

Jurisprudencia constitucional sobre función pública y carrera administrativa en Colombia¹

•
Edgar Enrique Martínez Cárdenas²
•

Recibido: marzo 5 de 2008

Aprobado: abril 11 de 2008

Resumen

Indagar por la carrera administrativa en Colombia compromete el análisis de la concepción y alcance que tienen sobre este sistema técnico de gestión del talento humano, los diferentes actores que se encuentran comprometidos en los procesos de adopción, reglamentación o interpretación de los respectivos marcos normativos, además de la visión de los servidores públicos y de las expectativas de los ciudadanos sobre la función pública. En este ensayo se presenta la perspectiva más reciente de un actor que ha tenido un papel central en la construcción del sistema de mérito en Colombia: la Corte Constitucional.

Palabras clave

Carrera administrativa, función pública, talento humano, organizaciones públicas, jurisprudencia constitucional.

1 Este ensayo es producto de la primera fase de la investigación: La carrera administrativa en Colombia, que adelantó la Escuela Superior de Administración Pública que concluyó en diciembre de 2006 y que incluyó un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, proyecto en el cual participó el autor como investigador auxiliar

2 Administrador público y especialista en gestión pública de la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP–, Colombia. Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Católica de Colombia. Magíster en Administración de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente Profesor Asistente en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la ESAP donde orienta las cátedras de Función Pública y Teorías Organizacionales. Se ha desempeñado como investigador, consultor y docente en diferentes universidades colombianas. Igualmente ha ocupado posiciones directivas en diversas entidades gubernamentales y empresas prestadoras de servicios públicos en Colombia.

El proyecto es adelantado por el grupo SISMERITO y se inscribe en la línea organizaciones públicas y gestión de la Facultad de Investigaciones de la ESAP. El autor pertenece también al grupo Derechos Humanos y Medio Ambiente, registrado por Colciencias y al grupo Estrategia, Estructura y Cultura Organizacional –ECO–registrado en Colciencias.

E-mail: edgar.martinez@esap.edu.co

Constitutional Jurisprudence About Public Function and Administrative Promotion in Colombia

Abstract

Searching for administrative promotion in Colombia involves the analysis of conception and scope that all those having a role and being committed to adoption, ruling or interpretation of corresponding norms have on this human talent management technical system, besides public officers' point of view and citizens' expectations on civil service. This essay shows the most recent perspective of an agent who has had an important role in the construction of a system of merits in Colombia: The Constitutional Court.

Key words

Administrative promotion, civil service, human talent, public organizations, constitutional jurisprudence.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, la carrera administrativa tiene carácter constitucional, tal como se desprende del artículo 125 que dispone: “*Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley*” (Constitución Política de Colombia, 1991).

En desarrollo de este mandato constitucional, el legislador expidió inicialmente la ley 27 de 1992 a través de la cual se reguló lo atinente a la conformación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se reglamentó el sistema de carrera para las entidades tanto del nivel nacional como territorial, se clasificaron los empleos, se asignó a las entidades la competencia de desarrollar los procesos de selección; se desarrolló el derecho a la reincorporación e indemnización; se establecieron garantías para los limitados físicos y la maternidad, y se consagró un sistema de ingreso extraordinario para los empleados del nivel territorial.

Posteriormente, el Congreso de la República expidió la ley 443 de 1998 que se convertiría en el nuevo estatuto de carrera administrativa, el que introducía reformas a la Comisión Nacional del Servicio Civil, creando comisiones departamentales y distritales; también se le asignaron competencias sancionatorias; se prohíben las inscripciones extraordinarias en el escalafón de carrera; se precisó la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción; se dispuso la unificación de la nomenclatura para los empleos de los diferentes niveles territoriales; se estableció que las modificaciones a las plantas de personal deberían estar respaldadas por un estudio técnico y por razones del servicio, y se hicieron precisiones sobre el derecho preferente para la reincorporación por supresión de un empleo

de carrera, el que podría hacerse efectivo en cualquier entidad y no sólo en la que se laboraba (Jiménez, 2005, 17).

Sin embargo, al ser sometida al control de constitucionalidad, buena parte del articulado de esta ley es declarado inexecutable por la Corte Constitucional al considerar que el legislador erraba en la interpretación de precisos mandatos constitucionales sobre la carrera administrativa, el servicio civil y la función pública en general. Debe advertirse, además, que el Congreso de la República, después de producida la sentencia C-372 de 1999, se abstuvo de expedir con prontitud una nueva ley de carrera ajustada al mandato constitucional, de conformidad con los planteamientos del máximo tribunal constitucional, lo que prácticamente mantuvo inoperante la carrera administrativa en aspectos esenciales como la realización de la oposición o concurso, situación que sólo comienza a subsanarse con la promulgación de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004.

Es decir, que después de quince años de promulgada la actual Constitución Política del país, aún se tienen serias dificultades para hacer efectivo el principio del mérito y de la igualdad en el acceso a la función pública, debido, en buena medida, entre muy diversos factores, a la inadecuada lectura que viene haciendo el legislador colombiano sobre la concepción y el alcance del sistema de carrera administrativa, como principio rector del empleo público en Colombia, lo que prácticamente ha dejado en manos de la jurisdicción constitucional, a través de sus diferentes pronunciamientos judiciales, el señalamiento de los criterios orientadores.

Por ello, el propósito de este artículo es presentar los principales hallazgos sobre aquellos aspectos más relevantes de la carrera administrativa en Colombia, a partir de los últimos pronunciamientos de la Corte Cons-

titucional, sobre algunas disposiciones de la ley 909 de 2004 y de los decretos con fuerza de ley que expidió el ejecutivo, haciendo uso de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador a través del artículo 53 de la mencionada ley, por medio de la cual, como se ha dicho, se expidió el régimen vigente en Colombia sobre el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública (ley 909, 2004), ofreciendo a los interesados en el tema, una revisión sobre estos recientes fallos que, como se sabe, se convierten en una fuente esencial del derecho para los diferentes operadores jurídicos, servidores públicos y ciudadanos en general.

Para su presentación se ha optado por abordar algunos aspectos temáticos esenciales como la concepción y el alcance de la carrera administrativa; la Comisión Nacional del Servicio Civil; los sistemas de carrera; el empleo público; los procesos de selección y el retiro del servicio. A su vez, en cada uno de estos ejes, se presentan los principales pronunciamientos de la Corte Constitucional, sugiriendo, a los interesados en su profundización, la consulta de las sentencias referenciadas. No se pretende presentar en forma exhaustiva cada uno de los fallos, sino, por el contrario, integrar el pensamiento de la Corte sobre ciertos aspectos temáticos que no siempre se encuentran abordados en una sola sentencia.

LA CARRERA ADMINISTRATIVA

Concepción y alcance

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional³, en el Estado social de

derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional. El régimen de carrera administrativa impulsa, entonces, la realización plena y eficaz de principios como el de igualdad y el de imparcialidad, pues se sustenta en la promoción de un sistema de competencia a partir de los méritos, capacitación y específicas calidades de las personas que aspiran a vincularse a la Administración Pública; sólo cumpliendo esos objetivos, que se traducen en captar a los mejores y más capaces para el servicio del Estado, éste, el Estado, está en capacidad de garantizar la defensa del interés general, pues descarta de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, entre otros, y en cambio fomenta la eficacia y eficiencia de la gestión pública (Sentencia C – 563 de 2002, 2002).

En numerosas ocasiones⁴, la Corte se ha pronunciado en relación con los fines que orientan la carrera administrativa en Colombia. En tal sentido, existen unas claras líneas jurisprudenciales de que aquélla permite al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez, mejores índices de resultados; asegura que la Administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan

3 Resulta oportuno consultar la sentencia C-563 de 2000. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz

4 Entre muchas otras ver las Sentencias C- 479 de 1992; C- 195 de 1994; C- 040 de 1995; C- 041 de 1995; C- 037 de 1996; C- 030 de 1997; C- 539 de 1998; C- 110 de 1999; C- 109 de 2000; C- 371 de 2000; C- 486 de 2000; C- 292 de 2001; C- 954 de 2001; C- 1177 de 2001; C- 517 de 2002; C- 1079 de 2002; C- 969 de 2003 y C- 077 de 2004.

sus servicios al Estado; permite seleccionar adecuadamente a los servidores públicos y garantiza que no sean los intereses políticos, sino las razones de eficiente servicio y calificación las que permitan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad, y asegura la vigencia de los principios de eficiencia y eficacia en el servicio público, la igualdad de oportunidades en el acceso a cargos públicos, así como los derechos subjetivos reconocidos mediante el régimen de carrera administrativa.

Sobre este último fin de la carrera administrativa la Corte ha señalado⁵ la especial protección de los derechos subjetivos del empleado de carrera, tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, pues esa Corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado.

Sistemas específicos de carrera administrativa

De conformidad con el artículo 4° de la ley 909 de 2004, se entiende por sistemas específicos de carrera administrativa aquellos que en razón a la singularidad y especialidad de las funciones que cumplen las entidades en las cuales se aplican, contienen regulaciones específicas para el desarrollo y aplicación de la carrera administrativa en materia de ingreso, capacitación, permanencia, ascenso y retiro del personal, y se encuentran consagradas en leyes diferentes a las que regulan la función pública. Se estableció igualmente en el mismo artículo que la vigilancia de estos sistemas específicos corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Esta disposición fue demandada ante la Corte Constitucional, la cual tuvo que abordar dos problemas esenciales: si dentro de las atribuciones que le otorgan los artículos 125, 130 y 150 de la Constitución Política, el legislador puede crear o no sistemas específicos de carrera distintos del régimen general; y si al asignarle a la Comisión Nacional del Servicio Civil la vigilancia de los sistemas específicos de carrera excluyéndola de la administración de tales sistemas, se desconoce el mandato contenido en el artículo 130 de la Carta Política que le asigna a esta Comisión ambas funciones en relación con las carreras de los servidores públicos, con excepción de las que tengan carácter especial (Constitución Política de Colombia, 1991).

La Corte reiteró (sentencia C-1230 de 2005, 2005) que el legislador, en virtud de los artículos 125 y 130 de la Constitución, tiene competencia para crear sistemas específicos de carrera aplicables a determinadas categorías de servidores públicos, los cuales difieren de los sistemas especiales de origen constitucional, como los de las Fuerzas Militares, la Rama Judicial y la Procuraduría General, entre otros. De esta manera, existen tres categorías de sistemas de carrera: el general, regulado actualmente por la ley 909 de 2004, los sistemas especiales previstos por el constituyente y los sistemas específicos creados por la ley. La Corporación precisó que la especificidad de tales sistemas radica exclusivamente en aquellos aspectos relacionados con la especial naturaleza de la entidad o la misión a su cargo, sin que esto signifique que se sustraigan de los principios y reglas básicas del régimen general referentes al mérito e igualdad de oportunidades para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de la carrera administrativa.

5 Ver, entre otras, las sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-391 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara, C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero C-040 del 9 de febrero de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-063 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-315 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

Además, acorde con el mandato del artículo 130 de la Carta, que atribuye a un órgano autónomo tanto la administración como la vigilancia de las carreras de los servidores públicos, la Corte encontró que el legislador incurrió en una omisión contraria al ordenamiento superior, al reducir la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil a la vigilancia de las carreras específicas. De ahí que haya condicionado la exequibilidad del numeral 3) del artículo 4° de la ley 909 de 2004 a que se entienda que la función de dicha Comisión también comprende la administración de los sistemas específicos de carrera.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Naturaleza

Para la Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 113 de la Carta, esta contempló la estructura básica para el ejercicio del poder público, ya no fundada en la existencia exclusiva de las tres tradicionales “*ramas*”, sino sobre el supuesto de que, además de ellas y sin hacer parte de ninguna, fueron creados otros órganos estatales, autónomos e independientes, estatuidos para el cumplimiento de funciones que no se confían al legislador, al ejecutivo ni a los jueces pero que son igualmente vitales para alcanzar los fines de la organización política (Sentencia C-372 de 1999, 1999). Entre tales órganos se encuentra, con su mismo nivel e importancia, y de ninguna manera como un apéndice del Gobierno, la Comisión Nacional del Servicio Civil, que es la entidad responsable, según las voces del artículo 130 de la Constitución, de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, salvo las que, como la judicial, tengan carácter especial.

El propósito de las normas fundamentales al respecto no es otro que el de sustraer la

carrera y su desarrollo y operación, así como la práctica de los concursos y la implementación de los procesos de selección de personal al servicio del Estado, de la conducción de la rama ejecutiva del poder público, que tiene a su cargo los nombramientos en orden estricto de méritos -según los resultados de los concursos-, mas no la función de manejar la carrera, privativa del ente creado por la Carta Política con las funciones muy específicas de administrarla y vigilarla en todas las dependencias estatales, excepto las que gozan de régimen especial, obrando siempre sin sujeción a las directrices ni a los mandatos gubernamentales.

Integrantes

De conformidad con el artículo 8° de la ley 909 de 2004, para ser elegido miembro de la Comisión Nacional del Servicio civil se requiere ser colombiano de nacimiento, mayor de 35 años, con título universitario en áreas afines a las funciones de la Comisión Nacional, postgrado y experiencia profesional acreditada en el campo de la función pública o recursos humanos o relaciones laborales en el sector público por más de siete (7) años, disposición que fue demandada ante la Corte Constitucional (sentencia C-452 de 2005, 2005), manifestando el actor que establecer 35 años como edad mínima para poder ejercer el cargo de miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil contraría, principalmente, el derecho a la igualdad, por constituirse en un requisito desproporcionado.

Para resolver el problema jurídico, la Corte abordó tres aspectos: primero, la libertad de configuración del legislador en la fijación de requisitos para el desempeño de cargos públicos; segundo, el equilibrio que debe presentarse entre el derecho a la igualdad y el establecimiento de requisitos para desempeñar cargos públicos y, tercero, la razonabilidad del establecimiento de la edad mínima como

requisito, llegando a determinar para el caso en referencia que el establecimiento de la edad mínima de 35 años es constitucional puesto que la fijación de requisitos para ser miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil se encuadra dentro de la libertad de configuración del legislador, y no vulnera el derecho a la igualdad ni establece discriminación alguna, ya que se persigue una finalidad legítima cual es la búsqueda de personal más calificado para desempeñar funciones públicas, reiterando que la edad ha sido encontrada por la jurisprudencia de la Corporación como un medio adecuado para conseguir tal fin; siendo tal un medio, es razonable y proporcionado.

Delegación

El artículo 2° del decreto 760 de 2005, por el cual se establece el procedimiento que debe surtir ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones, dispuso que la Comisión podrá delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones que se presenten en desarrollo de los procesos de selección, para lo cual, la entidad en la cual delegue esta función tendrá que observar el procedimiento establecido en la ley. Al ser demandada esta disposición, la Corte debió referirse (sentencia C-1175 de 2005, 2005) a la facultad del legislador para que la Comisión Nacional del Servicio Civil pueda delegar los procesos para la provisión de empleos de carrera administrativa; y si el proceso puede ser delegado, ¿en dónde recae la competencia para el conocimiento y resolución de las reclamaciones suscitadas en los mismos procesos?

La Corte aclaró que tratándose de los reclamos que se producen con ocasión del propio proceso de selección, concursos o procesos que a su vez fueron objeto de delegación, el conocimiento de las reclamaciones puede, también, ser delegado al propio ente con el que la Comisión Nacional del Servicio Civil

De conformidad con el artículo 11 del decreto 760 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil únicamente absolverá las consultas que en materia de carrera administrativa le formulen las organizaciones sindicales, a través de sus presidentes, y las entidades públicas por conducto de sus representantes legales.

realizó el contrato o convenio para tal fin, sin que signifique que la Comisión no pueda reasumir su conocimiento en cualquier momento. Desde esta perspectiva, el hecho de que el artículo 2° del decreto 760 de 2005 simplemente señale que la Comisión puede delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones no es inconstitucional, porque la disposición está haciendo referencia a las reclamaciones que ocurran en el proceso de selección que hubiere sido delegado y corresponde, por consiguiente, a la entidad delegada absolver directamente lo relativo a las mismas.

Considera el Tribunal, además, que la norma no establece de ninguna manera que la Comisión Nacional del Servicio Civil en forma imperativa deba delegar el conocimiento y decisión de las reclamaciones que se presenten en desarrollo de los procesos de selección; se trata simplemente de otorgarle la facultad para delegar en las hipótesis y en las entidades expresamente previstas por la ley (sentencia C-1175 de 2005, 2005).

Consultas. De conformidad con el artículo 11 del decreto 760 de 2005, la Comisión Nacional del Servicio Civil únicamente absolverá las consultas que en materia de carrera administrativa le formulen las organizaciones sindicales, a través de sus presidentes, y las entidades públicas por conducto de sus representantes legales. Al ser demandada esta disposición, la Corte debió analizar si la norma viola el artículo 23 de la Constitución, que consagra el derecho fundamental de petición

en cabeza de todas las personas y no sólo de las que indica la norma acusada (sentencia C-1175 de 2005, 2005).

El Tribunal encuentra que la forma como está regulado el acceso a las consultas en la disposición acusada constituye una evidente violación del derecho fundamental de petición y de todo el desarrollo jurisprudencial que de este derecho ha realizado la Corte Constitucional a lo largo de 14 años, no resultando aceptables las distinciones que introduce el artículo 11 entre consultas, peticiones, información, expedición de copias, etc., pues lo que en el fondo trata de soslayar es un hecho evidente: la norma, tal como está concebida, pone límites desproporcionados al ejercicio del derecho de petición, motivo por el cual declara su inexecutable (sentencia C-1175 de 2005, 2005).

Función de vigilancia

De conformidad con el artículo 12 de la ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en ejercicio de las funciones de vigilancia, cumplirá, entre otras, la atribución de recibir las quejas, reclamos y peticiones escritas, y en virtud de ellas, u oficiosamente, realizar las investigaciones por violación de las normas de carrera. Igualmente el párrafo 2° le da facultad a la Comisión para imponer a los servidores públicos sanciones de multa, previo el debido proceso, cuando se compruebe la violación a las normas de carrera administrativa o la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por ella.

Estas disposiciones fueron demandadas ante la Corte Constitucional. La demandante considera que las disposiciones acusadas confieren a la Comisión Nacional del Servicio Civil una potestad investigativa y sancionatoria sobre los servidores públicos que desconozcan las normas de carrera administrativa, cuando constitucionalmente la competencia en mate-

ria disciplinaria fue dada al Procurador General de la Nación, permitiéndose así que dichos servidores puedan ser sancionados dos veces por un mismo hecho. Además, para la actora, el principio de la doble instancia se infringe al sólo proceder el recurso de reposición contra las sanciones que imponga la Comisión Nacional del Servicio Civil, sosteniendo, además, que tal Comisión al ser quien administra la carrera administrativa, no resulta imparcial para decidir sobre los conflictos generados por desconocimiento de las normas de carrera y de sus propias órdenes e instrucciones.

Al analizar el problema planteado, la Corte inicia por reiterar que como se ha explicado, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejerce funciones administrativas y, por lo tanto, sus decisiones están sometidas a las reglas propias del debido proceso. El trámite y la sanción a imponer deben estar previamente establecidos en la ley, según lo establece el artículo 29 superior, pues de otra manera la autoridad pública estaría impedida para actuar. Tal es el sentido del artículo 121 de la Carta Política, según el cual las autoridades no pueden ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley (sentencia C-1265 de 2005, 2005).

En esa misma providencia la Corte Constitucional consideró que las normas que se examinan facultan a la Comisión para imponer multa a los servidores públicos responsables de aplicar la normativa que regula la carrera administrativa. La multa dista bastante en su naturaleza jurídica de aquella que es propia de las sanciones que el Ministerio Público puede imponer merced a un juicio disciplinario. Mientras la medida prevista en las normas atacadas pretende hacer eficaz el poder de vigilancia asignado a la Comisión, el proceso disciplinario procura el buen funcionamiento de la Administración Pública, como también la defensa de su imagen y prestigio.

Por esta razón, determinadas autoridades encargadas de la gestión pública pueden adoptar medidas administrativas tales como el llamado de atención verbal o escrito, la orden de suspensión o supresión de un servicio, la cancelación de una licencia, la orden de cerrar un establecimiento público o privado y la imposición de una multa, sin que estas medidas impliquen el ejercicio del poder disciplinario en el sentido que trata la ley 734 de 2002. Por ello, cuando un servidor público desatiende las normas relacionadas con la carrera administrativa, como también las órdenes e instrucciones impartidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto de él puede tener comienzo el proceso regulado en los preceptos que se examinan, como también el previsto en la ley 734 de 2002 –código disciplinario único-, pues se trata de dos procesos distintos, cada uno de ellos con diferente finalidad.

Sobre la doble instancia, la Corte considera que los cargos formulados no están llamados a prosperar, pues la decisión que puede adoptar la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene carácter judicial. Además, recuerda que las decisiones adoptadas por la Comisión pueden ser impugnadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, atendiendo a las reglas previstas en el Código contencioso administrativo (sentencia C-1265 de 2005, 2005).

Finalmente, para la Corte resulta claro que la buena fe (artículo 83 Constitución política) en el comportamiento de entidad pública ha de presumirse, mientras la mala fe debe ser demostrada y, en el presente caso, la demandante supone que la Comisión estará parcializada al momento de adelantar la investigación previa a la imposición de la multa. Por estas razones, considera la Sala que los argumentos expuestos por la demandante obedecen a su particular manera de interpretar las normas

impugnadas, es decir, la actora presume que la Comisión actuará de manera parcializada. Las consideraciones subjetivas del actor respecto de la manera como una norma puede ser aplicada no son argumento suficiente para solicitar que se declare la inexecutable del respectivo precepto.

EMPLEO PÚBLICO

Elementos del empleo público

A través de varias sentencias⁶, la Corte Constitucional ha venido aclarando el concepto y los elementos del empleo público a la luz de la Norma Superior. El empleo público, como fundamento básico de la estructura de la función pública, es entendido como el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Dentro de los elementos esenciales del empleo público, que resultan del texto de la Carta Política, están: la clasificación y la nomenclatura; las funciones asignadas; los requisitos exigidos para desempeñarlo; la autoridad con que se inviste al titular del mismo para cumplir las funciones del cargo; la remuneración correspondiente, y su incorporación en una planta de personal.

La clasificación hace alusión a la forma de organización de los empleos públicos en diferentes grupos. Dicha clasificación tiene su origen en la Constitución o en la ley. Con fundamento en la Carta, cuya clasificación atiende a la naturaleza del cargo, los empleos son de carrera -la regla general-, de elección popular,

6 Téngase en cuenta principalmente las sentencias C-793 de 2002 y C-1174 de 2005

de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Una manera de clasificación tradicional que contempla la ley es por niveles jerárquicos que tiene en cuenta la naturaleza de las funciones asignadas, los requisitos exigidos para el empleo y el grado de responsabilidad. Con base en la clasificación se adoptan otras medidas como la determinación del régimen salarial, el sistema de selección y el régimen de competencia y responsabilidades de los servidores públicos.

La nomenclatura se refiere a los vocablos (denominación) y/o dígitos (código numérico) que se le asignan a un empleo para identificarlo e individualizarlo de los demás.

El artículo 122 de la Carta (Constitución Política de Colombia, 1991) prescribe que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento, y el 123 ibídem señala que los servidores públicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. Esto significa que cada empleo debe tener unas actividades claramente asignadas para ser desempeñadas por su titular conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

Del artículo 125 de la Constitución también resulta que el empleo debe contener los requisitos mínimos que debe cumplir la persona con quien vaya a proveerse, es decir, las condiciones que debe reunir, tales como experiencia y educación. Lo pretendido con la fijación de los requisitos para los empleos es garantizar el cumplimiento de las funciones públicas y la consecución de los fines esenciales del Estado.

Todo empleo público otorga autoridad a quien lo desempeña, que en realidad es una

consecuencia del vínculo entre empleado y empleo.

Finalmente, el artículo 122 de la Constitución Política señala que para proveer los empleos de carácter remunerado, se requiere que estén contemplados en la respectiva planta de personal y que se encuentren previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, pues todo empleo ha de tener asignada la remuneración que perciba su titular, es decir, la retribución por la prestación personal del servicio.

Competencia para establecer requisitos

De conformidad con los pronunciamientos de la Corte Constitucional⁷, la Constitución otorgó al legislador la competencia para establecer los requisitos de acceso a cargos públicos. En efecto, el artículo 125 superior consagra que el ingreso a los cargos de carrera, y el ascenso en los mismos, debe hacerse previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Asimismo, el artículo 150 del Estatuto Superior establece que corresponde al Congreso de la República hacer las leyes, asignándole en el numeral 23 la tarea de "*expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos*".

Así, corresponde al Congreso determinar mediante ley las calidades y requisitos para desempeñar los cargos públicos -salvo aquellos casos en los que el Constituyente ha señalado expresamente los atributos que deben reunir los aspirantes-, sea cual fuere la forma de vinculación, esto es, de carrera, de elección popular, de libre nombramiento y remoción, o contractual, en el evento de los trabajadores oficiales. No obstante, el legislador debe respetar la Constitución, al determinar tales

7 Véase especialmente la sentencia C-109 de 2002. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería

condiciones, de modo que no puede crear exigencias irrazonables o desproporcionadas que impidan el ejercicio del derecho de acceso a los cargos públicos⁸.

Empleos del nivel ejecutivo

Como se recuerda, el artículo 33 del decreto 785 de 2005 dispuso que las autoridades territoriales competentes, en un término no superior a doce (12) meses contados a partir de la vigencia del decreto-ley, procederían a modificar las plantas de personal para adecuar los empleos a la nueva nomenclatura y clasificación, estableciendo adicionalmente que vencido este plazo, no podrían existir en las respectivas plantas de personal cargos con denominaciones del nivel ejecutivo.

El problema jurídico que debió abordar la Corte Constitucional (sentencia C-1174 de 2005, 2005) consistía en determinar si el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias otorgadas por los numerales 2 y 3 del artículo 53 de la ley 909 de 2004 al contemplar la supresión de empleos del nivel ejecutivo cuando se presentare vacancia definitiva, o su equivalencia dentro del nivel profesional cuando las necesidades del servicio lo exijan.

Tales facultades, a juicio de la Corte, cumplen con el requisito de precisión y, además, las materias para las cuales fue habilitado el Gobierno son de aquellas respecto de las cuales está permitido conceder facultades extraordinarias. Atendiendo tal previsión, el Presidente, a través del decreto 785 de 2005, señaló los niveles jerárquicos de los empleos de las entidades territoriales -directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial-, las

funciones generales correspondientes a cada nivel; los factores y estudios que se tendrán en cuenta para la determinación de los requisitos de cada empleo, así como la nomenclatura y clasificación de los empleos.

Así las cosas, la supresión de un cargo del nivel ejecutivo cuando se presentare vacante es una cuestión inherente a la clasificación de los niveles jerárquicos. Se trata simplemente de una transición al nuevo sistema de clasificación de empleos por niveles jerárquicos. Considera la Corte que si bien es cierto el legislador no autorizó directamente al Gobierno para suprimir cargos, también lo es que la facultad para establecer un sistema de nomenclatura y clasificación contempla la eliminación de niveles jerárquicos y la correspondiente adecuación de la planta de personal, entendiendo entonces que no hubo excesos del ejecutivo en el uso de facultades otorgadas por el legislador.

Funcionarios de carrera en empleos de libre nombramiento y remoción

La Corte Constitucional (sentencia C-501 de 2005, 2005) considera que de conformidad con el ordenamiento jurídico, la posibilidad que un funcionario de carrera se poseione en un cargo de libre nombramiento y remoción ocurre en las siguientes circunstancias:

- a) Por encargo hasta por seis meses, cuando el empleo de libre nombramiento y remoción se encuentre vacante, según lo establece el artículo 24 de la ley 909 de 2004.
- b) Por comisión hasta por tres años, prorrogables hasta por otros tres, cuando el empleado de carrera haya obtenido una

8 Al respecto, ver las sentencias de la Corte Constitucional C-537 de 1993, magistrado ponente Ciro Angarita Barón; C-200 de 2001, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett; C-408 de 2001, magistrado ponente Jaime Araújo Rentería, entre otras.

calificación de desempeño sobresaliente; en este evento, el empleado de carrera tiene un derecho a que se le otorgue la comisión para posesionarse en el cargo de libre nombramiento y remoción.

- c) Por comisión hasta por tres años, prorrogables hasta por otros tres, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño satisfactoria; en este evento, queda a discreción de la entidad decidir si otorga o no la comisión.
- d) Por posesión en el cargo de libre nombramiento y remoción, aunque no medie la comisión respectiva, caso en el cual, se entiende que el funcionario en cuestión acepta las consecuencias de su decisión.

Encargo por vacancia en empleo de carrera

El artículo 44 del decreto 760 de 2005 dispuso que cuando por razones de estricta necesidad para evitar afectación en la prestación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud sustentada del Jefe del Organismo o entidad, podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso; en las vacancias temporales generadas por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional. Esta disposición fue demandada ante el Tribunal Constitucional ya que el demandante considera que hay extralimitación de la ley de facultades, pues la ley 909 de 2004 acabó con la figura de la

provisionalidad y, además, se viola el artículo 125 de la Carta que consagra la regla general de que los empleos públicos son de carrera, con las excepciones allí previstas. Sin embargo, la disposición acusada, afirma, revivió la provisionalidad.

La Corte debe aclarar, entonces, si cuando se produce la vacancia en un cargo de carrera, se autoriza la provisión del mismo sin previa convocatoria a concurso y por encargo. Señala la Corte que como se desprende del texto mismo del artículo 44 del decreto 760 de 2005, cuando se produce la vacancia en un cargo de carrera, se autoriza la provisión del mismo sin previa convocatoria a concurso y por encargo, lo que encuentra justificación en la necesidad de la continuidad en la prestación del servicio público, sin que ello signifique que con posterioridad pueda prescindirse de la realización del concurso para proveer el empleo conforme a las reglas que regulan la carrera administrativa⁹.

Ahora bien, si como consecuencia de la designación por encargo se produce a su vez una vacancia temporal, porque el encargado no pueda simultáneamente desempeñar los dos empleos, el artículo 44 de la norma autoriza que se efectúe un nombramiento provisional. De tal manera que concluido el encargo, volverá entonces el titular del empleo a su cargo original, luego, de acuerdo con la Corte, no le asiste razón al demandante en su afirmación de que la ley 909 de 2004 acabó con la figura de la provisionalidad, tal como se desprende del artículo 25 de la ley en mención¹⁰.

9 Quizá la controversia se originó también porque el artículo 24 de la ley 909 de 2004 dispone que: "Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio (...)", es decir que el legislador había establecido una restricción para el encargo en un empleo de carrera vacante y era la **previa convocatoria al concurso**, norma que a la postre resulta modificada por el legislador extraordinario que a través del decreto-ley 760 de 2005 autoriza la provisión del mismo sin previa convocatoria a concurso.

10 "Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."

Gerente de ESS en el nivel territorial

En una reciente sentencia (sentencia C-1174 de 2005, 2005), la Corte Constitucional tuvo que pronunciarse sobre la exequibilidad del párrafo del artículo 22 del decreto 785 de 2005. Dicha norma, dispuso que cuando se determine que una Empresa Social del Estado del nivel territorial cumplirá sus funciones a través de contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o mediante operadores externos, la función de Gerente o Director será ejercida por un funcionario de la respectiva Dirección Territorial de Salud, caso en el cual el empleado continuará devengando el salario del empleo del cual es titular no exigiéndole requisitos adicionales a los ya acreditados. Esta disposición fue demandada ante el Tribunal Constitucional ya que según los actores, el Presidente de la República excedió las facultades extraordinarias otorgadas por los numerales 2 y 3 del artículo 53 de la ley 909 de 2004.

Sin embargo, la Corte considera que la ley 909 de 2004 le dio facultades al Presidente de la República para determinar el sistema general de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades del orden territorial y para establecer el sistema de funciones y requisitos aplicable a los organismos y entidades de los órdenes nacional y territorial, dentro de los cuales están los correspondientes a las Empresas Sociales del Estado¹¹. Tales facultades, a juicio de la Corte, cumplen con el requisito de precisión en cuanto fueron claras, ciertas y perfectamente determinables. Además, las materias para las cuales fue habilitado el Gobierno no son de aquellas respecto de las cuales está prohibido conceder facultades extraordinarias, quedando entonces el Presidente habilitado para regular elementos propios del empleo público.

El párrafo acusado regula lo relativo al desempeño de la función pública de gerente o director de la Empresa Social del Estado del nivel territorial cuando ésta tenga que contratar con terceros o acuda a convenios con entidades públicas o privadas o mediante operadores externos y tal asunto no es ajeno a la materia para la cual la ley habilitó al Presidente de la República, pues la norma tan sólo establece límites a la aplicación del empleo de gerente o director de las empresas sociales del Estado frente a la ocurrencia de circunstancias especiales, al señalar que será un funcionario del ente territorial. Existe una relación temática directa con las facultades extraordinarias concedidas y tal previsión, además, es aplicación de los principios de economía y flexibilidad para responder a las necesidades administrativas y cumplir con los cometidos estatales.

PROCESOS DE SELECCIÓN

Convenios con el Departamento Administrativo de la Función Pública

El artículo 3° del decreto 760 de 2005 dispuso que los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con el Departamento Administrativo de la Función Pública, universidades públicas o privadas, instituciones universitarias o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin, originándose, según algunos actores, otro problema que debe entonces dilucidar la Corte Constitucional: ¿es posible incluir entre las entidades con las cuales la Comisión Nacional del Servicio Civil puede celebrar contratos o convenios interadministrativos para adelantar los procesos de selección al

11 Empresas que, conviene recordar, fueron creadas con la ley 100 de 1993 para la prestación de los servicios de salud y que pueden ser de carácter nacional o de carácter territorial.

Departamento Administrativo de la Función Pública?

La Corte comparte los reparos del demandante en la acusación de inconstitucionalidad¹² por la inclusión del Departamento Administrativo de la Función Pública porque se desconoce la independencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Al sentir de la Corte, la autonomía e independencia de la Comisión pueden verse comprometidas si son contratados con el Departamento Administrativo de la Función Pública los concursos en mención, ya que tal Departamento, como entidad administrativa que es, hace parte de la Rama Ejecutiva y, por consiguiente, depende y actúa bajo las orientaciones del Presidente de la República, suprema autoridad administrativa.

Evaluación de antecedentes a empleados provisionales

El legislador, al expedir la ley 909 de 2004, dispuso en su artículo 56 que a los empleados que a la vigencia de la ley se encontraran desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, y se presentaran a los concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer dichos cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, se les evaluaría y reconocería la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio, asignándole a la Comisión Nacional del Servicio Civil la función de adoptar los instrumentos para tal efecto, disposición que fue demandada ante la Corte Constitucional alegando la demandante que la norma acusada vulnera el derecho a la igualdad; de igual manera, a juicio de la demandante el legislador habría vulnerado el derecho de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, en la medida en que quienes no tienen la calidad de funcionarios nombrados en provisionalidad

no van a tener la oportunidad de participar en el concurso de selección.

Al abordar el estudio de la norma demandada, el Tribunal Constitucional (sentencia C-733 de 2005, 2005) considera que según la jurisprudencia reiterada de la Corte, el ingreso a los cargos de carrera administrativa y el ascenso en los mismos debe hacerse mediante la determinación de los méritos y calidades de los aspirantes, como una manifestación concreta del derecho a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos, sin que le esté permitido al legislador, al diseñar el sistema de concurso, desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes mediante la participación igualitaria en los procesos de selección de los funcionarios del Estado. Por ello, en este caso, si bien no se trata de una incorporación automática a la carrera, tratándose de la previsión de concurso abierto, la norma acusada sí consagra un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con respecto a los demás aspirantes y, por lo tanto, violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos.

El privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursará, lo que represen-

12 Ténganse en cuenta los argumentos esgrimidos en la sentencia C-1175 de 2005

ta una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, la cual no se encuentra justificada y por ello declaró la inexecutable de la misma.

Concursos de ascenso o cerrados

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte¹³, resulta contrario a la Constitución el establecimiento de criterios de selección, cuya evaluación no sea susceptible de ser aplicada a todos los concursantes, incluyendo tanto a los inscritos en carrera como a los no-inscritos. La línea jurisprudencial dispone para el juez constitucional la obligación de analizar la constitucionalidad de las regulaciones legales de los sistemas de concursos -independientemente de si se trata de un sistema general o un sistema específico de carrera- para proveer los cargos de carrera administrativa en la entidades públicas a partir de elementos mínimos, que a manera de test le permiten establecer la conformidad o inconvención de dichas regulaciones a la luz de la Constitución.

Así, pues, los presupuestos normativos de los sistemas de concursos de la carrera administrativa estarán acordes con la Constitución: si no se establece una distinción que disponga una regulación para el ascenso en la carrera y otra más restrictiva para el ingreso a la misma; si no se derivan de las normas que regulan la carrera, condiciones de desigualdad que impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante; si no se incluyen ítems de evaluación cuya aplicación proceda sólo para algunos concursantes y no para todos; si no se disponen criterios de selección que evalúen la idoneidad frente a ciertas actividades específicas o técnicas, en condiciones desiguales entre los aspirantes vinculados a la

entidad y los no vinculados; y si no se remite la regulación de cuestiones propias de la administración de la carrera al Ejecutivo, salvo lo correspondiente a la potestad reglamentaria general. Una regulación normativa que genere una situación contraria a cualquiera de los supuestos anteriores es, sin duda, inconstitucional.

Es claro, entonces, para la Corte que el concurso de ascenso para proveer cargos de carrera es inconstitucional, si vulnera alguno de los elementos del test, ya que en la práctica son concursos cerrados, por lo que se vulneran la cláusula de igualdad, el acceso a la función pública y los principios que guían la regulación de los empleos de carrera (Constitución Política de Colombia, 1991, artículos 13, 40.7 y 125).

Fórmulas de desempate en procesos de concurso

La Corte Constitucional, al analizar la disposición demandada del artículo 36 del decreto 765 de 2005 que dispone una alternativa para solucionar los empates en cualquier lugar del listado de elegibles, la encuentra ajustada a la Constitución (sentencia C-1262 de 2005, 2005), pero, además, considera que hay otras fórmulas válidas que el legislador puede contemplar para solucionar esta eventual circunstancia.

Aclara, sin embargo, la Corte que el resultado del concurso debe ser, pues, producto de una regulación igualitaria en la que sólo se debe determinar el mérito de los participantes. De ahí que las medidas que el legislador tome para desatar una situación de empate, bien pueden dirigirse a reconocer factores

13 Véanse, entre otras, las sentencias C-1262 de 2005, M. P. Dr. Humberto Sierra Porto, relacionada con el sistema de selección para empleos de carrera en la DIAN y la sentencia C-1263 de 2005, M. P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, a través de la cual se analizó la constitucionalidad de algunas disposiciones del Decreto 790 de 2005, por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil.

que aplican únicamente para algunos de los aspirantes con el mismo puntaje, sobre todo, porque hasta dicho punto han llegado a partir de evaluaciones objetivas y en condiciones iguales.

El hecho de que la medida sea posterior a la realización y conclusión del concurso, es decir cuando éste ya ha arrojado un resultado, no implica un trato distinto injustificado, pues, la oportunidad de participar y ser evaluado en igualdad de condiciones en el concurso se ha surtido satisfactoriamente sobre la base de salvaguardar los principios constitucionales de igualdad en el acceso a la función pública y de publicidad de los mecanismos de ingreso a la carrera administrativa.

Considera la Corte que para establecer una fórmula de desempate, el legislador puede utilizar diversos criterios. Dentro de éstos, no sólo se cuenta el estipulado en el Decreto 765 de 2005, sino en general aquellos cuyo fin es favorecer a sujetos de especial protección. Por ejemplo, a madres o padres cabeza de familia, discapacitados, indígenas y demás sujetos constitucionalmente protegidos de manera reforzada. Incluso, en el caso de los sistemas específicos de carrera, estos criterios pueden, además, dar cuenta de la naturaleza y funciones particulares de la entidad a la que se aplica el mencionado.

RETIRO DEL SERVICIO

Razones de buen servicio

Como se recuerda, la ley 909 de 2004, en el artículo 41, literal c), incorporaba esta causal de retiro, entendiendo que hay razones de buen servicio cuando el incumplimiento grave de una o algunas funciones asignadas al funcionario afecten directamente la prestación de los servicios que debe ofrecer la entidad, caso en el cual se procederá al retiro del empleado,

mediante resolución motivada que incluya la descripción del incumplimiento de la función y el nexo causal entre este y la afectación del servicio, contra la cual procederán los recursos del Código contencioso administrativo. Disponía igualmente que el uso indebido o arbitrario, por parte del nominador de esta facultad, acarrearía las sanciones contempladas en el Código único disciplinario.

El problema que debe entonces dilucidar la Corte es si esta disposición vulnera el principio de estabilidad en el empleo, y los derechos al debido proceso y a la igualdad, análisis que hará en la sentencia C-501 de 2005, encontrando que dadas las proyecciones de esta disposición hacia el ámbito disciplinario, el debido proceso aplicable es el propio del derecho disciplinario, con la plenitud de garantías en él previstas, no siendo esto lo que prevén las normas acusadas puesto que éstas permiten que la sanción de retiro sea impuesta sin el lleno de las garantías para el funcionario de carrera, motivo por el cual declara la inexecutable del literal c) del artículo 41 de la ley 909 de 2004.

Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez

El literal e) del artículo 41 de la ley 909 de 2004 contempló también, como otra causal de retiro del servicio, el haber obtenido la pensión de jubilación o vejez, teniendo que analizar el Tribunal Constitucional (sentencia C-504 de 2005, 2005) si se vulnera la protección especial del trabajo y la estabilidad en el empleo, con la posibilidad de retirar a un funcionario de carrera cuando obtiene la pensión de jubilación o vejez, interrogante frente al cual la Corte declara su exequibilidad, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión, no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente al funcionario pensionado su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

Esta circunstancia permite a la Corte concluir que no puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos, de conformidad con los artículos 2° y 5° de la Constitución Política.

Retiro del servicio de los servidores públicos amparados con fuero sindical

Mediante el decreto 760 de 2005, el Gobierno, en uso de facultades extraordinarias, dispuso que no será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio los empleados amparados con fuero sindical en los siguientes casos:

- a) Cuando no superen el período de prueba;
- b) Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él, y
- c) Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado no ocupare los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Esta disposición fue demandada ante la Corte Constitucional (sentencia C-1119 de 2005, 2005) y el problema planteado consiste en establecer si el retiro del servicio de los servidores públicos amparados con fuero sindical¹⁴, en los eventos establecidos en la norma

acusada, viola las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República, por extralimitación en su ejercicio, por haber regulado lo relacionado con el fuero sindical de los servidores públicos, cuando las facultades eran para regular el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para el cumplimiento de sus funciones.

Ante esta controversia, la Corte inicia recordando que los servidores que desempeñan funciones en provisionalidad están en condición de transitoriedad y de excepción que encuentra su justificación en la continuidad del servicio, de suerte que se pueda dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado. En tal virtud gozan solamente de una estabilidad relativa hasta tanto se pueda proveer el empleo con quienes superen el concurso público de méritos. Así las cosas, en las circunstancias previstas por el artículo 24 del decreto-ley 760 de 2005 la desvinculación del trabajador se da por mandato constitucional y legal y no por despido o decisión unilateral del nominador. De ahí que no sea necesaria la autorización judicial, pues no se trata de verificar la existencia o no de justas causas del despido de trabajadores amparados con fuero, sino de dar cumplimiento a los procesos de selección para el ingreso a la función pública, fundados en el mérito y la igualdad de oportunidades de todos los aspirantes, tal como lo establece el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Se observa, además, que no existe extralimitación en el ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República para expedir los procedimientos que se han

14 El fuero sindical fue definido por el legislador como: "la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo". Código de procedimiento laboral, artículo 405, modificado por el decreto 204 de 1957.

de surtir por y ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, pues lo regulado por la norma cuestionada no es un asunto propio del fuero sindical, sino del procedimiento que ha de surtir ante el organismo constitucional competente, para dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

Por ello, frente al despido del trabajador sin calificación judicial previa, que desempeña el cargo en provisionalidad y se encuentra amparado con el fuero sindical, la Corte ha formulado varios pronunciamientos¹⁵, en los cuales se ha sostenido que no es necesario acudir a la autorización judicial para retirar a un empleado con fuero, pues las consecuencias jurídicas relacionadas con la relación o vínculo laboral se predicán de una definición legal de carácter general, como lo es el hecho de no haber superado las condiciones objetivas que le permiten acceder a cargos de carrera administrativa mediante la superación del proceso de selección. Con todo, ello no significa que el despido en estos casos no deba ser precedido de un acto administrativo motivado que pueda ser controvertido, a fin de evitar el eventual menoscabo de alguno de los derechos fundamentales de los servidores públicos.

Abandono del cargo

El literal i) del artículo 41 de la ley 909 de septiembre 23 de 2004, estableció como una causal de retiro del servicio la declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo. De acuerdo con los cargos formulados en la demanda de inconstitucionalidad, corresponde a la Corte establecer si la consagración del abandono del cargo como causal autónoma de retiro del servicio atenta contra

las garantías propias del debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política), por carencia de regulación específica del procedimiento que debe adelantar el funcionario competente.

La Corte considera (sentencia C-1189 de 2005, 2005) que existe una multiplicidad de disposiciones legales y reglamentarias -relativas a la Administración Pública- que consagran dentro de las causales de retiro del servicio, el abandono del cargo, sin perjuicio de la iniciación del respectivo proceso disciplinario. La Corte Constitucional ha establecido, además, que la coexistencia del abandono del cargo como causal de retiro del servicio en el régimen de la Administración Pública y como falta gravísima en el derecho disciplinario no implica la vulneración de la prohibición del doble enjuiciamiento o principio constitucional del non bis in ídem, sino que los dos regímenes están regidos por principios, funciones y finalidades diversos y que, si bien la posibilidad para la autoridad administrativa de declarar la vacancia del empleo ante la configuración de la causal de abandono del mismo conlleva una consecuencia negativa para el servidor o el funcionario público, ésta no constituye una medida sancionatoria.

No obstante, en esta actuación la Administración debe ofrecer las garantías propias del debido proceso por mandato de la Carta Fundamental y de los instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello, del examen efectuado, la Corte colige que la causal de retiro del servicio por abandono del cargo, consagrada en el literal i) del artículo 41 de la ley 909 de 2004 no tie-

15 Se recomienda consultar, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional T-1164 de 2001, T-002 de 2002 y T-746 de 2003

ne proyección hacia el derecho disciplinario, sino que se enmarca dentro de las medidas administrativas que tienden a dar plena aplicabilidad a los principios que rigen la función pública y a evitar traumatismos en su marcha normal, sin embargo, como se ha dicho, es preciso garantizar un debido proceso que excluya la arbitrariedad y brinde al funcionario la oportunidad de controvertir las razones de su eventual desvinculación, antes de que ésta se produzca, condicionando por ello la norma en referencia a la plena aplicación de los derechos de defensa y contradicción del empleado, antes de la expedición del acto administrativo mediante el cual se produzca su eventual retiro del servicio, siguiendo el procedimiento establecido en el inciso primero del artículo 35 del Código contencioso administrativo.

Pérdida de los derechos de Carrera Administrativa

De igual manera, el artículo 42 de la ley 909 de 2004 establece que se producirá el retiro de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos de la misma, cuando el empleado tome posesión de un cargo de libre nombramiento y remoción sin haber mediado la comisión respectiva. Ante el enjuiciamiento de esta disposición, la Corte (sentencia C-501 de 2005,

2005) tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre si vulnera la protección especial del trabajo, la posibilidad de retirar de la carrera a un funcionario, cuando se posesione en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin haber mediado la comisión respectiva. Considera el Tribunal Constitucional que la disposición en manera alguna desconoce el principio de estabilidad laboral o que con ella se haya establecido una causal de retiro de la carrera que resulta arbitraria o irrazonable.

CONCLUSIÓN

De la revisión jurisprudencial presentada puede concluirse entonces que ha sido tarea encomiable de la Corte Constitucional, interpretar a la luz del constituyente de 1991, los principios y valores que inspiran el sistema de mérito en el país, adoptando, mediante las acciones revisadas, decisiones trascendentales sobre la concepción y el alcance de la carrera administrativa; la Comisión Nacional del Servicio Civil; los sistemas de carrera; el empleo público; los procesos de selección y el retiro del servicio; decisiones que son una evidente demostración de su función como celoso guardián del ordenamiento constitucional colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

Jiménez, W.G. (2005). *Reforma administrativa y carrera administrativa en Colombia: frustraciones, razones y oportunidades*. documento presentado en el X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005

Hernández, P.A. (2004). *Bases constitucionales de función pública*. Bogotá, ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Longo, F. (2004). *Servicio civil y ética pública*. IX Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, Noviembre de 2004.

Oszlak, O. (2001). *El servicio civil en América Latina y el Caribe: situación y retos futuros*. VI Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la administración pública, Buenos Aires, Argentina, Noviembre de 2001

República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia de 1991*. Colombia.

República de Colombia (1957). *Decreto 204 de 1957*. Colombia.

República de Colombia (2005). *Decreto 760 de 2005*. Colombia.

República de Colombia (2005). *Decreto 765 de 2005*. Colombia.

República de Colombia (1992). *Ley 27 de 1992*. Colombia.

República de Colombia (1993). *Ley 100 de 1993*. Colombia.

República de Colombia (1998). *Ley 443 de 1998*. Colombia.

República de Colombia (2004). *Ley 909 de 2004*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional (1992). *Sentencia C-479 de 1992*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-391 de 1993*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1993). *Sentencia C-537 de 1993*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C- 195 de 1994*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-527 de 1994*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C- 040 de 1995*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-041 de 1995*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C- 030 de 1997*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-037 de 1996*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1997). *Sentencia C-063 de 1997*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C- 539 de 1998*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-110 de 1999*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-372 de 1999*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-474 de 1999*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C- 109 de 2000*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C- 371 de 2000*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C- 486 de 2000*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-563 de 2000*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C- 292 de 2001*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-200 de 2001*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-408 de 2001*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C- 954 de 2001*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C- 1177 de 2001*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-109 de 2002*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C- 517 de 2002*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C-793 de 2002*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C- 1079 de 2002*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C- 969 de 2003*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2004). *Sentencia C- 077 de 2004*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1174 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-452 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-501 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-733 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1119 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1174 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1175 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1189 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1230 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1262 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1263 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2005). *Sentencia C-1265 de 2005*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-315 de 1998*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2001). *Sentencia T-1164 de 2001*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T-002 de 2002*. Colombia.

República de Colombia, Corte Constitucional. (2003). *Sentencia T-746 de 2003*. Colombia.

Younes, D. (1998). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá, ed. Temis.