inmaterial.-

Es evidente que los derechos del trabajador como sujeto del contrato o de la relación, son de muy distinta naturaleza a los que pretende tener el titular del derecho de propiedad. Por de pronto, por nacer el empleo de un contrato "intuitu personae" es indisponible. Hecho éste que impide equipararlo a un bien en propiedad.-

6.- LA ESTABILIDAD TIENE SU JUSTIFICATIVO Y FUNDAMENTO EN LA CONCEPCION DE LA EMPRESA COMO INSTITUCION: Esta teoría expuesta por Maurice Hauriou y desarrollada por George Renard, entre otros, ha sido tomada de varios autores para fundamentar distintos ins tít u t o s que interesan al derecho del trabajo.-

Uno de los que hallaría explicación en esa teoría sería la empresa, que, según la definición propuesta por el primer congre so brasileño de derecho social debería definirse como "una enti dad au tón o ma de fines económicos y de carácter institucional, - en el cual se establecen relaciones de colaboración y subordina ción entre el empresario y el personal de la empresa".-

En el carácter institucional que se le atribuye a la empresa se fundaría- según la opinión de algunos autores- la "ratio legis" del derecho a la estabilidad.-

La idea de obra a realizar- elemento principal de la institu ción que no debe confundirse con los motivos individuales subje tivos que animan a sus miembros- implica la existencia de un - vínculo de colaboración social entre las personas reunidas en la insti tución.-

"Cuando el empleado ingresa a la empresa- dice Ruy de Azeve

do Sodre (14)- Además de sus obligaciones estrictamente contractuales asume el cargo de colaborar con sus fines. Como colaborador de la empresa, el empleado con ella se identifica. En consecuencia, si aquella es una organización permanente, éste como su colaborador, debe tener garantizada su permanencia en el empleo, porque de ella hace parte integrante".-

Cabe anotar, que, entre afirmar que la empresa deba tener carácter de institución y que efectivamente lo sea, existe un abismo que solo puede salvarse mediante una regulación positiva que norme las conducta que en ella participen, en forma tal que el obrar de cada uno tenga sus límites propios que corresponderían si la empresa fuera una institución, Mal podría calificarse de tal a la empresa establecida en el país, donde se reconozca al empresario un poder de gestión sin limitaciones.-

"Por otra parte la teoría no justifica porqué se asegura la permanencia de otros trabajadores, tales como los choferes particulares y los encargados de las casas de renta, no pueden sostenerse que hacen parte de la empresa" (15).-

En Colombia el derecho a la estabilidad podríamos decir que tiene su base en el artículo 17 de la C.N. que el tenor dice - "El trabajo es una obligación social y gozará de especial protección del Estado" , o sea que podemos decir que la estabilidad es el resultado de haberse difundido el concepto de trabajo como

"función social", pues del deber que se le atribuye al individuo de contribuir con sus energías al progreso de la sociedad, ha surgido la correlativa obligación de ésta de proveer ocupación a quien la necesite.-

7.- LA ESTABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO: Para éste acápite vamos a transcribir algunos de los aspectos que sobre este tema tratan los doctores Luis Alcalá Zamora y C., y Guillermo Cabanellas de Torres (16); veamos pues, qué expresan ellos, empezando por países europeos:

ITALIA: La carta del trabajo de 1.927 determinaba: "En las empresas de trabajos continuado, el trabajador tiene derecho, - en caso de cesación de las relaciones de trabajo por despido sin justa causa o sin su culpa, a una indemnización proporcional a los años de servicio. Esta indemnización se deberá hasta en caso de muerte del trabajador" (art. 17).-

INGLATERRA: En éste país la legislación laboral no incluye preceptos sobre despido. El eventual resarcimiento del mismo se entrega a la libertad contractual, a la costumbre y a los convenios colectivos de trabajo que suelen regular el preaviso, pero no indemnizaciones por el despido en sí. De estimar las procedentes el despido ha de litigar dentro de los lineamientos de-

las acciones de daños y perjuicios.-

RUSIA El sistema político-económico de absolutismo estatal determina situaciones excepcionales en ésta materia. De una parte, cuando se despide o expulsa a un trabajador de una actividad, se le declara culpable en el desempeño de los servicios o se aduce algo peor: un acto de hostilidad para el régimen. En ambos casos ni el Estado indemniza ni al despedido se le ocurre intentar una acción, que solo llevaría a empeorar su situación.-

Ahora bien, como el empresario superior es uno solo, el Estado que administra el partido único, el trabajador despedido de un solo establecimiento o actividad, salvo ser recluso en este establecimiento penal, tiene que forzosamente ser admitido en otra tarea.- Se llega así a una insólita estabilidad absoluta por la dependencia económica de todos los trabajadores con respecto a la estructura laboral unitaria del sistema imperante .-

FRANCIA: Hasta mediados del siglo XIX, para sustentar la estabilidad del trabajador, los tribunales recurrían a la aplicación directa de los principios de la culpa, establecidos en el Código Civil; por consiguiente, solo probando el trabajador el dolo o la culpa del patrono al proceder a su despido podía ob

tener alguna indemnización, regulada discrecionalmente de acuerdo con la apreciación de los juzgadores hicieran de los perjuicios económicos para el trabajador.-

Al servicio de la equidad y tornando más flexibles algunos preceptos generales, una sentencia de la Corte de Casación del 8 de Febrero de 1.859, mantuvo que la ruptura del contrato de trabajo no debía efectuarse de manera perjudicial para los intereses de las partes, que casi exclusivamente es del trabajador por la facilidad que tiene el empresario para substituirlo. Ya no se exigía la culpabilidad patronal, el problema se situaba objetivamente en el perjuicio del trabajador, con un reconocimiento incipiente de su estabilidad.-

Esa jurisprudencia se transforma en legislación con el texto del 27 de Diciembre de 1.890, cuyo art. 1 establecía: "El contrato de arrendamiento de servicios de duración indefinida puede terminar siempre por voluntad de cualquiera de los contratantes. Sin embargo, la terminación del contrato por voluntad de uno solo de los contratantes puede dar lugar a daños y perjuicios". El inconveniente que para los obreros presentaba ese precepto, sancionador desde luego del abuso del derecho de despido patronal consistía en que no liberaba a los trabajadores

de la carga de la prueba.-

Al artículo antes citado se le agregó un segundo párrafo por la Ley 19 de Julio de 1.928 y que decía así: "Los daños y perjuicios que puedan reconocerse por la inobservancia de los plazos de despido no se confunden con los derivados de la terminación abusiva del contrato por voluntad de uno de los contratantes; el tribunal, para apreciar si hay abuso, podrá proceder a una investigación acerca de las circunstancias de la ruptura. La sentencia deberá en todo caso mencionar expresamente el motivo alegado por la parte que haya roto el contrato.-"

En 1.958, un nuevo texto legal implantó el derecho a la indemnización por el importe del mes de retribución en concepto de preaviso, para los casos de despido no justificado por culpa grave del trabajador. No obstante el progreso advertible al servicio de garantizarles la continuidad de su puesto a los trabajadores, subsisten los desfavores procesales de probar la inexistencia de culpa propia y la existencia de culpa empresaria. En el orden práctico, las Convenciones Laborales Colectivas suelen concretar las indemnizaciones perceptibles en los despidos injustificados.

ALEMANIA: En 1.934, una ley reconoció el derecho a todo tra

bajador despedido cuando contara con el mínimo de un (1) año de antigüedad en la empresa y siempre que ésta empleara cuando me nos 10 obreros, a recurrir ante el concejo de empresa y después a los tribunales del trabajo; pero cuando tal hubiere sido injustificadamente severo o no exigido por las condiciones de la empresa. De probarse alguna de tales circunstancias se pronunciaba la reintegración del trabajador, y una indemnización condicional, que abogaría el empresario de no querer admitir la reincorporación del trabajador despedido.-

A consecuencia de un precepto de mayor amplitud social inserto en la Constitución de 1.949 de Alemania Occidental, en Agosto de 1.951 se aprobó una ley de amparo contra los despidos injustificados. En virtud de la misma, siempre que el demandante tenga 20 años de edad como mínimo y seis meses de antigüedad en la empresa que utilice a más de 5 trabajadores, y se prueba que el despido ha sido "suma o socialmente injusto", el juez declara la nulidad del despido, con lo cual se afirma la estabilidad en el sentido propio o absoluto.-

ESPAÑA: En este país la estabilidad laboral se implanta por la Ley de Jurados Mixtos del Trabajo, del 27 de Noviembre de 1.931, cuyo artículo 46 solo justificaba el despido por actos

imputables al trabajador por necesidades económicas de la empresa. En el primero de los supuestos como sanción de la culpa, no había resarcimiento para el obrero o empleado; pero si cuando obedeciera a conveniencias de la empresa. Cuando la ruptura del contrato de trabajo careciera de justa, el patrono debía ser condenado a readmitir al despido o, como alternativa a abonarle la indemnización que los tribunales fijaran.-

El decreto del 23 de Agosto de 1.932 implanta la estabilidad absoluta en determinadas actividades, a fin de afirmar la inmovilidad de determinados trabajadores, como los de comunicaciones, telefónicas e inalámbricas, ferrocarriles y tranvías, a abastecimientos de agua, gas y electricidad y todos los concedidos por el Estado, Provincias, Municipios o corporaciones análogas; y las que por éstas instituciones estén subencionadas; las empresas bancarias, entre otras.-

Modificada en 1.944 la legislación republicaba en esta materia, el nuevo texto sobre contrato de trabajo regula así la estabilidad absoluta: "Si es despido sin justa causa justificada podrá optarse entre que se readmita en igual puesto e idénticas condiciones que venía desempeñando, o se le indemnice en una suma que fijará el Magistrado del Trabajo, a su prudente arbitrio

teniendo en cuenta la facilidad o dificultad de encontrar colocación adecuada, cargas familiares, tiempo de servicio en la empresa, etc., sin que pueda exceder el importe de un año de sueldos o jornal. La opinión anteriormente establecida corresponderá - al empresario cuando se trate de una empresa de menos de 50 operarios fijos, y al trabajador cuando exceda de ese número"(art. 81).-

La estabilidad absoluta ha desaparecido con la reforma instaurada por el decreto del 26 de Octubre de 1.956. Prescribe el mismo que el despido ha de ser comunicado por escrito al trabajador, con expresión de fecha y los motivos. El despedido puede acudir a la jurisdicción laboral que deberá pronunciarse por la procedencia o improcedencia del despido. En el primer supuesto, el contrato de trabajo se resuelve sin indemnización; en el segundo caso, la empresa será condenada a la readmisión, del trabajador salvo abonar una indemnización. La opción por el resarcimiento económico corresponde al empresario cuando su personal fijo no llegare a 50 agentes; de ése número para arriba - la elección corresponde al trabajador".-

ESTADOS UNIDOS: Alineados en la tradición inglesa, no existe legislación específica que garantice la estabilidad laboral.- En principio, los empresarios cuentan con la facultad discrecio

nal del despido. La restricción más usual al aspecto viene de cláusulas insertas en las convenciones laborales colectivas don de prevee en ocasiones el abono de un preaviso o bien se implanta una prioridad, si las necesidades económicas lo exigen, que obliga despedir al personal con menor antigüedad en la empresa.-

Ese panorama laboral desconcierta en país evolucionado en tantos aspectos sociales; pero en uso mismo se encuentra la explicación de no haberse instaurado una legislación limitadora del despido y resarcidora de los injustificados. De una parte débese a ello la facilidad para encontrar nueva ocupación el despido; en otra parte, cuando así no sucede, por crisis de trabajo los subsidios por paro forzoso aseguran la subsistencia durante el lapso para reencontrar tarea remunerada.-

MEXICO: La estabilidad del trabajador, se halla reconocida en uno de los incisos del artículo 123 de la Constitución: "El patrón que despide a un obrero sin causa justificada, o por haber tomado parte en una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salarios". En realidad, como la reincorporación forzosa del trabajador constituye para el empresario una obligación de hacer, a la que judicialmente no puede for

zarse, la opción corresponde en verdad al patrono.-

La Ley Federal del Trabajo refuerza la estabilidad del trabajador por cuanto permite que, en la sentencia donde se declare injustificado el despido, se condene al empresario al pago de todos los salarios correspondientes desde la fecha de la interposición de la demanda.-

BRASIL: Desde 1.923 se legisla en pro de la estabilidad laboral, reconocidamente para los trabajadores que contaran con un decenio de antigüedad en las empresas marítimas y ferroviarias. Desde 1.935, ese amparo se extendió a todos los trabajadores de la industria y del comercio, pero no a los rurales.-

En 1.943, la consolidación de las Leyes del trabajo estatuyó, con carácter de ensayo la indemnización por despido injusto a razón de un mes de sueldo por cada año de trabajo; y en los contratos a plazos determinados, por el total de la remuneración restante hasta el vencimiento establecido. De reconocerse culpas concurrentes en la ruptura contractual, el patrono está obligado al abono de la mitad de la indemnización que le correspondería de haber sido la responsabilidad exclusivamente suya.-

En 1.966 se creó el Fondo de Garantía del Tiempo de Servicios

del trabajador, encargado de afrontar los resarcimientos pertinentes por razón de la estabilidad. A tal objeto, los empleados aportan por un mes un 8% de la remuneración de los trabajadores. Tal importe se deposita en cuentas bancarias a nombre del personal y permite que el empresario se libere paulatinamente de las cargas laborales provenientes de la estabilidad.-

CHILE: El régimen de la estabilidad se ajusta al Código del Trabajo de 1.931 y a reformas de 1.945 y 1.948. Al despido ha de preceder el aviso previo de un mes, que puede ser reemplazado por el pago de lo que se devengara en ese lapso si el caso se concreta sin dilación. El despido arbitrario determina el resarcimiento a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio.-

ARGENTINA: Desde 1.957, a consecuencia de la limitadísima reforma aprobada en Santa Fé, la estabilidad laboral posee jerarquía y garantía constitucional, por cuanto en el "nuevo artículo o "artículo 14 bis" se le asegura al trabajador "protección contra el despido arbitrario ", y se proclama la "estabilidad del empleado público". Además se declara que "los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo".-

Con carácter de generalidad, y en cuanto a la generalidad relativa, las normas efectivas se encuentran en la Ley 11.729 y en el decreto- ley 33.302/45, que establecen las indemnizaciones pertinentes, por razón de preaviso y antigüedad, en los casos de despido injustificado o inculpable para el trabajador .-

Pero en la Argentina se ha conocido la estabilidad absoluta, instaurada para el personal bancario y para el de las compañías de seguros, reaseguros, capitalización y ahorro por la Ley 12.637 y por el Decreto- Ley 12.366/45. La cuestión ha perdido considerable interés por la derogación impuesta en 1.967.-

CITAS

CAPITULO I

- (1)- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Madrid, 1.956, pág. 580.-
- (2)- Mario L. Devesali, ESTABILIDAD, Enciclopedia Jurídica Omeba tomo X (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1.959).-pág.789.
- (3)- Ludovico Barrassi, II Diritto del Lavoro, citado por Horacio D.J. Ferro, El Derecho a la Estabilidad (Buenos Aires, 1.960) pág. 143.-
- (4)- Horacio D. J. Ferro, ob cit. pág. 143.-
- (5)- Guillermo Cabanellas, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III (Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1.979) pág.
- (6)- Luisa Riva Sansaverino, tratado di Diritto del Lavoro, citado por Horacio D.J. Ferro ob cit, pág . 156.-
- (7)- Juan Vincent, La Disolución du contrat de travail, citado por Horacio D.J. Ferro ob cit, pág. 157.-
- (8)- Mario de la Cueva, Derecho Mexicano del Trabajo, citado por D.J. Ferro, ob cit, pág. 159.-
- (9)- Ruy de Acevedo Sodré en el prólogo al Libro Direito Disciplinar del Trabalho, de Luis José Mezquita, citado por Horacio D.J. Ferro ibídem.-

- (10)- Mario L. Deveali, Lineamientos del Derecho del Trabajo, ci
tado por Horacio D.J. Ferro, ibídem.-
- (11)- Luis Benítez de Lugo y Reymund, Extinción del Contrato de
Trabajo, citado por Horacio D.J. Ferro, ibídem.-
- (12)- Eugenio Pérez Botija, El Contrato de Trabajo, citado por Ho
racio D.J. Ferro ibídem pág. 160.-

CAPITULO II

ESTABILIDAD EN EL SECTOR PUBLICO

1.- ORIGENES: Para hablar de estabilidad en el sector público tenemos que referirnos a la CARRERA ADMINISTRATIVA, que es el mecanismo que el Estado Colombiano ha ideado para garantizarle a las personas vinculadas a la administración y escalafonadas en la ya nombrada Carrera su permanencia en el empleo, en tanto reúma las condiciones personales que se exigen para la ocupación de los cargos en la administración, además que sean objetos de continuos procesos de perfeccionamientos, todo lo cual se consigue, mediante el establecimiento de sistemas de selección, de implantación de programas permanentes de adiestramiento y capacitación, y del convertimiento del trabajo de una fuente de satisfacción para los empleados.-

En Colombia empezó a regularse la admisión de personal en forma técnica en el año de 1.938 en que se expidió la Ley 165 y desde entonces se han llevado a cabo diversas tentativas para regular el manejo de los recursos humanos al servicio del Estado.-

Esta Ley creó la Carrera Administrativa para todos los servicios públicos que prestaran servicios de carácter permanente en el sector oficial , excluyendo de ella a los empleados que ejer

zan jurisdicción y autoridad, a los agentes del presidente de la república e de los gobernantes y como regla general a todos aquellos funcionarios cuyos cargos tuvieran una justificación esencialmente política e se rige por conceptos especiales.-

En esa Ley, el empleado de carrera estaba asistido por el derecho de no ser removido del empleo, sino por falta a los deberes y mediante especial procedimiento, por su aspecto, y por otro, por el derecho al ascenso y por mérito y competencia, distintos estos impretermitibles en cualquier norma sobre la materia.- Se establecían también prestaciones sociales especiales para los funcionarios comprendidos dentro de dicho sistema.-

Además fijaba unos requisitos mínimo para el ingreso al servicio, tales como ser Colombiano, estar a paz y salvo con el tesoro nacional, haber cumplido los deberes militares, no tener enfermedad contagiosa y someterse a un período de prueba que en ningún caso podría ser superior a un año.-

Se encomendó la dirección de la Carrera al Consejo Nacional de Administración y Disciplina, organismo que debía calificar los exámenes, elaborar el escalafón, estudiar y presentar los reglamentos de trabajo y conocer las quejas que se presentaran contra los empleados.-

No obstante, este primer intento no alcanzó a dar los frutos que se previeron y por el contrario, tuvo débil aplicación y cumplimiento. Los propósitos que se perseguían eran indiscutiblemente sanos, convenientes y equitativos, pero la ley no tuvo acogida en el ambiente administrativo del país, debido a diversas circunstancias, entre ellas, la falta de actividades positivas tanto de parte de los jefes administrativos como de los propios funcionarios frente a la Carrera. Por su lado, estos últimos fueron negativamente condicionados por la ánactividad - que ella predicaba y los primeros por su impreparación para administrar el sistema, a lo cual hay que agregar la escasez de recursos presupuestales y la ausencia de personal idóneo, factores estos señalados por la Doctora Carmenza Araba de Ramírez(1) como determinantes del fracaso de la Ley.-

También contribuyó a esto, que el consejo que según la norma debía Administrar la Carrera, no fue ubicado adecuadamente en la Organización Administrativa del Estado, ya que carecía de la entidad, autonomía y ascendencia que dentro del aparato administrativo le debía corresponder, además del descuido de esta organización por la implantación de programas generales tendientes a racionalizar la Administración de personal.-

En un informe que rindió La Misión Currie en 1.952 (2) se

puede leer: "Sin embargo, después de 12 años de experiencia - práctica sobre la Carrera Administrativa, el concepto de todos los sectores, empleados, supervisores sindicatos, altos funcionarios oficiales y el público en general, es unánime en cuanto a que la Carrera Administrativa no ha logrado su finalidad y - que al presente, es casi absolutamente inoperante. De un total de cerca de 50.000 empleados con que cuenta actualmente el gobierno, menos de 15.000 han ingresado a la Carrera Administrativa desde cuando esta se estableció y de este número solo unos 1.000 figuran como empleados al servicio del Gobierno. Más - aún, del reducido número de empleados que han sido admitidos a la Carrera, solo un total insignificante, 42, ha ingresado con base en exámenes . Todos los demás empleados han sido ingresados debido a una serie de dispensas de los funcionarios ejecutivos basados especialmente en la terminación de dos años de servicio y en un certificado de conducta.-"

Se ha comprobado igualmente que ha menudeado las disposiciones que tienden a proteger al empleado contra las destituciones inspiradas en razones políticas, se han usado indevidamente con el objeto de mantener en sus cargos a muchos empleados, -deficientes o incompetentes, lo cual ha dado como resultado en algunos sectores que el hecho de pertenecer a la Carrera Adminis

46947

—trativa sea en realidad mirada más bien con sospecha e descon
fianza antes que como prueba que competencias y de méritos in
dividuales. La consecuencia úfima de esa situación es la de que
la Carrera Administrativa se encuentra muy desprestigiada en la
actualidad, habiéndose perdido casi completamente la esperanza
de que ella pueda convertirse en el búcleo central de una carre
ra política del servicio civil del Estado Colombiano.-

La segunda tentativa para institucionalizar la Carrera Ad
ministrativa en el país, fue el decreto/Ley 1.732* de 1.960, el
cual tuvo un asidero jurídico diferente del que lo presidió so
bre la materia. En efecto, la norma primeramente analizada te
nía un respaldo legal y la segunda en la reforma plebiscitaria
de 1.957, que elevó a canes constitucional la institución de
la Carrera Administrativa.-

Esta renovación institucional sin antecedente tiene carac
terísticas y propósitos originales. En realidad, se trataba de
pasificar el país suprimiendo la violencia y el origen políti
cos de los conflictos internos que había vvnido padeciendo,
mediante una responsabilidad solitaria, y por acuerdos perma
nentes acerca de las pautas que hubieran de seguir la acción
sobre los distintos públicos.-

Se creaba conciencia constitucional de que en ninguna forma podían seguirse condicionando a los vaivenes políticos de turno los intereses permanentes del Estado y, antes por el contrario, se empezaba a aceptar que cuanto más fuerte o continuo fueran las mudanzas políticas, más estable debía ser la estructura que atendiera los negocios oficiales.-

Estos principios obligaron al país a replantear el sistema constitucional de nombramiento y provisión de empleos. La onimada facultad que la constitución otorgaba al presidente de la república para nombrar y remover a quienes desempeñaban cargos públicos, debería ser restringida a fin de que solamente aquellas designaciones cuyo carácter fuera esencialmente político, confianza, o de agencia presidencial, se dejaba en absoluta libertad y restringiera la facultad nominadora para los demás empleos en la rama ejecutiva.-

Una fórmula de esa naturaleza, además de permitir la implantación de procesos técnicos de selección de personal, de mejoramiento y motivación de éste la estructuración de un sistema de ascensos, libraba al empleado de la angustia que solía producirle al ver su suerte abandonada a la circunstancia política siempre cambiante y permitía, que , al conservar los servidores

públicos sus cargos, este hecho otorgará mayor pericia en sus funciones y la práctica adquirida les servirá para puestos superiores, . Todo lo anterior era fruto de nuevas actitudes del ambiente nacional hacia la función pública, la que se empezaba a percibir en su auténtico sentido doméstico y poderes de especial significación ciudadana, y no como botín para el grupo dominante, o como recompensa para pagar servicios prestados en la lucha banderiza.-

En la Ley 19 de 1.958 se echaron los cimientos fundamentales sobre los cuales habría de desarrollarse el manejo disciplinario y serio del personal mediante la creación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, como organismo que debería encargarse de organizar el servicio civil y la carrera administrativa, entendiéndose por el primer concepto- servicio- civil- todo el conjunto de empleos civiles de la rama ejecutiva del poder público y por el segundo- carrera administrativa-un sistema técnico de administración de personal al servicio del Estado, que en la selección de los empleados públicos, no reconoce motivos distintos de sus méritos, virtudes y talentos, ofreciendo a todos los Colombianos igualdad de oportunidades para el ascenso al servicio público, garantías de satisfacciones condiciones de vida, estabilidad y progreso en el trabajo en razón de sus

méritos y ciencias.-

Pues bien conociendo todo este antecedente vemos que al decreto 1732 de 1.960 la ejecución de la citada Ley 19 de 1.958 y tuvo especial importancia porque gobernó durante varios años los distintos de la Carrera Administrativa, esta fue una disposición integral si se tiene en cuenta que compendiaba la totalidad de los asuntos atinentes a personal y cuyas notas esenciales son :

Distribuyó en dos sectores los empleos bajo su ámbito de aplicación: el formado por los cargos de libre designación del gobierno, que serían los menos, y otro integrado por los demás empleados, los cuales eran objetos de provisión regala o de Carrera Administrativa y que eran naturalmente la mayoría.-

Los primeros eran aquellos puestos que la Administración necesita ubicar en ellos a determinadas personas ya sea porque merecían especial confianza por parte de quienes las designaban o bien porque quienes las desempeñaban tienen una representación singularmente política, pertenecían a este grupo los ministros, Jefes de Departamentos Administrativos, los funcionarios al servicio de la presidencia de la república, los superintendentes y los embajadores.-

La provisión de los puestos del segundo grupo, o empleados de Carrera debían obedecer a un procedimiento cuyo desarrollo - presentado empezaba por la solicitud que la autoridad nominadora del organismo en que se produjera la vacante, dirigía al Jefe del Departamento Administrativo, del Servicio Civil a fin de que éste suministrara candidatos para el cargo objeto de la petición, solicitud que sufría las siguientes contingencias: este - funcionario postulaba un primer nombre, que podría ser o no aceptado, en tal caso, se solicitaba un segundo que también podía - ser rechazado por cualquier circunstancia y finalmente podría - hacer una tercera postulación caso en el cual el último candidato debería ser aceptado.-

Vértebra fundamental de la Carrera en esa copilación la constituía la selección técnica de personal que iba a desempeñar destinos públicos. A toda su normatividad la animaba, en primer - término en espíritu democrático, pues daba oportunidad de ingreso al servicio público a todos los Colombianos; en segundo lugar, obraba con espíritu justo, al institucionalizar el mérito personal como presupuesto de la permanencia y progreso de la Administración; y, por último, procedía técnicamente, pues garantizaba, mediante la escogencia especializada de los servidores la mejor calidad de los recursos humanos para la Administración.-

Pero esta disposición se cumplió apenas relativamente, y sus factores extintivos fueron de diverso carácter: a) El cambio constitucional en el sistema de nombramientos era imprescindible, su desarrollo quizás fue un poco brusco- pues la ley 165 de 1.938 era un antecedente meramente formal, sin fuerza sociológica institucional suficiente para afirmar que hubiera creado raíces importantes-; b) El sistema de concursos, básico elemento del sistema de méritos, que pugnaba con los intereses de los grupos políticos o regionales que querían siempre ver a sus adeptos en la dirección de los organismos públicos; c) Cualquier cambio en el manejo de los negocios oficiales presupone personal calificado para el mejor cometido de los programas innovadores, requisito que se veía frustrado constantemente, bien por la falta de estabilidad de personal o porque las mejores perspectivas que ofrece el sector privado iban arrebatando al sector públicos sus más importantes elementos.-

Luego en 1.968, durante el gobierno del Doctor Carlos Lleras Restrepo, se le dieron facultades para que reformara el Departamento Administrativo del Servicio Civil y a la vez para modificar las normas que regulaban la clasificación de empleos, las condiciones que deben llenarse para poder ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramientos y ascensos dentro

de los diferentes cargos, como también para fijarle a éstos últimos las correspondientes escalas de remuneración.-

En desarrollo de esto, se expidió el decreto-ley 2400 de - 1.968 que sigue en ciertos aspectos a quien le antecedió, pero hay diferencias fundamentales como:

1.- Se descentraliza la selección, proceso que debe realizarse por la unidades de personal de cada uno de los organismos oficiales, reservándose al Departamento Administrativo las pruebas de idoneidad.-

2.- El decreto 1732 era un estatuto para funcionarios de Carrera, el decreto 2400 es un reglamento de Administración de personal que incluye a su vez disposiciones de Carrera.-

3.- En el aparte dedicado a las situaciones Administrativas se suprime la "disponibilidad" que era una licencia de larga duración, y se remodela la comisión tomándola como tal (situación administrativa) y como forma de provisión de empleos.-

4.- Dentro de las causales de retiro se reincorpora además de las ya existentes, una nueva por razón de la edad, por el -

solo hecho de que al cumplir 65 años se esté al servicio de la Administración, figura que constituye un nuevo aporte de la seguridad social del funcionario, especialmente importante por tener a protegerlo en los difíciles años de la vejez.-

El decreto 2400, fue reglamentado tiempo después por el decreto 1950 de 24 de Diciembre de 1.973 que es el régimen vigente de la Carrera.-

2.- BASES DE LA ESTABILIDAD EN EL MOMENTO ACTUAL: Ya vimos anteriormente, la forma como se estableció la Carrera Administrativa en nuestro país, su trayectoria desde 1.938, cuando se inició e intentó por primera vez reglamentar la actividad administrativa hasta el decreto 1.950 de 1.973, régimen vigente.-

Este estatuto, define el sistema de Carrera como un mecanismo de Administración de personal que no reconoce, para el acceso al servicio y para la permanencia y promoción dentro de ésta, factores distintos al mérito personal demostrado mediante un serio proceso de selección.-

Este decreto consagra cinco etapas para escoger a una persona que desea ocupar una vacante; y son:

- a) La convocatoria;
- b) El reclutamiento;
- c) El concurso;
- d) La lista elegida; y
- e) El período de prueba.

Son cinco etapas que las personas deben llenar para poder vincularse a las entidades públicas.-

Por último tenemos que decir que durante las dos últimas de claratorias de estado de sitio en el país se han dictado disposiciones que suspenden la Carrera Administrativa. Mediante los decretos 527 y 2131 de 1.976 se decretó el Estado de Sitio en Marzo y Octubre respectivamente, para a continuación y en riguroso orden numérico y de prioridades políticas del Estado, se decretó mediante los decretos 528 y 2132 la "suspensión" de las Carreras. Es como dice Jairo Villegas Arbeláez (3) "El Estado de Sitio, no es problema de los políticos, sino más bien un problema político que directamente golpea a los empleados públicos y a la Carrera".

Con esto es fácil establecer que, la Carrera Administrativa se ha tenido mayor operancia, porque desde hace más de 30 años- hemos estado viviendo en un intermitente Estado de Sitio, el cual

es el mayor enemigo de la Carrera Administrativa. Siendo Presidente el Dr. Julio C. Turbay Ayala, levantó el Estado de anormalidad, y el Doctor Belisario Betancourt actual Presidente, ha expresado que pondrá en marcha todos los mecanismos necesarios tendientes a darle vigor a la Carrera Administrativa. Ojalá éstos buenos propósitos se hagan realidad, que Colombia mucho lo necesita, y no se queden en el aire como tantos otros de los políticos.-

3.-SU EFECTIVIDAD Y APLICABILIDAD: Los empleados públicos - se consideran por principio general de Carrera y excepcionalmente, de libre nombramiento y remoción, en la teoría el 95% de los - empleados públicos deben ser de Carrera y el 5% restante de libre nombramiento y remoción. Pero la realidad es totalmente a la inversa, tan solo un 5% está inscrito en la Carrera y el 95% es de libre nombramiento y remoción, y estos son cada momento retirados de su empleo, porque la Carrera Administrativa ha sido suplantada por el clientelismo bipartidista como forma de la política estatal y no se toman en cuenta los sanos y bellos criterios consagrados en la Carrera como son los del libre ingreso, permanencia en el servicio fundamentados en el mérito, la capacidad y la eficiencia, que han sido reemplazados por las cuotas burocráticas, las recomendaciones y el tráfico de influencia.-

Vemos pues, que la Carrera Administrativa no ha tenido efectividad y aplicabilidad desde su creación en 1.938 su reiteración en 1.958, su reglamentación en 1.960, su nueva reiteración en - 1.968 y nueva reglamentación en 1.973, no ha sido más que una - existencia de sutil trasegar por los estrechos senderos de la demagogia, del tinterillismo gubernamental, la fecha del servicio civil como negación de la Carrera, el clientelismo y 30 años de Estado de Sitio, en que sus postulados de ingresos, permanencia y remoción con base en la capacidad y el mérito, han sido corrompidamente suplantados como ya dijimos, cuoteo y el tráfico de influencias del bipartidismo- clientelista gobernante, por lo que podemos observar que lo que impera en Colombia es la inestabilidad laboral en todos los sectores.-

CITAS

CAPITULO II

- 1.- Carmenza Arana de Ramírez, La Carrera Administrativa en Colombia, citado por Diego Younes Moreno, Derecho Administrativo Laboral, Bogotá 1.978, Editorial Temis, pág. 77.-
- 2.- Citado por Abel Cruz Franco en Finanzas Públicas, Bogotá Ediciones Lerner , 1.968 pág. 43.-
- 3.- Jairo Villegas Arbeláez, El Estado Patrono, Trabajo y Derecho, (Bogotá D.E. N^os. 3-4, Agosto 1.981) pág. 154.-

CAPITULO III

EL ESTADO Y LA ESTABILIDAD LABORAL

1.- PRESENTACION: El art. 17 de la Constitucional Nacional establece: "El trabajo es una obligación social que gozará de la especial protección del Estado".- En este capítulo analizaremos el Trabajo a partir de los mecanismos que lo hacen posible: La Estabilidad. Decir que es una obligación especialmente protegida por el Estado, sin que existan normas instrumentales o de medios que posibiliten el ejercicio real de la función y de la protección, equivale a que el postulado no existiera. De ahí que nuestro propósito en este capítulo, sea el de analizar el trabajo como función social, integrado a la noción de estabilidad como elemento de protección del mismo.-

Se trata de superar la abstracción o postulado, para analizar la función como realidad social, la más importante.-

Pasaremos revista a la estabilidad o Inestabilidad en los Empleos Públicos, bien sean de Carrera o de Libre Nombramiento y Remoción y en los Trabajadores Oficiales. En las dos categorías de lo que genéricamente se denomina: Empleados Oficiales.-

2.-EN LOS EMPLEADOS PUBLICOS: Visto desde el punto de vista de la Estabilidad Laboral, los Empleados Públicos se conside

ran de Carrera y de libre Nombramiento y Remoción.-

TEORICA Y LEGALMENTE, la norma general es la de ser de Carrera. Lo excepcional, el que sean de libre nombramiento y Remoción. Esto es, todos los empleados públicos son de Carrera, a excepción de : Los Ministros, Jefes de Departamento Aministrativo, Vice Ministros, Secretarios Generales, Presidentes, Gerentes, Directores, los empleos de la planta de personal de esos despachos; los empleos de la Presidencia de la República; los agentes secretos y detectives; los del servicio exterior y de la registraduría, están sometidos a un régimen especial.(art.3º.D. 2400/68).-

LA REALIDAD ES A LA INVERSA. Un escaso 7% es de Carrera y un 93% de libre nombramiento y Remoción.-

Estando como estamos "en el país de leyes", debemos preguntarnos, a qué se debe el que la Ley no corresponda a la realidad, o mejor, que la realidad sea contraria a la Ley.-

Esta situación ha de explicarse a partir del corrompido interés de los politiqueros rojos y azules, que son los que orientan y dirigen el Estado, y para quienes la inestabilidad es un

preciado filón de "cuotas" y empleos, es la bolsa negra del tráfico de influencias, que les permite pagar favores políticos por la recolección de votos, ganar prestigio según cuanta sea su cuota de empleos, sostener su posición y preparar su reelección.-

Dichos en términos reales, el 93% de los Empleos Públicos en Colombia, están sometidos a ser de libre nombramiento y Remoción, a servir de botín, de ahí el por qué de la inestabilidad laboral.-

a) DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION:

1.- Artículo 26 del D. 2400/68.-

"El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora sin motivar la providencia. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida".-

2.- Artículo 61 del mismo Decreto 2400/68:

"Serán nulos todo nombramiento o providencias relacionados con el personal que se hicieren en contravención a las disposi

ciones de este Decreto".-

3.-LA JURISPRUDENCIA: Sobre el alcance de la "constancia" y de la "nulidad", es importante reseñar el comportamiento Jurisprudencial del Contencioso Administrativo, veamos:

a) Corren paralelas, de una parte, la facultad de remover libremente a un empleado que no sea de carrera y de otras la obligación de dejar las constancias y anotar las causas que dieron lugar a la remoción. Como se ve el artículo transcrito constituye en cierta forma una LIMITACION a la libertad de remoción, pues si bien cuando se quiere cambiar a un empleado no es necesario acudir a explicaciones, en la hoja de servicios sí deben existir éstas". A este concepto de la Fiscalía, que hace suyo la sala, se agrega:

"Para la sala esta exigencia legal no debe estimarse como simple formalidad de orden secundario o puramente interno..".-

"El espíritu de la reforma administrativa en 1.968, aún para los empleados vinculados en sus relaciones laborales a la administración, que no estén amparados por algún estatus de la carrera administrativa, fue el de suprimir o ACABAR CON EL CA PRICHO O LA ARBITRARIEDAD, hasta entonces reinante, por parte

de los superiores jerárquicos en materia de elección o remoción de empleados atendiendo, ante todo, la eminente razón de que el BUEN SERVICIO PUBLICO PRIME DENTRO DE ESA FACULTAD...

"La norma del artículo 26 en mención tácitamente establece que siempre habrá de existir un motivo para la declaración de insubsistencia, la cual necesariamente deberá figurar en la hoja de vida, pues de lo contrario sobraría esta última exigencia" (1).-

b) A partir de la sentencia de Febrero 11 de 1.977, Ponencia del Consejero Nemesio Camacho R. dictada en el expediente N°3418, el Consejo de Estado cambió su jurisprudencia anterior y sustentó una nueva en los siguientes criterios de Fiscalía, que fueron acogidos por la Sala:

"La anotación de la insubsistencia y sus causas en la hoja de vida del funcionario no es un requisito indispensable para la validez del acto administrativo y, su ausencia, no puede conducir a su nulidad...Si la ley permite la remoción del empleado sin consignar su fundamentación en el acto jurídico y no es anulable por esta causa, mal puede serlo por no dejar una constancia que no aparece establecida como trámite previo para la exis

tencia y validez de la decisión administrativa.-

"La constancia" no hace parte del acto administrativo, ni de su trámite previo y en tal virtud, no se ve como pueda influir en su existencia, validez y eficacia.. La expresión "sin embargo deberá dejarse constancia".. denota formalidades subordinadas".-

La primera jurisprudencia transcrita, en aplicación del art. 61 declaraba la nulidad del acto administrativo por medio del cual se declaró la insubsistencia del empleado y ordenaba el restablecimiento del derecho violado. La segunda que es la jurisprudencia vigente, estima que no hay lugar a anular el Acto, en razón de que éste se profirió legalmente.-

4.-NUESTRA APRECIACION: Acogemos la primera jurisprudencia y al efecto consideramos: El sustento jurídico contenido en el precepto del art. 26 del D. 2400/68, "puede ser declarado insubistente libremente" expresa una facultad discrecional de la administración. Estimamos el análisis del problema ha de hacerse a partir del estudio y precisión de la Discrecionalidad.-

De tiempo atrás corre parejo con la formación del derecho

administrativo, la noción del Acto Discrecional. En el siglo pasado su definición se estructuró como antítesis del Acto Reglado, estableciéndose categorías absolutamente distintas y que vistas contradictoriamente permitían definir uno y otro tipo de Acto administrativo.-

Se afirmaba que el Acto Discrecional la Administración era absolutamente libre para actuar, por oposición al Acto Reglado en que no lo era, en que debía actuar conforme a sus reglas pre establecidas.-

Por su libertad absoluta, los Actos Discrecionales no eran recurribles ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Los actos reglados, por ausencia de esa libertad, si eran recurribles.-

Si se partía de ese presupuesto de libertad y no cualquier clase de libertad, sino una absoluta, era lógica el que se sustrajeran de la Jurisdicción, pues se apreciaba la libertad implícita en la discrecionalidad, como algo absoluto, ilimitado.-

Esta noción del acto Discrecional, también llamado político o de Poder, cambió sustancialmente, sobre la apreciación por el concepto de libertad de la Administración, al considerarse que

la Discrecionalidad no puede equivaler ni conducir a la arbitrariedad, mediante la absolutización de ésta. La Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina, uniformemente estiman que mediante la discrecionalidad, puede la administración apreciar la oportunidad o conveniencia de la Acción Administrativa, pero en manera alguna significa que esa facultad de apreciación sea limitada, absoluta o caprichosa.-

Como lo anota el Profesor Gabriel Rojas Arbeláez, "no puede hablarse de actos absolutamente discrecionales... de lo único que puede hablarse es de "cierta discrecionalidad" y, por lo tanto, puede decirse que todo acto es en alguna forma reglado"(2).

El Profesor Gustavo Penagos, coincide al anotar que, "en realidad los actos administrativos son más o menos reglados... La Mayor o menor discrecionalidad de la administración surge de los textos constitucionales o legales, en forma expresa o implícita" (3).-

Creemos pues, solo es posible hablar de una discrecionalidad limitada, de cierta discrecionalidad, de una discrecionalidad relativa. pensar en una discrecionalidad absoluta, ilimitada, sería retrotraernos al siglo pasado, aceptando con ello su efecto lógico, como lo fue, de una también absoluta e ilimitada ausencia de acción jurisdiccional.-

Cuáles son los límites de la Discrecionalidad?. Señalemos los requisitos que son de la esencia de todo Acto Administrativo:

La finalidad, esto es, el buen servicio, el interés general y la Causa o Motivo, en tanto circunstancias de hecho que lo originan.-

Intrínsecamente ligado a la Finalidad y a la Causa- Motivo del Acto, existe igualmente como limitante, la Voluntad de la Administración. Lo que caracteriza dicha voluntad, no es la subjetividad absoluta, sino la objetividad referidas a circunstancias de hecho, cuya relación entre apreciación-discrecionalidad y circunstancias materiales- hechos- antecedentes, constituyen un todo, un conjunto, sobre el cual se expresa la voluntad de la administración, ejercitando el poder discrecional.-

Dentro de esos límites, lo que el Profesor Penagos denomina: "Una orientación coincidente en el sentido de restringir razonablemente el ámbito de la discrecionalidad", se mueve la tesis moderna sobre la apreciación de este fenómeno.-

a) UBICACION HISTORICO=LEGAL DE LA NORMA:

El término "libremente" contenido en el art. 26, si se ana

liza como expresión aislada, significa discrecionalidad absoluta, limitada.-

Pero si miramos la norma en su conjunto, en su texto real, íntegro y complementario, así como sus antecedentes sociales, políticos y Jurídicos, determina el alcance real de los arts. 26 y 61 de Decreto 2400/68, significa discrecionalidad relativa, limitada.-

En el acuerdo de Stiges, 1.957, antecedente y sustento político del Plebiscito de 1.957 de la Ley 19/58, se habla en forma precisa de una rama ejecutiva "en la que se halle limitada la facultad, hoy omnímoda, del Presidente en la elección de todos los funcionarios del gobierno" (4).-

Dentro de esos presupuestos y como continuidad de ellos, se expidió la Reforma Administrativa de 1.968, y particularmente el D. 2400/68 que tenía como antecedente la Ley 19/58.-

El Consejo de Estado en la Sentencia citada de Julio 12/66, al analizar la reforma Administrativa de 1.968, y particularmente el D. 2400/68, explicitaba el objeto de la Reforma en cuanto "fue el de suprimir o acabar con el capricho o la arbitrariedad,

hasta entonces reinante." en materia de elección o remoción de empleados.."

b) APRECIACION DE LA NORMA:

La interpretación de los arts. 26 y 61 del D.2400/68 ha de tomar en cuenta la naturaleza limitada que caracteriza al Poder Discrecional del Estado en materia Laboral y los antecedentes políticos y jurídicos que sustentan y explican las normas.-

El acuerdo de Stiges se refiere a la discrecional como facultad "limitada" en relación con "todos" los Funcionarios del Gobierno, noción ésta que corresponde precisamente a lo previsto en el art. 26 del D.2400/68, al referirse el primer postulado a los Empleados Públicos de Libre Nombramiento y Remoción, para los que establece como limitante la "constancia" y el segundo, a la Carrera, limitantes ambas de claro contenido proteccionista, que son expresión y desarrollo legal del precepto Constitucional que establece para el trabajo una "protección especial" de parte del Estado, al tenor del artículo 18 de la Constitución Nacional.-

La discrecionalidad se expresa en el término "libremente" para a renglón seguido establecer la Ley una limitante, cual es

el imperativo "deberá" de la constancia. Analizar aisladamente el término "libremente" es pretender absolutizar la discrecionalidad del Estado.-

Se trata de una facultad limitada por la misma Ley en desarrollo de un precepto Constitucional.-

Significa lo anterior que la Administración aprecia, valora, ejercita discrecionalidad, pero, a pesar de esa discrecionalidad "sin embargo" está sometida a una limitante, no facultativa sino imperativa en tanto "deberá" dejar constancia. Es lo que el Consejo de Estado refiere como paralelismo: de un lado la facultad de remover "libremente" y del otro el "sin embargo deberá", lo uno como discrecionalidad, lo otro como limitante de ésta, todo ello como norma aplicable a los Empleados Públicos de Libre Nombramiento y Remoción y Protección especial de origen Constitucional.-

El imperativo "deberá" contiene un doble presupuesto: 1) Siempre ha de existir una causa o motivo para la declatoria de insubsistencia, y 2) Siempre ha de constar en la hoja de vida, esa causa o motivo.-

La existencia de una causa o motivo es de la esencia de to

do Acto Administrativo, ya que a partir de esa materialidad surge la Causa, pues ésta no actúa sobre hechos inexistentes o étereos, sino de circunstancias reales, de verdaderas causas o motivos que explican el acto administrativo de la declaratoria de insubsistencia. De ahí que la norma al referirse a la "constancia del hecho" y de las "causas que lo ocasionaron", se refiere lógicamente a lo que es de la esencia del acto: La Causa, expresión de la finalidad y sustento de la Voluntad de la Administración. Estos elementos del Acto, si bien no son tangibles materialmente, sí son de su esencia y siempre existen en todo Acto Administrativo en gen eral y de Insubsistencia de un Empleado Público en particular.-

Por otro lado, considerando la Ley de que, siempre ha de existir una causa o motivo para la declaratoria de insubsistencia, establece que siempre igualmente, ha de constar en la hoja de vida esa causa o motivo. Y ello es lógico. Pues la administración no puede ocultar, guardar in pectore, unas causas o motivos que existieron y que se aducen ocultamente contra el funcionario, a quien sólo se permite conocer sus efectos: el de la insubsistencia, pero no conocerla, para controvertirlas, en una palabra se niega al Derecho Constitucional de la Defensa, Quiere la Ley que esas causas, se trasluzcan, aparezcan consignadas en la Hoja de Vida, sean públicas, no reservadas, a fin de que el Empleado contra quien se aducen, tenga la posibilidad de desvir

tuarlas ante el Contencioso Administrativo, dentro del límite de lo discrecional, o sea que para el Empleado es una acción igualmente limitada, tendiente a establecer la correspondencia o no entre Acto e Interés General.-

Y es de tal grado el alcance y valoración que hace la Ley sobre la constancia, que el art. 61 del mismo Decreto 2400, considera NULA toda actuación que se haga en contravención de lo estipulado. En forma clara y tajante se impone "serán nulos", Sin embargo, por vía de interpretación y so pretexto de ésta, no se está aplicando por el Contencioso este art. 61.-

Como se desprende del texto de la norma, no se trata de una nulidad incierta o indirecta, en que sea dable distinguir so pretexto de interpretar, ya que donde la Ley no distingue, tampoco debe hacerlo el fallador y menos aún cuando se desatiende el tenor literal del Art, 61 So pretexto, de consultar el art. 26, norma remisoria de ésta, desatendiéndose tanto el art. 26, como éste en relación con el art. 61, sustrayéndolos de la correspondencia y armonía que existe entre estos y entre uno y otro párrafo del art. 26 (Ley 153/78, art. 27 y 30) y entre el Decreto 2400 y los antecedentes políticos, Constitucionales y Legales.-

b) DE CARRERA: Dada la importancia de éste tema, lo anali

zaremos en capítulo separado.-

3.- TRABAJADORES OFICIALES:

1.-CLAUSULA DE RESERVA Y PLAZO PRESUNTIVO: De manera expresa e. art. 4º del C.S.T. establece que las relaciones individuales de trabajo de los Trabajadores Oficiales no se rigen por dicho Código, sino "por estatutos especiales".-

En lo fundamental los Estatutos Especiales, que el citado art. 4º anuncia como si "posteriormente se dicten", después de más de un cuarto de siglo no se han dictado, por lo que debemos remitirnos a lo poco que con alguna particularidad subsiste, antes que existir por otras razones. Se trata de la Ley 6/45 y su Dec. Reg. 2127 de 1.945.-

2.- DURACION DEL CONTRATO DE TRABAJO:

"El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno se entenderá pactado por 6 meses". (Art. 40, D. 2127 de 1.945).-

3.- PLAZO PRESUNTIVO Y PRORROGA:

a) CONTRATOS POR TIEMPO INDEFINIDO, O SIN TERMINO: "El contra

to celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir de seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo".(Art. 43, D. 2127/45).-

b) CONTRATOS POR TIEMPO DEFINIDO: "Deberá constar por escrito, pero si extinguido el plazo estipulado el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de 6 meses".(Art. 43, ibidem).-

4.-CLAUSULA DE RESERVA:

"Podrán las partes reservarse la facultad de terminar unilateralmente cualquier contrato de trabajo, mediante aviso dado a la otra con una antelación que no podrá ser inferior al período que, de conformidad con el contrato o reglamento interno, o con la costumbre de la región, regule los pagos del salario. Esta reserva solo será válida cuando conste por escrito ya en el contrato individual, ya en la convención colectiva si la hay,

o ya en el reglamento interno de trabajo aprobado por las entidades del ramo, y siempre que la facultad se otorgue a ambas partes de idéntica forma.-

Podrá prescindirse del aviso, pagando los salarios correspondientes al mismo período". (Art. 50.D. 2127/45).-

Vistas así las normas:

- 1) El denominado contrato a "tiempo indefinido", no es tal, sino un contrato a término definido, de seis meses, renovable por períodos iguales.-
- 2) En contrato celebrado sin fijación de término, se presume de una duración, de seis meses, prorrogables por períodos iguales.
- 3) El contrato celebrado a tiempo determinado, tendrá la duración pactada, siempre y cuando no exceda de seis meses, presunto legalmente en todo contrato y prorrogables por período de sus meses.-
- 4) La "estipulación en contrario" de que habla la norma, se entiende dirigida a un término de vigencia y prórroga, siempre y cuando no exceda de seis meses.-
- 5) El término legal máximo de duración de todo contrato, es de seis meses, prorrogable por períodos iguales. El término de vigencia y prórroga, que se pacte es válido si es menor de seis meses.-

6) Como se puede observar, se establece por Ley la más absoluta inestabilidad, que adquiere caracteres aún más dramáticos con la cláusula de Reserva. Mediante ella, en cualquier tiempo de esos seis meses de vigencia o prórroga, sin que sea necesario invocar justa causa alguna, el Patrono legalmente está autorizado para dar por terminado el contrato, bastándole para ello, el abásarle al trabajador el hecho de la terminación, con una anticiipación que, inicialmente fue de un período de pago y posterioromente de 45 días, lo vigente, o pagándole en dinero el equivalente de tal período.²-

De esta manera la Cláusula de Reserva, excluye el Plazo - Presuntivo precario.-

No será legalmente necesario el aviso, ni la compensación en dinero del tiempo de éste, cuando el Patrono invoque las justas causas que para la terminación del contrato señalan los arts. 48 y 49 del D. 2127/45.-

5.-INESTABILIDAD LABORAL:

Lo grave y preocupante, es el que estas normas, constitutivas de la guillotina, de la inestabilidad laboral más grosera y agresiva, continúen vigentes como lo están, para los Trabajadores

Oficiales. En virtud del D. 2351/65, art. 5º, fueron derogadas para los trabajadores particulares.-

Puede parecer grotesco su existencia legal para un sector de los Trabajadores Colombianos, es de los Oficiales, pero lo es tá.-

El Plazo Presuntivo y la Cláusula de Reserva, no son expli cables, por técnica jurídica, ni se compaginan con el desarrollo del derecho laboral, con la noción de permanencia del contrato o la vocación a ella, ni siquiera con un criterio de continuidad, capacitación y buen servicio; la única explicación lo es de tipo político, y su degeneración: la politiquería, el clientelismo, - la casa de votos, el amarre de feudos, el tráfico y la rapiña por los empleos oficiales, cuya cuota en el número y calidad de éstos, constituye el termómetro para medir el "prestigio y capa cidad" de los politiqueros y capos, rojos y azules.-

6.-LA CONVENCION COMO ALTERNATIVA:

La solución de éste problema, de esta lacra, verdadera ver guenza social, dada su secuela de inestabilidad, ha de partir de levantar la bandera por la derogatoria de estas normas y por su rebasamiento mediante la Convención Colectiva de Trabajo.-

Establecer el Contrato de Duración Indefinida, aboliendo el Plazo presuntivo y la Cláusula de Reserva, a través de la Convención, es sólo un paso hacia la Estabilidad Laboral, hacia el derecho al trabajo.-

Ello ha de complementarse, mediante procedimientos para la aplicación de sanciones, formulación de cargos por escrito con copia al Sindicato, solicitud de pruebas, prácticas de éstas, también dentro de un término convencional y decisión motivada, con instancia de apelación, eliminando los despidos injustificados y estableciendo expresamente la Acción de Reintegro, en caso de inobservancia del trámite previo o de despido injustificado.-

La lucha por la Estabilidad no puede seguirse mirando a partir de establecer o elevar los tope Indemnizatorios en dineros por despidos Injustificados, como lo creen algunos Sindicatos, orientados por un criterio economicista. Lo importante no es que despidan al Trabajador y lo indemnicen, sino, lo contrario, que no lo despidan, pues hacia este objetivo es que apunta la Estabilidad. Y para ello, la Convención Colectiva ha de consagrar un riguroso procedimiento para Sanción y Despido, garantizándose el Derecho de Defensa y del Debido Proceso, complementado con estipulación expresa de la Acción de Reintegro. Creemos, sólo de esta manera es posible atacar de raíz la política Pa

tronal de la Inestabilidad, mediante el despido injustificado con Indemnización, para dar lugar únicamente al Despido Justificado y previamente comprobado.-

LA CARRERA ADMINISTRATIVA

1.-EVOLUCION Y DESCRIPCION LEGAL :

A) LEY 165 DE 1.938 (nov.16)

En esta la Ley, "por la cual se crea la Carrera Administrativa".-

a) DEFINICION: Es una protección y garantía especial que da derecho al Empleado a la inamovilidad, a no ser removido del cargo que desempeña sino por la falta de los deberes y mediante un procedimiento especial en que sea oído; a ser ascendido en caso de que se halle vacante un cargo de mejores condiciones dentro de la jerarquía especial del ramo, y según los méritos y la competencia (art. 2º).-

b) COBERTURA: La carrera Administrativa se aplicará a los Empleados Nacionales, Departamentales, Municipales, Intendenciales y Comisariales, (art.1º y 6º) que presten servicios permanentes (art.1º) en los Ramos Fiscal y Administrativo(art.4º).

c) EXCLUIDOS DE LA CARRERA Los que ejercen jurisdicción o autoridad; los agentes del ejecutivo; los agentes de policía y resguardos; los empleados del congreso, Asambleas y Concejos; los empleados del ramo electoral, del Ministerio Público y de la Presidencia de la República; los que estén en carreras Especiales; los que a juicio del Gobierno tengan funciones políticas o económicas (Art. 4º).-

d) PERIODO DE PRUEBA: No ha de ser inferior a un año (Art.6º).-

e) CONSEJO DE ADMINISTRACION Y DISCIPLINA: Integrado por 5 miembros: 3 de libre elección del gobierno y los otros 2, de ternas que presenten los Organismos de Empleados favorecidos por esta Ley, legalmente constituídos. El período de este Consejo será de 4 años. Existirá a nivel Nacional y se crearán los correspondientes a nivel Departamental y Municipal.-

Son funciones del Consejo:

- a) Servir de jurado calificador en los exámenes previstos;
- b) Conocer de oficio o mediante denuncia, de las quejas sobre conducta o competencia de los empleados;
- c) Elaborar el Escalafón;
- d) Estudiar el reglamento de Trabajo para la Administración Pública (art. 11º).^a

f) SINDICATOS: De conformidad con la Ley 83 de 1.931 los Empleados pueden constituir Sindicatos y Asociaciones (art. 13).-

g) IRRENUNCIABILIDAD: Las garantías consagradas en esta Ley, son irrenunciables. (art. 14).-

h) INSCRIPCION EN EL ESCALAFON: Los beneficios de esta Ley solo comenzarán a gozarse a partir de la Inscripción en el Escalafón Administrativo. Ha de comprobarse previamente la idoneidad mediante examen. La Inscripción se hará mediante Resolución Nacional, Departamental o Municipal, según sea expedida por el Consejo de Administración y Disciplina Nacional, Departamental o Municipal (art. 17).-

i) CAPACITACION: A fin de capacitar los empleados, el Gobierno ha de establecer o fomentar escuelas de cursos de especialización, mixta o no.-

.j) PRELACION PARA INSCRIPCION: Los que desempeñen cargos cuyas previsión se haga por concurso o elección; los que posean títulos o diploma universitario; los que aprueben los cursos en las escuelas de especialización. Todos ellos, serán preferidos en igualdad de condiciones para su inclusión en el Escalafón.-

k) CODIGO ADMINISTRATIVO: Una comisión Parlamentaria debe presentar al Congreso en las próximas sesiones un Proyecto de Código Administrativo.-

1) VIGENCIA: A partir del Primero de Julio de 1.939 (5).-

COMENTARIO:

El interés que nos asiste en relacionar los principales - aspectos de esta Ley, se explica, por ser la creadora de la Carrera Administrativa, la que introdujo nuevas nociones y que por tal, constituye antecedente y referencia de la Carrera Administrativa en Colombia.-

Esta Ley, valor histórico como conjunto de enunciados o - principios, realmente no tuvo existencia práctica. La Misión Currie, contratada por el Gobierno Colombiano, decía en 1.952, sobre la Ley:

"La carrera Administrativa no ha logrado su finalidad, al presente es casi absolutamente inoperante. De un total de 50.000 empleados con que cuenta actualmente el Gobierno, menos de 1.500 han ingresado a la Carrera Administrativa y de éste número sólo unos 1.000 figuran como empleados. Más aún, el redu

cido número de empleados que han sido admitidos a la Carrera, sólo un total insignificante, 42, han ingresado con base en "exámenes" (6).-

La Ley 165 de 1.938, de manera accesoria fue reglamentada así:

Dec. 2091/39; Dec. 1192/40; Dec. 1573/40 y Dec. 554/41.-

2.- LEY 19 DE 1.958 (NOV 25):

ANTECEDENTES POLITICOS:

Los Acuerdos de Benidorm y de Stiges celebrados en España en Julio 24 de 1.956 y Julio 20 de 1.957, por los Partidos Liberal y Conservador, representados por Alberto Lleras Camargo y Laureano Gómez, constituyen el antecedente y sustento político para la Reforma Constitucional de 1.957 y para la expedición de la Ley 19 de 1.958 sobre la Carrera Administrativa.-

Quienes rigieron, atizaron y sustentaron desde el Partido Liberal-Conservador, la Violencia en Colombia, con unos 300.000 muertos, desolación, arrasamiento, viudez, orfandad, miseria y persecución política y Sindical, Estado de Sibio; quienes como

jefes crearon el clima sectario en el Pueblo, a que se matara entre sí en razón de la Autodefensa Campesina y Popular y de la lucha cada vez más amplia de los Sectores Democráticos y Revolucionarios, encabezados por el Partido Comunista; ellos, en los Acuerdos de Benidorm y Stiges dicen: "Son empleados o aspirantes quienes promueven la violencia para defender sus cargos o la desatan para adquirirlos. A esa minoría insignificante y sólo con ciertas excepciones inepta, de debe el País muchos de sus dolores y puede anticipar que allí están los nuevos riesgos de otra ráfaga de violencia, si no se decide de una vez, a dar garantía constitucional al trabajo administrativo, hacer de esos ciudadanos funcionarios neutrales en la lucha política y crear por fin una carrera respetable y seria de especialistas en el manejo de los negocios públicos... una rama ejecutiva de coalición y cooperación de los partidos en la que se halle limitada hoy omnímoda del Presidente en la elección y despido de los funcionarios del Gobierno. Un primer límite tiene que ser la urgentísima creación de una Carrera de Servicio Civil que suprima el concepto de que el vendedor político tiene derecho a los despojos del vencido y a alterar de arriba a abajo la administración pública substituyendo a todos los Empleados por nuevos favoritos"(7).-

Como consecuencia de lo anterior la Junta Militar de Gobierno

no "interpretando la opinión nacional expresada en los Acuerdos Suscrito por los Partidos" convocó para el primer domingo del mes de Diciembre de 1.957 a un Plebiscito que en sus arts. 6º y 7º hace referencia a la Carrera Administrativa, en cuanto a los inscritos en ella, les está prohibido intervenir en política partidista y la filiación política estará ausente de la Carrera Administrativa.-

En desarrollo de los Acuerdos de Benidorm y Stiges se realizó la Reforma Plebiscitaria y se expidió la Ley 19/58.-

Esta Ley trata "Sobre Reforma Administrativa". Para nuestro estudio nos interesa el Capítulo II, del Servicio Civil y la Carrera Administrativa. Veamos:

a)SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA: De conformidad con el Plebiscito de 1.957 se organizarán el Servicio Civil y la Carrera Administrativa.-

b)REFORMA DEL C.R.P. Y M.: En función de: determinar el servicio civil; clasificar los servidores públicos y determinar los de Carrera; adopción de políticas de formación de cuadros; Organizar en los servicios públicos, las Comisiones de Personal; Señalar procedimientos y trámites de Decretos del Servicio Civil.-

c) DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL. DASC.: Se crea a fin de que tenga a su cargo:

a) Organización del Servicio Civil, la Carrera y la Comisión de Reclutamiento, Ascensos y Disciplina, compuesta por cuatro personas designadas paritariamente por el Presidente de la República para períodos de 4 años.-

b) Elaborar la Lista de Candidatos por méritos, cuyo criterio de Selección será el concurso mediante exámenes otales y escritos.

c) Ser Organismo de apêlación para resolver las diferencias laborales entre los Servidores Públicos y la Administración.-

d) SALA DEL SERVICIO CIVIL EN EL CONSEJO DE ESTADO: Crea en el Consejo de Estado una Sala consultiva, especializada, denominada: "Sala de Servicio Civil". Esta sala deberá rendir concepto sobre los Proyectos de Ley o de Decreto. Los Sindicatos de Servidores Públicos podrán tomar parte en las liberaciones de dicha Sala.-

e) EDICION Y REFORMA DE LA LEY 165/38 : La Carrera Administrativa

se aplicará en base a las reformas previstas para el C.R.P. y M. regula la estabilidad, los ascensos, traslados, procedimientos y recursos, estructura el régimen disciplinario; define las situaciones administrativas a fin de reglamentar el período de prueba, el servicio activo, las licencias, la disponibilidad, el servicio militar, las comisiones y el retiro; establece los requisitos para la supresion de cargos de la Carrera Administrativa.

f)NOMENCLATURA DE CARGOS Y ESCALA DE SUELDOS: Con base en la -
 Clasificación de los Empleos, ha de adoptarse una nomenclatura de Cargos y una Escala de Sueldos, a fin de uniformizar unos y otros.-

g)POLITICA PARTIDISTA Se prohíbe a los Servidores Públicos -
 ejercitar la política Partidista, así como a los Jefes indagar la, no debiendo ser ésta factor para la Inscripción de la Carrera Administrativa.-

h)ESCUELA SUPERIOR DE ADMINISTRACION PUBLICA. ESAP : Se crea la
 ESAP como Instituto Especializado para la educación, formación y perfeccionamiento de los servidores de la Administración Pública" (8).-

CITAS

CAPITULO III

- (1) Sentencia, Consejo de Estado, Sección II, Julio 12 de 1.976, Expediente N° 932, Consejero Ponente: Alvaro Orejuela Gómez.
- (2) El Espíritu del Derecho Administrativo, Editorial Temis, - 1.972, página 122.-
- (3) El Acto Administrativo, Quingráficas, 1.977, Página 105.-
- (4) Restrepo Piedrahita Carlos, "25 años de Evolución Política-constitucional" Univ. Externado, 1.976, Pág. 53.-
- (5) Diario Oficial N° 23930 Nov. 22 de 1.938.-
- (6) Pág, 77, Jounes Diego, "Derecho Administrativo Laboral", Ju nio 1.978.-
- (7) Younes Diego, ibid, Pág, 80.-
- (8) Diario Oficial N° 29835, Diciembre 9 de 1.958.-

CAPITULO IV

DERECHO A LA ESTABILIDAD

1.- CONTRATO INDIVIDUAL: No hay ningún inconveniente en consagrar la estabilidad propia en un contrato individual o pluriindividual de trabajo, de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad consagrado legalmente (art, 1197, Cód. Civil). Se trata de aumentar la protección legal de que ya goza el trabajador o de crearla en el caso excepcional que no la tuviera, lo que concuerda perfectamente con los principios básicos de nuestra materia; "el orden público laboral es invocable a favor, no en contra del trabajador, de conformidad con el principio protectorio del derecho del trabajo; las normas protectoras, laborales o de convenio, son mínimas".(1).-

Será una cuestión de hecho establecer si en un contrato individual se ha convenido la incorporación del derecho a la estabilidad propia. No será necesario emplear términos sacramentales, pero por cierto no deben quedar dudas de que este derecho especial ha sido efectivamente consagrado, debiendo surgir en forma clara la obligación patronal de mantener al empleado por un plazo cierto o incierto.-

En cuanto a la vigencia temporal del derecho, no hay impedimento para que las partes convengan cualquier plazo de dura

ción, que puede ser desde un corto lapso hasta el máximo posible, o sea hasta que el trabajador se encuentre en condiciones de obtener su jubilación ordinaria. (2).- En caso que se haya omitido establecerlo, estimamos que en principio debe considerarse que la estabilidad propia regirá por tiempo indefinido, o sea hasta que se jubile el trabajador. En todo caso se aplicarán los criterios que rigen la interpretación de los contratos en general, y los principios básicos del derecho del trabajador en particular.-

2.-CONTRATO A PLAZO: Conforme lo señaláramos anteriormente (artículo 15), el contrato de duración determinada, en cuanto obliga al empleador a no rescindir el contrato mientras tenga vigencia el plazo cierto o incierto pactado, constituye una fuente generadora de estabilidad propia, idéntica a la que se deriva de un contrato individual por tiempo indeterminado con cláusula especial. La única diferencia notable que existe entre una y otra situación es que a veces el plazo es bilateral, o sea que la obligación de no rescindir el contrato rige para ambas partes, diferencia que resulta intrascendente para nuestro estudio ya que ahora nos interesa únicamente las obligaciones que contrae el empleador y que, repetimos, son idénticas tanto en el caso que se pacte la estabilidad propia en un convenio individual como cuando se celebra un contrato a regir durante un plazo cierto

o incierto. Esa identidad torna aplicable a estos convenios de duración determinadas los conceptos que hemos expuesto en el número anterior al traer el contrato individual, y justifica que en adelante los estudiemos en forma conjunta.-

Es natural que en los contratos a plazo no se presente problema alguno respecto a la duración del derecho a la estabilidad propia; de ese acuerdo surgirá claro que el empleado tiene derecho a mantenerse en un empleo hasta el momento que venza el plazo cierto o incierto convenido.-

3.-CONTRATO COLECTIVO DE TRABAJO: La validez de los convenios que consagran la estabilidad propia deriva de la misma ley 14.250, en la medida que autoriza expresamente a modificar las disposiciones legales y normas contractuales siempre que lo sean en beneficio del trabajador (art. 6, 1er párr. y art. 7). Examinaremos ahora dos cuestiones de importancia que plantea esta clase de estabilidad propia convencional: cuándo debe entenderse que se ha conagrado este derecho y cuál es su vigencia temporal. Estudiaremos ambos supuestos por separado.-

A)CONFIGURACION DEL DERECHO: Por sus modalidades especiales, no siempre resulta fácil establecer en qué casos se ha con

sagrado el derecho a la estabilidad propia en los convenios colectivos. El principio general será el mismo que hemos aplicado al estudiar el contrato individual: de la cláusula respectiva debe surgir claramente el derecho del trabajador a conservar su contrato, con la correlativa obligación del empleador de no rescindirlo durante determinado plazo.(3). La forma de negociar los convenios colectivos exige un cuidado especial en la apreciación, ya que a veces lo aparente puede no ser real. Debe evitarse "sobre el sistema bastante difundido de usar términos ampulosos o imprecisos, que dan la impresión que se otorga algo más de lo que se concede en realidad. En el caso de los convenios colectivos puede intervenir otro factor: la habilidad de las partes contratantes, cada una de las cuales, en la imposibilidad de lograr un claro y leal consentimiento de la contraparte sobre un determinado punto, se conforma con introducir una cláusula equívoca que la contraparte acepta por considerarla neutralizada por otra disposición que ya fijara o espera insertar en el convenio"(4).-

Se acepta generalmente que las cláusulas normativas de los convenios colectivos, como sería la que incorpora la estabilidad propia, deben comprenderse conforme a los principios admitidos para interpretar la ley (5). Sin perjuicio de ello, estimamos que siempre debe tenerse presente que este tipo de cláusulas han si

do concertadas por dos partes contratantes, razón más que suficiente para aplicar también, en principio, los criterios generales que rigen la interpretación de los negocios donde exista a acuerdo de voluntades y, naturalmente, los principios que son pro prios del derecho del trabajo.-

B) VIGENCIA TEMPORAL: Uno de los problemas principales que ha planteado la estabilidad propia pactada en un convenio colectivo ha sido el de su proyección temporal, habida cuenta que el régimen legal exige que dicho acuerdo debe consignar expresamente su período de vigencia (art.2 inc,e, ley 14.250), que en la práctica nunca excede de uno o dos años. Esta situación es la que ha llevado a Deveali a considerar que la estabilidad conve nida "no puede proyectarse más allá del vencimiento del contrato colectivo", posición que ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina que ha estudiado el tema.-

Para superar el inconveniente planteado por la duración li mitada del convenio colectivo, que en la práctica reduciría los efectos de la estabilidad propia pactada a la mínima expresión, la doctrina ha propuesto diversas soluciones. Bogliano alude a la posibilidad de no considerar la fijación del período de vi gencia como requisito esencial y, dentro de la convención, pactar

el instituto de la estabilidad "sin convencimiento predeterminado" (ob. cit. pág. 44). Propuesta que es formulada sin ninguna convicción ya que, en definitiva el mismo autor propone, como mejor camino, establecer una cláusula penal que sustituya el derecho a la estabilidad propia (pág. 45).-

Tomando como base la idea de Bogliano, a la que ahora le encuentra sustento jurídico invocando la opinión de Juán D. Pozzo, Schujman llega a la conclusión de que es factible que la estabilidad propia produzca efectos hasta el momento que el trabajador se encuentre en condiciones de jubilar; a tal fin propone que se incorpore una cláusula a la convención colectiva "con la expresa mención de que la misma continuará vigente, aún vencido el término de carácter general del pacto, que la misma comprende los contratos individuales de los trabajadores que se incorporen en lo sucesivo a la actividad, y que la duración de la garantía se mantendrá hasta el trabajador adquiriera el derecho a la jubilación" (6).-

En otros términos, la cláusula de estabilidad propia pactada en un convenio colectivo puede ser modificada y aun eliminada, en cualquier momento, por otro posterior. De allí que no exista ninguna diferencia, en lo que a efectos futuros se

refiere, entre una cláusula que no establezca la duración de la estabilidad y la que la consagre hasta el momento de que el trabajador se encuentre en condiciones de jubilar, o de la que se pacte especialmente, dentro del mismo convenio, por tiempo indefinido. Siempre la cláusula de estabilidad propia subsistirá hasta que otro convenio posterior la derogue expresa o tácitamente, lo que importa constituir un derecho sujeto a una especie de condición resolutoria (7).-

Si se pide el cumplimiento la situación es análoga, sea que la estabilidad propia provenga de un convenio colectivo o de la ley; en ambos casos el Tribunal ordena la continuación inalterada del vínculo laboral, prosiguiendo el contrato produciendo sus efectos normales. Sin con posterioridad otra convención colectiva deja sin efecto la estabilidad propia, el empleador, que habrá recobrado así su poder rescisorio, podrá disolver el contrato con la sola obligación de abonar la indemnización por despido común; del mismo derecho gozará el empleador en caso de que una disposición legal deje sin efecto la estabilidad propia que había consagrado una ley anterior.-

Distinta situación se plantea cuando el trabajador acepta la rescisión del contrato; en el caso de estabilidad propia le

gal, la indemnización por daños y perjuicios deberá fijarse te niendo en cuenta que el empleado gozaba del derecho de conser var el contrato hasta el momento que vencía el plazo de estabili dad; se entiende que la derogación posterior del régimen legal de estabilidad propia no puede afectar su derecho adquirido a gozar del resarcimiento calculado conforme a la ley vigente en el momento de la rescisión (art.17, Const. Nac.). Pero en el ca so de estabilidad propia pactada en un convenio colectivo de vigencia de ese derecho estará condicionada a la posibilidad - más o menos cierta de que, en cualquier momento, las partes con tratantes pueden dejar sin efecto la cláusula respectiva; en con secuencia, esa derogación eventual, que funcionará según se di jo como una condición resolutoria, impide considerar que el empleado despedido ha tenido el derecho cierto de conservar el contrato hasta el vencimiento del plazo de estabilidad. De allí que cuando el trabajador ppte por la extinción del contrato no puede asimilarse sin más los efectos, en su proyección futura, de la estabilidad propia legal con la que deriva de un convenio colectivo; en el segundo caso, al calcularse la indemnización respectiva deberá necesariamente computarse esa posibilidad de rogatoria que no existe en la primera situación (1977, 1979)(8).-

A modo de conclusión podemos afirmar que, ya sea se fije

o no en el convenio colectivo el plazo de vigencia de la estabilidad propia, este derecho producirá plenos efectos hasta tanto no sea derogado por otro acuerdo posterior. Y si no se ha establecido ese plazo de vigencia (en caso afirmativo deberá estarse a lo que él disponga, salvo derogación posterior), el trabajador tendrá, en principio, derecho a conservar el contrato hasta obtener su jubilación ordinaria.-

4.-LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO PUBLICO Y PRIVADO :

ANTECEDENTES: Colcluiremos el estudio de los principios generales que gobiernan el derecho a la estabilidad examinando su compatibilidad con nuestra Constitución Nacional, de fundamental importancia en la medida que ésta contiene las normas básicas que otorgan validez al restante ordenamiento jurídico. Estudio que adquiere especial interés, debido a que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (al menos la mantenida hasta marzo de 1.976), ha reducido en la práctica, tanto la estabilidad del empleado público como el privado, a una simple indemnización por despido, según tendremos oportunidad de estudiarlo en el presente capítulo. (9).-

Son innegables las semejanzas y puntos de contactos que existen entre el contrato de trabajo privado y la relación de

empleo público (permanencia, carácter personal de la relación, remuneración, reglamentación del trabajo, etc.), lo que ha fa cilitado que determinados principios, propios de un contrato, se hayan extendido al otro, y viceversa, en una recíproca in fluencia beneficiosa para el desarrollo de ambos institutos.-

Entre esas instituciones "traspasadas" se encuentra el de recho a la estabilidad. Algunos países europeos comenzaron por receptorlo a principios del siglo en la relación de empleo pú blico, como una manifestación del Estado de Derecho; el acto administrativo que disponía la cesantía arbitraria era ilegíti mo, por tanto los Tribunales- judiciales o administrativos- de cretaban su nulidad y la reincorporación activa del agente. Es te concepto pasó después al derecho privado y las pocas legis laciones que lo admitieron previeron la conservación del contra to pero, adecuándolo al ordenamiento donde se insertaba, rechazaron la posibilidad de una reincorporación forzosa por tratarse de una obligación de hacer, conforme al conocido principio Nemo Ad Faciendum Cogi Potest .-

Según lo destacamos al estudiar los antecedentes del dere cho a la estabilidad, en nuestro país fue Devesali quien, por primera vez, propició la aplicación de los principios del dere cho público al contrato de trabajo privado, con la consecuencia

de declarar nulo el despido arbitrario, si bien se abstenía de proponer la reincorporación coactiva del empleado (artículo 200); siempre tomando como guía los principios desarrollados en el derecho público europeo, ya que en nuestro país no se había - consagrado aún, a excepción de algunas provincias, la estabilidad del empleado público. Señalamos también que a pesar de que Deveali revée con posterioridad su posición inicial, su propuesta tuvo una inmediata acogida en nuestra doctrina y jurisprudencia, y resultó de fundamental importancia para el desarrollo posterior de éste derecho, que pasó a individualizarse, siempre en el ámbito privado, como estabilidad propia, para diferenciarlo del régimen entonces vigente que limitaba el poder rescisorio del empleador mediante el pago de una indemnización tarifada (estabilidad impropia).-

Con la aparición de sucesivas leyes llamadas de racionalización o prescindibilidad, a partir del año 1.959 se fue haciendo cada vez más común acordar al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de dejar cesantes a los empleados públicos por razones de economía presupuestaria, reorganización y otros motivos que perseguían, al menos formalmente, una mayor eficacia administrativa; (10) las distintas normas legales previeron el pago de una indemnización en beneficio del personal afectado, parecida a la común por despido fijada en la ley 11.729,. Y a

medida que estas disposiciones dejaron de ser excepcionales para convertirse en normales, los empleados públicos pasaron a encontrarse regidos por dos regímenes distintos: de estabilidad, cuando al decretarse la cesantía se invocaba culpa del agente, y de inestabilidad cuando se lo separaba por cualquier otro motivo sin que se le imputara falta alguna, si bien se le reconocía el derecho a una "equitativa" indemnización.-

Es así como se fué identificando poco a poco la estabilidad del empleado público con la del trabajador privado: a la función pública se traspasó el concepto de despido con indemnización por antigüedad (estabilidad impropia), común en el derecho privado, mientras éste receptaba la idea, propia del empleo público, de la conservación del contrato por ineficacia del despido, si bien sin llegar a admitir la reincorporación efectiva (estabilidad propia). De allí que tanto la jurisprudencia como la mayoría de los autores admitan en derecho privado la existencia de una estabilidad propia e impropia, conceptos que con idénticos alcances se los emplea también en la relación de empleo público.-

En una posición extrema se han colocado quienes asimilan totalmente la estabilidad del empleado público con la protección contra el despido arbitrario que se acuerda al trabajador pri

vado, pero a nivel de la inestabilidad impropia, o sea considerando que en ambos casos la garantía contra la rescisión in justificada sede siempre ante el pago de la indemnización correspondiente.(11). La mayoría de la jurisprudencia se ha pronunciado en un sentido análogo, declarando que el artículo 14 (bis) de la Constitución ha consagrado a favor del empleado público la estabilidad impropia. Sobre todo la Suprema Corte de la Nación, venciendo inclusive la resistencia de algunos Tribunales inferiores, fue gradualmente aceptando, con alcance cada vez más general, la indemnización como sustitutiva del derecho a la estabilidad, coronando su doctrina en términos claros y categóricos: "resulta inobjetable la facultad de la administración pública para prescindir del personal que considere oportuno, en tanto le reconozca la indemnización suficiente, siendo irrelevante examinar las causas que pudieron inducir a las autoridades administrativas a la prescindibilidad del agente"(12). En el ámbito del derecho privado el mismo Tribunal también ha reducido el derecho a la estabilidad al pago de una simple indemnización por despido.-

5.-LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO PUBLICO Y PRIVADO.

POSICION DE LOS CATEDRÁTICOS:

Estimamos equivocada la posición que asimila, en nuestro

ordenamiento jurídico, la estabilidad del empleo público con la estabilidad del contrato de trabajo privado. A pesar de las evidentes analogías que existen entre ambas relaciones, el de re ch o a la con ser va ci ó n del empleo, asume una distinta na tu ra le z a, y por ende produce efectos también diferentes, en uno y otro caso, siendo decisiva la circunstancia de que en el v í n c u l o de empleo público del Estado sea una de las partes con tra ta n ta s.-

En efecto: toda la actuación del Estado se manifiesta por medio de actos administrativos que necesariamente deben con for m a r se, bajo pena de nulidad, al orden jurídico vigente. Si ile g a l m e n t e se separa a un empleado público que tiene el derecho a conservar su empleo, se ha dictado un acto ilegítimo que debe ser eliminado; como acertadamente se ha expresado, "garantizar la estabilidad de los agentes públicos no es otra cosa que re co no cer la existencia de un principio fundamental en todo Estado de Derecho: la juridicidad de los actos administrativos como for m a de desterrar la arbitrariedad" (13).-

Consecuencia ineludible de la anulación del acto ilegítim o es la continuidad del vínculo contractual y la re in co rp o r a ci ó n del agente, a quien debe restituirse al e j er c i c i o pleno de sus funciones. No existe otra alternativa ante el acto ad

ministrativo arbitrario, dado que nos encontramos frente a actos irregulares del Poder Administrador; si no fuera así, se daría el absurdo de que el Estado, indemnizando al cesante, podría sanear "la irregularidad de un acto viciado, en lugar de revocarlo o anularlo. Si el acto que dispuso la cesantía es irregular, jamás puede ser considerado como un acto del Estado, sino propio y personal del funcionario que se apartó de las prescripciones legales, y por ello faltaría la causa que justifique la indemnización por parte del Estado, frente a un acto que el mismo le desconoce su validez"(14). Además, agregamos por nuestra parte, si se aceptara que la indemnización funcione como "convalidante" del acto ilegítimo, se estaría incubriendo una inmoralidad, ya que fondos públicos aparecerían financiando la arbitrariedad de ciertos funcionarios, autorizándolos de antemano a emitir actos administrativos sin otro fundamento que su capricho personal.(15).-

Es decir, en la relación de empleo público no se concibe otra estabilidad que no sea la que produce los efectos de invalidar la cesantía ilegítima y, como natural consecuencia, la de obtener la reincorporación efectiva del agente afectado. El derecho a conservar el empleo del agente público, por cierto en los casos que lo consagre al ordenamiento jurídico de cada

país, no admite varias intensidades, como ocurre en el derecho privado, sino una sola e insustituible por lo que resulta inadmisibile aludir en el ámbito público a una estabilidad propia o impropia. (16).-

El derecho a la estabilidad del empleado público se asemeja a la estabilidad propia del contrato de trabajo en cuanto, en ambos casos, se preserva la existencia de la relación jurídica, negando eficacia al acto disolutivo, pero con la gran diferencia de que en la órbita privada no se asegura la reincorporación efectiva debido al principio general que impide ejecutar coactivamente las obligaciones de hacer (art. 629, Cód. Civil), diferencia que a su vez acarrea importantes consecuencias prácticas, según lo estudiamos oportunamente (op. cit. N. 10).-

Tampoco puede configurarse la estabilidad impropia en la relación de empleo público, concepto que resulta imposible trasladar desde el derecho privado. Efectivamente: uno de los propósitos básicos del derecho del trabajo es el de proteger al empleado de los abusos potenciales en que puede incurrir el empleador, y se materializan especialmente, como una de las formas o modo de protección, limitando sus facultades discrecionales de rescisión. (17). Y la estabilidad impropia, gene

ralmente a través del pago de indemnizaciones, constituye un instrumentó idóneó, aunque generálmente el menos efectivo, pa ra preservar la existencia del contrato en la medida que limi ta el poder rescisorio del empleador, agrediendo su patrimonio en caso que este vulnere el derecho del trabajador al conser var su empleo.(18).-

Por el contrario, en la relación de empleo público el pago de una indemnización, por alta que ella sea, no garantiza en lo más mínimo el derecho del agente a mantener su contrato; debido a que; necesariamente, la voluntad del Estado se manifiesta a través de la actuación de sus funcionarios competentes, en nues tro caso para extinguir la relación de empleo, estos últimos no ven limitado en absoluto el poder rescisorio que ejercen en for ma delegada, ya que la indemnización no la pagan ellos, de su peculio, sino que corre a cargo de los fónidos públicos. De esta manera el freno al poder rescisorio, propio del contrato priva do, no existe en el derecho público, imperando aquí una situa ción de inestabilidad y no de estabilidad, ni siquiera impropia, de ningún modo el derecho a la conservación del empleo (19).-

CITAS

CAPITULO IV

- (1) Justo López. Despido Cit. L.T. XXI pág 308.-
- (2) Bogliano. La Estabilidad Cit. pág 41.-
- (3) Schujman. El Derecho Cit. pág. 97.-
- (4) La Estabilidad. D.T. pág. 487, 1.951 (Bogliano).-
- (5) Guillermo Cabanellas. Derecho Normativo Laboral pág.382.-
- (6) Juan D. Pozzo "Norma Teórico Práctico de Derecho del Trabajo pág. 31 y 321.-
- (7) Código Civil Art. 543.-
- (8) Rodríguez Mancini. Fallo E.D.T. 43 pág. 595 y sig.).-
- (9) Acto para el Proceso de Reorganización Nacional Puntos 2,4.-
- (10) Las Primeras Leyes. 14.794 - 15.786- 16.432- 16.662.-
- (11) Manuel M. Diez. "Tratado de Derecho Administrativo".-T III P461
- (12) Luqui "La Estabilidad" T.139 pág. 68.-
- (13) Luqui Ob Cit. Nota Anterior.-
- (14) Ricardo Mercado Luna. Declaración de Prescindibilidad 1.960 pág. 179 y sig.-
- (15) Luqui, ob Cit pág. 70.-
- (16) Justo López "El Derecho Conf. Cit. L.T, TXV pág. 657 y Sig.-
- (17) Ibidem.-
- (18) Ibidem.-
- (19) Ibidem.-

CONCLUSION

No se vislumbra, en verdad, otro mecanismo para facilitar el transito del régimen de la libre disposición nominadora-o facultad discrecional de nombrar y despedir- al de la carrera administrativa, que en su pleno imperio debe significar la erradicación de las prácticas bárbaras de manejar y administrar la burocracia como botín o trofeo del vencedor electoral de turno. El desplazamiento del personal actualmente vinculado no es practicable y la sola expectativa de su retiro ha sido uno de los factores que - ha impedido - e impedirá - la instauración de la carrera. Sin embargo, la norma extraña múltiples repercusiones políticas, y su discusión debe abrir la puerta a los acuerdos correspondientes entre las colectividades partidarias, de cuyas filas ha provenido el contingente ahora inscrito en la nómina del Estado.-

Tras la lectura cuidadosa de los artículos 5,6 y 7 de la Reforma Plebiscitaria se desprende la inequívoca conclusión de que tan imperativo es el mandato para establecer un sistema de administración de personal basado en el mérito, la antigüedad y la igualdad de oportunidades en la nación como en las áreas de departamentales y municipales. El derecho que se reconoce a los asociados para obtener las garantías y los beneficios de una administración pública eficiente no admite paréntesis ni exclusio

en ninguna de las manifestaciones organizativas del Estado.-

Desde otro punto de vista, sería incongruente aceptar las conveniencias de la Carrera Administrativa en el orden nacional, negando, a renglón seguido, su necesidad en el orden seccional. Aún más, una aplicación del régimen de la carrera registrada al primer orden tendría como efecto someter al personal empleado en Departamentos y Municipios a una implacable rebatijas entre grupos y subgrupos políticos. Se perdería así la posible función de impacto demostrativo que se pudiera derivar en la medida en que la carrera, al ir avanzando en el ámbito nacional, se constituye en ejemplo aleccionador entre los subsecuentes niveles de la administración pública.-

La implantación y el desarrollo de la Carrera Administrativa en los ámbitos departamentales y municipal exige el funcionamiento de organismos especializados de carácter técnico, pues la carrera es algo más que la vinculación masiva al servicio público de un determinado número de funcionarios, amparados por la inamovilidad. Como institución que tiene que ver directamente con el funcionamiento del Estado, la carrera procura garantizar una administración idónea y eficiente, por medio del perfeccionamiento continuo de los recursos humanos que conforman la planta gubernamental. Lograr este objetivo supone llevar a cabo labores

complejas en la selección, evaluación, adiestramiento, promoción y control disciplinario del personal de carrera, y hace imperiosa la actividad de una dependencia que realice aquellas tareas, con el auxilio de los adelantos de la administración moderna.-

El conjunto de reglas que disciplinan los concursos, en lo atinente a su convocatoria, calificación y control, el período de prueba, la inscripción en la carrera, y el mecanismo de evaluación y calificación del personal escalafonado ha sido concluído para imprimir una verdadera dinámica a la implantación real de la carrera, a través de un proceso de descentralización funcional, previsto para poner a cargo de cada organismo o entidad la máxima responsabilidad en la administración del personal a su servicio. De todos modos, el Departamento Administrativo del Servicio Civil ejercitará importantes funciones como agencia a la que se le encomienda el control de los organismos que deban aplicar las normas de la carrera.-

La paridad política dejó de regir, por mandato constitucional, desde el 7 de Agosto de 1.978. A partir de ésta fecha rige el principio jurídico-político de la participación adecuada y equitativa, (C.Nom, art.120, 1º párrafo.). En consecuencia, el establecimiento de la paridad en cualesquiera organismos de la administración requiere reforma previa de la Carta, pues una

simple norma legal estaría en pugna con el susodicho precepto constitucional.-

La tridivisión de poderes delimita el campo de las competencias de los legisladores. Réiterada jurisprudencia de la Corte y el Consejo de Estado sostiene que los congresistas no pueden ejercitar funciones propias de la Rama Ejecutiva; por tanto, no se ajusta a la normatividad constitucional la función que se atribuye a los parlamentarios de postular nombres para que con ellos se integren organismos de la administración (ibidem, art. 55 y 78- 2ª.).-

Es de la más alta conveniencia erradicar una práctica tan viciosa para financiar movimientos políticos, que no partidos. La contribución mensual de los empleados tiene más los visos de la ofrenda del vasallo al señor de horca y cuchillo, de la exacción tiránica, que de la voluntaria y generosa dación a una causa noble. Tal aporte se ha vuelto una contraprestación periódica al dispensador del cargo quien, a su vez, lo contabiliza y aplica como un provento derivado de su poder político personal precisamente para incrementarlo y perpetuarlo. Ello explica el que los partidos hubieran perdido su estructura organizativa y ahora se encuentren atomizados en tarifas o señoríos ominosos, a cuyo rededor una tímida y grey cautiva se constreñida

a tributar cada treinta días una porción de su ingreso menos que módico a fin de no caer en el dantesco círculo del desempleo - inexorable.-

!!El derecho disciplinario tutela la lealtad que los servidores públicos deben tener para con la administración oficial. Esa lealtad tiene dos vertientes: la una hace relación al estricto cumplimiento de los deberes que el servidor público tiene a su cargo, a efecto de que la administración no sufra perturbaciones en su funcionamiento, o sea, que los servicios públicos funcionen normalmente; la otra apunta hacia el comportamiento social de los servidores públicos, a fin de que el decoro de éstos no sufra desmedro.-

La administración pública resulta lesionada, de manera directa, cuando sus servidores no cumplen a cabalidad los deberes inherentes al servicio a su cargo, de tal manera que los usuarios sufran las consecuencias de su mal funcionamiento. En cambio, no obstante que tales servidores cumplan tales deberes, la administración sería perjudicada, de manera indirecta, cuando sus funcionarios actúan dentro del ámbito social de manera indecorosa, porque el prestigio del Estado se ve seriamente mermado cuando sus funcionarios han adoptado una conducta incompatible con

su misión. Esa conducta desviada puede consistir en la comisión de delitos y contravenciones, o en comportamientos contrarios - a los buenos usos sociales, tales como ejecutar acciones inmorales, que acarreen la desaprobación social". (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 21- X 76, en Foro Colombiano, Tomo XV, Nº 90, p.554).-