

APLICACIÓN DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL AL TRABAJO EN ENTIDADES ESTATALES

Ilma Sonia Escalante Henao. *

RESUMEN

El propósito de este Artículo es analizar si en las relaciones laborales de las entidades públicas debe prevalecer la sostenibilidad fiscal o el derecho al trabajo en condiciones dignas, partiendo del argumento de que en la Constitución Colombiana este derecho fue catalogado como derecho fundamental.

Para esto se definirá el derecho al trabajo, se revisará cómo en Colombia se ha catalogado como un derecho constitucional y fundamental. De igual manera, se describirán las formas de vinculación de los servidores públicos y trabajadores en las entidades públicas. Por último, se definirá la sostenibilidad, indicando si fue adoptado como principio o criterio y su aplicación frente a la protección al derecho al trabajo.

Se realiza una revisión sistemática en las bases de datos jurídicas y páginas oficiales con relación a la normatividad y jurisprudencia actual en Colombia, al igual que la doctrina concerniente.

Para finalizar, se concluye que siguiendo lo manifestado en la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia, el Estado, a través de sus entidades, no podrá bajo ninguna circunstancia, invocar la sostenibilidad fiscal para vulnerar los derechos fundamentales; en este caso, el derecho al trabajo.

* Administradora en Salud y Abogada de la Universidad de Antioquia. Secretaría de Salud de Medellín. ilma.escalante@udea.edu.co. El Artículo se presenta para optar por el título de especialista en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Palabras claves: Derecho al trabajo, Derechos Fundamentales, Entidades Estatales, Proporcionalidad, Sostenibilidad Fiscal.

SUMARIO

Introducción. 1. NATURALEZA DEL DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL, APLICADO A LAS ENTIDADES ESTATALES. 2. FORMAS DE VINCULACIÓN DE LOS SERVIDORES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS. 3. PROPORCIONALIDAD ENTRE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL Y EL DERECHO AL TRABAJO. Conclusión. Referencias Bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

En Colombia se evidencia una problemática de violación de derechos laborales asociada con la contratación por prestación de servicios, lo cual en los últimos años se ha acrecentado de manera acelerada, tanto en el sector privado como en el público.

Desafortunadamente y contrario a lo consagrado en la Constitución de 1991 este fenómeno de informalidad laboral ha tocado fuertemente las entidades gubernamentales.

Para el caso de este artículo, se pretende determinar la forma en que las entidades estatales vinculan al personal que presta los servicios, en ocasiones de forma inadecuada. Incluso, en algunas entidades las plantas de cargo son de menor personal que las personas que se contratan por prestación de servicio o por intermediación a través de cooperativas o sindicatos. Se desconoce el artículo 125 de la Constitución donde claramente se expresa que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, exceptuando los de elección popular, libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales.

Para el logro de la elaboración de este artículo, se efectuó un rastreo documental en el que se tomaron como base la Constitución Política de 1991, las leyes y decretos que

rigen en materia laboral pública, la jurisprudencia y la doctrina. Estos documentos fueron encontrados luego de realizar un rastreo bibliográfico en las bases de datos, revistas de derecho y consultar libros con información pertinente.

En este artículo se pretende realizar una breve descripción sobre la forma de contratación en las entidades estatales en Colombia y su posible vulneración basados en el principio de sostenibilidad fiscal. En el primer capítulo se abordarán las nociones más relevantes del derecho al trabajo y sus principales características; se establecerá por qué la Constitución de 1991 y la jurisprudencia describen el derecho al trabajo como un derecho de carácter constitucional y fundamental. En este mismo sentido se señalará la obligación que tiene el Estado de garantizar a todos los trabajadores que presten sus servicios en las Empresas Estatales condiciones dignas y con plenos derechos laborales.

En el segundo capítulo se describirán a la luz de la normatividad vigente las formas de vinculación de los servidores públicos, que deben cumplir las entidades estatales.

Finalmente, se analizará conceptualmente el principio de sostenibilidad fiscal y su impacto en la aplicación sobreponiendo la observancia que debe hacer para proteger y salvaguardar el derecho fundamental al trabajo. Este análisis permitirá la elaboración de conclusiones con respecto a si debe prevalecer la adecuada vinculación del personal de las entidades públicas o el principio fiscal y financiero que exponen dichas entidades para no garantizar los derechos laborales de sus empleados.

1. NATURALEZA DEL DERECHO AL TRABAJO COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL, APLICADO A LAS ENTIDADES ESTATALES

En este capítulo se aborda la naturaleza del derecho al trabajo, hasta llegar a determinar su rango de derecho fundamental. Para esto, se define el derecho al trabajo,

según el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (General, 1966), como:

El derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

En la definición anterior, se puede retomar que el derecho al trabajo es de toda persona, en condiciones de igualdad, sin importar condiciones especiales como ciudadanía, creencias, preferencias políticas, entidad para la cual trabaje. También se rescata de la definición que por el derecho al trabajo las personas deben recibir un salario equitativo y en condiciones iguales, sin ningún tipo de distinción.

Una de las características de la naturaleza del derecho al trabajo, se evidencia desde el preámbulo de la Constitución Política de Colombia de 1991, se declara como uno de los propósitos de la reforma constitucional “asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz[...]”. Lo que significa que la Carta Constitucional, le otorga al trabajo la calidad de principio fundante del Estado Social del Derecho.

De la misma manera se puede observar otra particularidad del derecho al trabajo, que le confiere categoría de principio rector del ordenamiento jurídico, como se evidencia en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia (1991), donde se expresa:

La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

Se puede evidenciar en este apartado de la Constitución, la forma en que se establecen e imponen unas reglas mínimas en materia de derecho laboral, que deben ser reconocidas por las normas legales en todas las circunstancias, buscando siempre la protección de los derechos de los trabajadores.

En contexto con un objetivo de este artículo, enmarcar el derecho al trabajo en la categoría de derecho fundamental, y teniendo en cuenta uno de los criterios de interpretación como la ubicación y denominación, según Acuña (2010) quien afirma que: “[...] La Constitución está organizada en títulos y capítulos que agrupan temas afines y permiten su estudio”, ubicamos el derecho al trabajo en el Título II, de los derechos, las garantías y los deberes; Capítulo 1, de los Derechos Fundamentales, el artículo 25 de la Constitución Política de Colombia, 1991, que enuncia: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”. Lo que permite distinguir de manera clara y contundente el rango de derecho fundamental que se le da en Colombia al derecho al trabajo, lo cual lleva consigo la obligación estatal de velar por su protección, tanto para hacerlo cumplir a los empleadores y con igual compromiso cumplirlo con sus servidores.

Ahora bien, resulta importante establecer, como lo indica Higuera (2007): “[...] la realización del derecho al trabajo, como derecho económico, social y cultural, está determinado por el grado de desarrollo del país y por factores económicos como políticos, es claro que existe un contenido básico del derecho al trabajo el cual refiere unos elementos mínimos que no pueden ser desconocidos y que deben ser siempre garantizados [...]” que el derecho al trabajo debe ser protegido por encima de cualquier circunstancia, incluyendo factores económicos que puedan presentarse y que pongan en riesgo la protección de los trabajadores a sus derechos mínimos.

Es importante determinar, que el derecho al trabajo es considerado un derecho social, y ha existido una discusión sobre el trato que debe darse a éstos, y si son merecedores o no, de catalogarse cómo derechos fundamentales, al respecto Avendaño (2014) hace la siguiente afirmación:

La respuesta que se dé a la pregunta de si los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales, a partir de la discutible teoría genética de los derechos, tiene profunda repercusión en la práctica jurídica. La Constitución de 1991, incluye los derechos fundamentales, el listado de tales derechos no está cerrado; se ha superado la perspectiva monista (identificándolos sólo con los derechos de libertad) y hoy se admite la visión dualista donde también son derechos fundamentales los derechos prestacionales.

Otra manera de abordar la discusión de la categorización del derecho laboral, como derecho social, tal como lo describen Cuartas & Urrego (2017):

Desde la perspectiva de Alexy los derechos sociales son tan importantes para el derecho constitucional, que la decisión de su otorgamiento o no, no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria. De acuerdo con esta fórmula, la cuestión acerca de cuáles son los derechos fundamentales sociales que el individuo posee definitivamente, es una cuestión de ponderación de principios y no de simple consideración política o económica. (pág. 53)

Lo cual nos permite inferir, que independientemente de la manera en que se haga la ubicación del derecho al trabajo en las constituciones y de la clasificación que realice la doctrina al respecto, lo verdaderamente rescatable de la discusión es que es un derecho de los individuos que exigen del Estado su atención y protección.

En consecuencia, con lo descrito anteriormente, es significativo destacar lo expresado por la Corte Constitucional “Dentro de un orden jurídico, político y social como el concebido por el Constituyente de 1991, El Estado tiene como fin primordial asegurar la dignidad humana y el respeto por los derechos fundamentales”. (Corte Constitucional. 2015, Sentencia T-324)

Por tanto, se puede expresar, sin temor alguno, que es una obligación del Estado asegurar y velar por el cumplimiento de los derechos fundamentales; en este caso el derecho al trabajo. En tal sentido, se delibera de manera problemática en el papel que tiene el Estado no sólo por garantizar que los empleadores garanticen el derecho al trabajo digno de sus trabajadores, sino más aún en su papel como empleador debe propender que en todas las entidades públicas donde existan servidores que prestan sus funciones y que ayudan al Estado al cumplimiento de sus fines esenciales, estas relaciones reglamentarias y contractuales deben estar enmarcadas en la legalidad y con garantía de protección a derechos laborales. En concordancia con esta posición, Vergara (2015) determina:

La función pública guarda una gran variedad de sentidos, y por eso aquí se la entiende como el conjunto de instituciones que explican y ordenan la gestión del personal que presta sus servicios al Estado, lo cual significa que no es nada distinto de un campo en el que se configuran verdaderas relaciones de trabajo, sujetas eso sí a una serie de regulaciones especiales que se justifican en la actividad de interés público que es cumplida por el Estado, quien funge en estos casos como empleador. (pág. 177)

Para cumplir su papel de empleador, el Estado debe establecer en su ordenamiento jurídico, la manera de vincular a las personas naturales que van a prestar sus servicios, ya sea en relaciones contractuales de trabajo o en relaciones estatutarias de trabajo. En el capítulo siguiente se describirán esas formas de vinculación, que están consagradas en la Constitución y la Ley.

2. FORMAS DE VINCULACIÓN DE LOS SERVIDORES DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Si se parte de la idea que el Estado para cumplir sus funciones requiere vincular personas naturales que presten sus servicios, escenario que lo ubica en la función de empleador, por tanto, tiene la obligación legal de definir los mecanismos idóneos y competentes que le permitan concertar sus relaciones laborales.

En el entendido que como empleador el Estado debe mirarse como una empresa, de la cual muchas personas esperan ser parte, y que el ingreso a ésta por lo general era un mecanismo politizado y no meritario, la Constitución Política de 1991, ofreció algunas garantías a las personas que deseaban convertirse en empleados y trabajadores del Estado, debido a que constitucionalizó el derecho al trabajo y la función pública, lo cual facilitó un cambio en la manera de proveer los empleos públicos que en su mayoría eran ofertados a conveniencia de los políticos y gobernantes que tuvieran el control gubernamental y político en el momento. Como lo expone Vergara (2011):

Se podría de decir que, hasta la expedición de la Carta Política de 1991, los ingresos automáticos a la carrera (por ventanilla siniestra), alentados por prácticas corruptas, prácticamente abarcaron la gran proporción de los cargos públicos dentro del Estado, siendo mínimas las provisiones de los mismos por concurso público de mérito. (Pág. 11).

Basados en lo anterior, quienes prestan sus servicios a las entidades estatales son catalogados como servidores público, el artículo 123 de la Constitución Política (1991), define como servidores públicos: “[...] los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios [...]”, para el objeto de este artículo se enfocará en describir los empleados y trabajadores del Estado y la forma en que se estipula la relación contractual y reglamentaria de éstos.

Inicialmente, abordaremos el concepto de los trabajadores oficiales, si bien no hay una definición precisa en la norma, el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, presenta como trabajadores oficiales a las personas que desempeñan labores de construcción y sostenimiento de obra públicas; igualmente a “[...] las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado [...]”, teniendo en cuenta que en los estatutos de dichas empresas y por plena voluntad, se puede definir que los cargos de dirección y confianza, pueden otorgárseles la calidad de empleados públicos.

Es de anotar, según el Departamento Administrativo de la Función Pública, en Concepto 44171 de 2019, [...] el régimen jurídico que se aplica a los trabajadores oficiales, es en principio de derecho común, y los conflictos laborales son de competencia de los jueces laborales [...]. Además, afirma en el mismo concepto 44171 de 2019:

[...] Si el servidor público tiene un contrato de trabajo, se trata de un trabajador oficial y su régimen legal será el establecido en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o en el reglamento interno de trabajo, y por lo no previsto en ellos en la Ley 6 de 1945, al Decreto 1083 de 2015 y demás normas que lo modifican o adicionan [...]

De otro lado, se encuentran los empleados públicos, quienes de la misma manera que los trabajadores oficiales, no cuentan con una definición contenida en la Ley o la Constitución, simplemente en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, se hace alusión que: “[...] las personas que prestan sus servicios en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos [...]”. De lo cual se deduce que debido a la descentralización administrativa hizo que se extendiera por analogía el concepto a los entes territoriales: departamentos, municipios, provincias y sus entidades descentralizadas.

Sin embargo, la Ley 909 (2004), en su artículo 1, permite hacer un acercamiento más acorde a una posible definición de empleado público: “[...] quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y

entidades de la administración pública, conforman la función pública [...]”, este aparte indica, en principio, que quienes prestan sus servicios al Estado en la rama de la administración pública, son catalogados empleados públicos.

Las relaciones laborales de los empleados públicos y el Estado, son de tipo legal y reglamentaria, están regidas por el Derecho Administrativo. Por tanto, no existen contratos de trabajo, sino que su vinculación se realiza a través de actos administrativos y como lo ordena el artículo 122 de la Constitución Política (1991), “[... Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumban [...]”

Ahora bien, como lo estipula el artículo 125 de la Constitución Política (1991), “[...] los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, lo de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley [...]”, lo cual nos permite deducir que la regla general para la vinculación de los empleados públicos es la carrera administrativa. Sin embargo, se hacen algunas excepciones según mandato legal, en el caso de los funcionarios de nombramiento, los de período fijo y los de empleos temporales.

Para empezar a disgregar las formas de vinculación de los empleados públicos, se refiere a los de período fijo, los cuales están descritos taxativamente en la Constitución y la ley, como es el caso de personeros, contralores, jefes de control interno, gerentes de Empresas Sociales del Estado, entre otros. Lo cuales son nombrados mediante acto administrativo, y su elección se presenta ya sea por concurso o a voluntad del jefe de la entidad, según sea el caso de su naturaleza y el mandato legal.

Otro tipo de empleado público son los que ocupan empleos de libre nombramiento y remoción, éstos son nombrados mediante acto administrativo emanado del superior

jerárquico y/o jefe de la entidad, deben tomar posesión del cargo para ejercerlo. Su clasificación está detallada de manera taxativa en el artículo 5 de la Ley 909 (2004):

- a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así: ...
- b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así: ...
- c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;
- d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.
- e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;
- f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo...

Por tanto, los funcionarios que ocupen los empleos descritos anteriormente, no deben presentar concurso público, debido a que su nombramiento es facultativo y discrecional del jefe de la entidad.

Para continuar con la clasificación, se refiere a los empleos que son provistos mediante el sistema de carrera administrativa, que como se dijo anteriormente es la regla general para proveer los empleos públicos en Colombia. Igualmente son nombrados mediante acto administrativo, pero no a discrecionalidad de otro funcionario, sino como resultado de su mérito y cualidades que debe demostrar en el concurso público. El concurso público debe realizarse a través de la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad creada bajo orden expresa del constituyente, quien en el artículo 130 facultó su creación. El artículo 7 de la Ley 909 (2004) la define:

Es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

En esta Comisión recae toda la responsabilidad de organizar y dirigir los concursos públicos de las entidades estatales que tienen empleos de carrera administrativa. Todos los requisitos y trámites del concurso están previstos en la Ley 909 de 2004.

Es necesario, hacer una claridad con relación a la figura de nombramiento en provisionalidad en cargos de carrera administrativa, la cual se emplea en casos que las entidades no hayan realizado concurso público para proveer sus empleos de naturaleza de carrera administrativa; o en casos que los concursos hayan sido declarados desiertos; o en casos que los concursos internos de las entidades, producto de vacancias temporales, no se hayan podido suplir por mérito.

Otra manera en que el Estado puede contratar personas para desempeñar funciones, pero no es una relación laboral, es a través de los contratos de prestación de servicio, estipulados en el artículo 32 de la Ley 80 (1993):

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Como lo indica el aparte anterior, estos contratos no crean ningún vínculo laboral. Por tanto, no hay lugar a prestaciones sociales, y fueron establecidos sólo para actividades que no pudiera realizar el personal de planta de las entidades. Es decir que no son empleos ya que por lo general es para actividades que requieran conocimientos especializados. Otra condición que requiere especial atención es que por no establecerse un vínculo laboral no hay lugar a subordinación, la persona que se contrata se le encomienda una tarea para que la desarrolle en un tiempo estipulado, pero sin necesidad de cumplir órdenes ni horario.

Contrario a lo estipulado en la norma, algunas entidades han visto en esta figura la manera de contratar personal para el desarrollo de actividades, sin necesidad de crear empleos ni recurrir a las formas adecuadas de vinculación laboral. Llegando incluso a superar el número de personas contratadas por prestación de servicio. Según estudio realizado por FASECOLDA, como lo afirma Pérez (2019), sostiene que:

Según las cifras de la Función Pública y la Comisión del Gasto, el empleo público total asciende a 1.4 millones de personas. Sin embargo, dicho estudio revisó las bases de datos de riesgos laborales de quienes se declaraban servidores públicos y encontró que en el 2017 eran 1.13 millones de personas, a los cuales se agregan 412.000 militares y 323.000 maestros oficiales, quienes tienen un régimen especial, para un total de 1,86 millones de servidores públicos. Se destaca que de los 1.13 millones, aproximadamente 663.000 son contratistas del Estado.

Lo anterior da cuenta que, en las entidades públicas, a través de los contratos de prestación de servicios se está fomentado la creación de nóminas paralelas, que llevan consigo el aumento de la informalidad laboral, vulneración de derechos laborales, incremento de clientelismo y corrupción, debido a que no se crean los empleos para no reconocer las prestaciones sociales, situaciones que la mayoría de veces se justifican basados en el criterio de sostenibilidad fiscal al que deben acogerse las entidades públicas para garantizar su viabilidad.

3. PROPORCIONALIDAD ENTRE LA DE SOSTENIBILIDAD FISCAL Y EL DERECHO AL TRABAJO

En las Constituciones Políticas modernas surge un concepto de constituciones económicas, que propenden por buscar el equilibrio financiero de los Estados frente a la búsqueda de los fines estatales y el manejo adecuado de los recursos económicos con que cuenta. A esto hace referencia Guerrero (2012) cuando indica:

La introducción de normas, con categoría de principios constitucionales, por las que viene abogando la corriente del pensamiento económico fiscal aludido, se direccionan a que las mismas propicien la moderación y la prudencia en los gastos,

que no es cosa diferente a introducir una limitante a la garantía, al reconocimiento, al goce efectivo de los derechos fundamentales. (Pág. 83).

De lo expuesto anteriormente, se empieza a estimar que el criterio económico y fiscal para entrar a regir en el ordenamiento jurídico, intenta menoscabar la protección de derechos fundamentales, buscando una categorización de principios a criterios fiscales. Razón que lleva a Guerrero (2012) a determinar: [...] los teóricos del derecho de la hacienda pública aspiran a que el principio de equilibrio presupuestal o sostenibilidad fiscal sea considerado por normas de la más alta jerarquía [...]

Colombia no ha sido ajena a este proceso, por iniciativa del Gobierno en el año 2011 y con el Acto Legislativo 03, se modificó el artículo 334 de la Constitución Política, y además se creó una Ley que desarrollaba este artículo, atendiendo lo que Guerrero (2012) expone:

Dado que, en Colombia, a juicio de los análisis económicos del Gobierno, las decisiones judiciales, incluidas las de la Corte Constitucional y demás altas cortes, al garantizar derechos vienen atentando contra el equilibrio presupuestal y el modelo económico, han obligado al congreso de la República a expedir una ley sobre sostenibilidad fiscal (“regla fiscal”) para limitar, en términos presupuestales, no solamente las decisiones administrativas, sino también las jurisdiccionales. (Pág. 84).

En el mismo sentido, Villota (2012) describe los alcances que pudieron presentarse con la reforma legislativa de la Constitución Colombiana:

[...] Con la reforma constitucional que involucra el Principio de la Sostenibilidad Fiscal en Colombia, el debate es amplio sobre todo si se analiza a la luz de su impacto y los retos que se generan de un lado para garantizar la estabilidad macroeconómica del país y de otro lado la garantía y la progresividad de los Derechos Fundamentales, en desarrollo del precepto constitucional del Estado Social de Derecho [...] (Pág. 49).

Con el fin de alcanzar herramientas que permitan identificar que prelación debe dársele a la sostenibilidad fiscal o al derecho fundamental al trabajo, se considera necesario tratar de conceptuar y definir algunos elementos de la sostenibilidad fiscal.

Inicialmente, se expone que no existe una definición unívoca que permita deducir que es sostenibilidad fiscal, sin embargo, como lo describe la Sentencia C-753 de 2013:

Desde la doctrina económica se reconoce que no existe una única definición de la sostenibilidad fiscal, sin embargo, en términos generales, es posible describirla como la capacidad de un gobierno de hacer frente a sus obligaciones de pago y de mantener la estabilidad macroeconómica². Específicamente, se ha señalado que este criterio tiene como fin disciplinar las finanzas públicas para reducir el déficit fiscal limitando la diferencia entre los ingresos nacionales y el gasto público

Por su parte, Ayala (2017), expone algunos criterios que permiten tener otro enfoque sobre la sostenibilidad fiscal;

[...] se consideró que “la sostenibilidad fiscal, no es ni un derecho, ni un principio constitucional, ni representa un fin esencial del Estado. Tampoco persigue fines autónomos, ni establece mandatos particulares, por lo cual se define como un criterio que orienta a las autoridades de las diferentes ramas del poder para asegurar el cumplimiento de los fines del Estado. Por lo anterior, no puede sobreponerse a la efectiva garantía de los derechos consagrados en la Constitución ni contradecir el núcleo dogmático de la misma” [...] (Pág. 43).

De la misma manera, en el salvamento de voto de la Sentencia SU 140 de 2019, la magistrada Diana Fajardo Ramírez, enfatiza en darle a la sostenibilidad fiscal unos parámetros que ayudan a determinar que éste no puede ser visto como principio constitucional, en relación a esto describe:

La importancia de entender que el criterio de sostenibilidad es un medio, una herramienta, para llegar a fines constitucionales como el goce efectivo de los derechos fundamentales, es que implica aceptar que no se puede limitar el contenido constitucional de los derechos, por proteger autónomamente la sostenibilidad fiscal como si fuera en sí misma un principio o una regla de la Carta Política.

De la misma manera, es claro desde la constitución en el párrafo del artículo 334: “[...] bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos

fundamentales [...], es por ello que en el salvamento de voto de la magistrada Diana

Fajardo Ramírez, indica:

Bajo el orden constitucional vigente, un Estado Social y democrático de derecho basado en la garantía efectiva de la dignidad humana, la definición de un derecho fundamental no puede estar delimitado por la sostenibilidad de las políticas públicas de las cuales el goce efectivo de éste dependa.

Igualmente, insistiendo que no se debe elevar la sostenibilidad fiscal a rango de principio constitucional, la magistrada Fajardo, expone:

La Corte constató que durante el debate parlamentario se consideró la posibilidad de que la Constitución dijera: “*bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales.*” Explícitamente el Congreso de la República decidió cambiar ese texto y no establecer la sostenibilidad fiscal como un principio constitucional.

Entendiendo la sostenibilidad fiscal como criterio y no como principio, queda claramente entendido que no es posible ponderar la sostenibilidad fiscal con la protección de derechos fundamentales, en el caso específico: derecho fundamental al trabajo, tal cual lo enuncia la magistrada Diana Fajardo Rivera, en su salvamento de voto en la Sentencia SU 140 de 2019:

El tercer aspecto de la fundamentación de la sentencia del cual me aparto, es suponer que el criterio de sostenibilidad financiera del sistema pensional es un principio constitucional que permite al juez de tutela ponderar y restringir la protección del goce efectivo de los derechos fundamentales de las personas y justificar su restricción, de forma abstracta y sin consideraciones a su situación particular.

Al respecto Ayala, también afirma que:

[...] sentencia T-832A, la Corte Constitucional explica que: ...la cláusula de Estado Social de Derecho, los fines esenciales del Estado y los derechos fundamentales integrados en la parte dogmática de la Constitución priman sobre los criterios de sostenibilidad, pues estos últimos se subordinan a los primeros en tanto mecanismos de realización o efectividad de aquellos. De ahí que no es posible asegurar que los elementos de sostenibilidad como criterios orientadores de la actividad estatal deban ponderarse en los casos

concretos con los principios constitucionales fundamentales, pues carecen de jerarquía normativa suficiente para confrontarlos [...] (Pág. 43).

Ahora bien, revisada la jurisprudencia no se encuentra sentencias donde se pondere el derecho al trabajo, en relación a las contrataciones de prestación de servicio de las Entidades Públicas, con la sostenibilidad fiscal; los casos de mayor incidencia en las sentencias son los relacionados con los derechos fundamentales a la seguridad social: pensiones y salud, reconocimiento a indemnizaciones de víctimas y en relación a pago de conceptos laborales en la declaratoria de insubsistencia en un empleo de provisionalidad.

Igualmente se evidencia que el alcance de la sostenibilidad fiscal, ha sido entendido sólo cuando se deben proteger derechos fundamentales en colectivo, es decir, destinar recursos para invertirlos en salud, educación; pero poco se ha aplicado de forma individual, sin necesidad de que las personas tengan que llegar a la jurisdicción a reclamar su protección.

Lo anterior abre el panorama sobre la necesidad de realizar un estudio más detallado de los fallos de los jueces ante la vulneración del derecho al trabajo, por razones de reconocer falta de recursos económicos de las entidades públicas.

CONCLUSIÓN

En este artículo, se presentaron argumentos para determinar las características y naturaleza del derecho al trabajo, determinando el rango constitucional que se le ha otorgado en Colombia.

Así mismo, se evidenciaron las formas en que se vinculan las personas que prestan sus servicios en las Entidades Estatales, teniendo en cuenta que según la naturaleza del empleo y de las condiciones del vínculo se pueden establecer relaciones contractuales, relaciones estatutarias o legales y prestaciones de servicios sin vínculo laboral.

Finalmente, se describieron las nociones de concepto de sostenibilidad fiscal, los elementos que permiten otorgar su condición de principio o criterios; para determinar la importancia de la aplicación de éste concepto frente a los derechos fundamentales: específicamente el derecho al trabajo.

Partiendo de lo expuesto, puede concluirse que el derecho al trabajo en Colombia, es un derecho de rango constitucional, enmarcado como derecho fundamental, dadas sus características de ser derecho de los individuos, que busca dignificar la raza humana y que requiere del Estado la protección.

Igualmente, uno de los criterios para categorizar los derechos fundamentales es su ubicación, por tanto, el derecho al trabajo en Colombia es catalogado como fundamental por estar ubicado en el Título II de los Derechos Fundamentales.

De la misma manera, el derecho al trabajo es de importancia constitucional en Colombia, porque en la reforma constitucional de 1991, se determinó en el preámbulo que es un propósito del Estado asegurar a sus integrantes el trabajo.

Otra conclusión, los empleos de las entidades públicas en Colombia por regla general se surten por concursos en carrera administrativa, exceptuando los de libre nombramiento y remoción, los de período, los trabajadores oficiales y los contratistas del Estado, estos últimos se relacionan a través de contratos de prestación de servicios, sin ningún tipo de vínculo laboral y por ende sin prestaciones sociales.

Se evidencia que, en algunas Entidades Estatales hay más personas con prestación de servicios que las vinculadas en las plantas de cargo.

En relación a la sostenibilidad fiscal, se concluye, la Constitución Política de 1991 a través de Acto Legislativo 003 de 2011 introdujo su aplicación, teniendo en cuenta que bajo ninguna circunstancia debía menoscabar derechos fundamentales. Igualmente, la Corte Constitucional interpreta que la introducción de la sostenibilidad fiscal en la

Constitución no significaba darle rango de principio, sino que debe entenderse como un principio orientador de las entidades estatales para buscar el equilibrio financiero, y nuevamente hace énfasis en que no debe estar por encima de los derechos fundamentales, por lo tanto no hay lugar a ponderación en la proporcionalidad de si debe estar por encima la sostenibilidad fiscal sobre el derecho fundamental al trabajo.

Se considera que este artículo puede dar apertura a un trabajo más profundo de análisis jurisprudencial en relación a las decisiones de los jueces cuando se enfrentan los derechos laborales de las personas que prestan sus servicios al Estado y las entidades que exponen falta de recursos financieros para realizar las vinculaciones de la manera que indica la normatividad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acuña, M. L. (2010). ¿Qué entendemos por Derechos Humanos y Derechos

Fundamentales? Justicia N18, 151-161.

Asamblea General. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales. Resolución 2200 A (XXI).

Avendaño, G. E. (2014). El Derecho Laboral como Derecho Humano. Verba Juris 32, 53-

71.

Ayala, I. S. (2017). Tensión entre el carácter fundamental del derecho a la salud y la

sostenibilidad fiscal y financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud. Trabajo

de investigación para optar al título de Magister en Derecho. Bogotá, Colombia:

Universidad Nacional.

Congreso de la República (23 de septiembre de 2004). Ley 909. Regula el empleo

público, la carrera administrativa y gerencia pública. Diario Oficial N° 45.680.

- Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Constitucional 116.
- Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia C-753 (Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo).
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia T-324 (Magistrada Ponente María Victoria Calle Correa).
- Corte Constitucional de Colombia (2019). Sentencia SU-140 (Magistrada Ponente Cristina Patro Schlesinger).
- Cuartas, I. Z., & Urrego, M. A. (2017). El Derecho al trabajo como un Derecho Fundamental exigible en Colombia. Monografía para optar título de abogado. Medellín, Colombia: Universidad Autónoma Latinoamericana.
- Departamento Administrativo de la Función Pública (14 de febrero de 2019). Concepto 44171. Clasificación de empleo. Gestor Normativo.
- Higuera, A. M. (2007). Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los Derechos Humanos. *Estud. Socio-jurid.*, 166-189.
- Guerrero, A. P. (2012). Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. *Criterio Jurídico*, 79-126.
- Pérez, A (2019, febrero, 4). Servidores públicos provisionales o contratos no tienen garantías. *Revista Dinero*.
- Presidencia de la República (26 de diciembre de 1968). Decreto 3135. Régimen Prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. *Diario Oficial del 26 de diciembre de 1968*
- Vergara, H. D. (2011). Empleo público y corrupción en Colombia. *Revista Electrónica Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UdeA*, 1-21.
- Vergara, H. D. (2015). ¿Rige el derecho del trabajo en la función pública colombiana? Un estudio desde la justicia administrativa. *Opinión Jurídica*, 175-192.

Villota, S. (2012). El principio constitucional de la sostenibilidad fiscal y el proeycto social para Colombia: Reflexiones en torno al acto legislativo N° 03 de 2011. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Nariño, 36-51.