

**Efectos jurídicos de la motivación del acto de terminación de la provisionalidad
“derecho para la convivencia y la inclusión social”**

Libardo Guauta Rincón

Ramiro Mesa Vélez

Universidad La Gran Colombia

Facultad de Postgrados y Formación Continuada

Maestría en Derecho Administrativo con énfasis en Ciencias Políticas

Bogotá, D.C.

2015

Resumen

La situación laboral de los provisionales en Colombia, es un tema de preocupación actual, vigente y en proceso de construcción, principalmente por el activismo judicial de la Corte Constitucional, al que se ha sumado el Consejo de Estado; lo que no quiere decir que la administración y el propio Congreso de la República, tengan posiciones pacíficas al respecto, pues no de otra forma se entiende, la aprobación de dos (2) actos Legislativos en menos de tres (3) años, cuya materia era regular la relación laboral de los funcionarios antes mencionados; o la expedición de varias sentencias de unificación de la Corte Constitucional. De modo que, la investigación tiene como objetivo central determinar cuáles son los efectos jurídicos que se producirían en sede administrativa y en sede jurisdiccional, eso es: para la administración, el funcionario público y para el juez de lo contencioso administrativo, la motivación de los actos administrativos a través de los cuales la administración, da por terminada la relación laboral de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

Para los efectos del trabajo desde el punto de vista metodológico se propuso como estrategia metodológica central análisis de documentos y textos de corte legal; así mismo, análisis de la jurisprudencia emitida por las altas cortes: Consejo de Estado y Corte Constitucional, principalmente sobre principios constitucionales como el mérito y la motivación de los actos administrativos en materia laboral, más el estudio de la doctrina y derecho comparado sobre el tema, principalmente el Derecho Administrativo Laboral Español.

Palabras clave: Actos administrativos, provisionalidad, carrera administrativa, empleo público, responsabilidad administrativa y disciplinaria.

Abstrac

The employment status of the interim in Colombia , is a topic of current concern , current and under construction , mainly by the judicial activism of the Constitutional Court , which has joined the Council of State; what not to say that the administration and Congress itself , have positions peaceful about it, because otherwise no means the approval of two (2) Legislative acts within three (3) years, whose matter was to regulate the employment of the aforementioned officials; or the issue of unification gives several judgments of the Constitutional Court. So, research has as main objective to determine the legal effects that would result in administrative and jurisdictional authority are, that is, for the administration, the public official and the judge of administrative litigation , motivation administrative through which management actions, terminated the employment of civil servants in positions of provisional career .

For the purposes of work from the methodological point of view was proposed as a central methodological strategy document analysis and legal texts court; Likewise, analysis of the jurisprudence of the high courts: Council of State and the Constitutional Court, mainly on constitutional principles such as merit and motivation of administrative acts on labor, plus the study of the doctrine and comparative law on the subject mainly the Labor Administrative Law Spanish

Keywords: Administrative acts, provisional, administrative career civil service, administrative and disciplinary action.

NOTA DE ACEPTACIÓN

Observaciones

Firma Director Trabajo de Grado

Firma del presidente jurado

Firma del jurado

Firma del jurado

Ciudad _____ Mes _____ Año _____

Agradecimientos

Quiero agradecer al Dios de la vida por iluminar mi mente y darme las fuerzas necesarias para sacar adelante este proyecto, que hoy se hace realidad con la elaboración y aprobación del presente trabajo académico; a mis padres, hijos y compañera sentimental, razón de ser de mi existencia, irradiadores permanentes de energía, aliento en el cansancio, luz en el sendero y en la oscuridad producida por las dudas. A mi alma mater, universidad La Gran Colombia, a donde ingresé siendo un joven de provincia, hace más de dos (2) décadas, con la ilusión de estudiar derecho y donde gracias al apoyo de las directivas y compañeros, me he venido formando como profesional integral del derecho.

Libardo Guanta Rincón

A todas aquellas personas que hacen parte de mi vida, que me han acompañado en las buenas y en las malas y que me han comprendido mis momentos de aislamiento, los cuales han sido con el objetivo de sacar adelante mis proyectos profesionales que redundan en beneficios para todos. A la Universidad, directivas y cuerpo docente por abrirme las puertas.

Ramiro Mesa Vélez

Bogotá, D.C. _____

Señores

DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECA

Universidad La Gran Colombia

Ciudad

Estimados señores:

Me dirijo a ustedes en mi calidad de Decano (a), con el fin de poner en su conocimiento la aprobación y entrega del trabajo de grado de los estudiantes “Efectos jurídicos de la motivación del acto de terminación de la provisionalidad “derecho para la convivencia y la inclusión social”” para optar al título de magíster en Derecho Administrativo con énfasis en Ciencias Políticas Por lo anterior, informo que este trabajo reúne los requisitos exigidos en el Acuerdo 004 de mayo de 2013.

Sin otro particular,

Firma.

Bogotá, D.C. _____

Señores:

Departamento de Biblioteca
Universidad La Gran Colombia
Ciudad

Estimados señores:

Yo (nosotros)

_____, con C.C. No _____
_____, con C.C. No _____
_____, con C.C. No _____

Autor (es) exclusivo(s) del _____ titulado: _____

Para optar el título como _____ presentado y aprobado en el año _____ autorizo (amos) a la Universidad La Gran Colombia obra las atribuciones que se indican a continuación, teniendo en cuenta que en cualquier caso, la finalidad perseguida será facilitar, difundir y promover el aprendizaje, la enseñanza y la investigación; conforme al art. 2, 12, 30 (modificado por el art 5 de la ley 1520/2012), y 72 de la ley 23 de de 1982, Ley 44 de 1993, art. 4 y 11 Decisión Andina 351 de 1993 art. 11, Decreto 460 de 1995, Circular No 06/2002 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor para las Instituciones de Educación Superior, art. 15 Ley 1520 de 2012 y demás normas generales en la materia.

AUTORIZO (AUTORIZAMOS)	SI	NO
1. La conservación de los ejemplares necesarios en la Biblioteca.		
2. La consulta física o electrónica según corresponda.		
3. La reproducción por cualquier formato conocido o por conocer		
4. La comunicación pública por cualquier procedimiento o medio físico o electrónico, así como su puesta a disposición en Internet		

AUTORIZO (AUTORIZAMOS)	SI	NO
5. La inclusión en bases de datos y en sitios web sean éstos onerosos o gratuitos, existiendo con ellos previo convenio perfeccionado con la Universidad para efectos de satisfacer los fines previstos. En este evento, tales sitios y sus usuarios tendrán las mismas Facultades que las aquí concedidas con las mismas limitaciones y condiciones		
6. La inclusión en el repositorio Biblioteca Digital de la Universidad La Gran Colombia		

De acuerdo con la naturaleza del uso concedido, el presente consentimiento parcial se otorga a título gratuito por el máximo tiempo legal colombiano, con el propósito de que en dicho lapso mi (nuestra) obra sea explotada en las condiciones aquí estipuladas y para los fines indicados, respetando siempre la titularidad de los derechos patrimoniales y morales correspondientes, de acuerdo con los usos honrados, de manera proporcional y justificada a la finalidad perseguida, sin ánimo de lucro ni de comercialización.

“son propiedad de los autores los derechos morales sobre el trabajo”, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables; la Universidad La Gran Colombia está obligada a RESPETARLOS Y HACERLOS RESPETAR, para lo cual tomará las medidas convenientes para garantizar su cumplimiento.

NOTA: Información Confidencial:

Esta Monografía o Trabajo de Grado contiene información privilegiada, estratégica, confidencial y demás similar, o hace parte de una investigación que se adelanta y cuyos resultados finales no se han publicado. SI NO

En caso afirmativo expresamente indicaré (indicaremos), en carta adjunta, tal situación con el fin de que se mantenga la restricción de acceso.

Firma.....
Nombre.....
C.C. No.....de.....

Firma.....
Nombre.....
C.C. No.....de.....

Firma.....
Nombre.....
C.C. No.....de.....

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA

FACULTAD Y/O PROGRAMA _____

RAE Resumen Analíticos en Investigación (este debe realizarse en español)

1. TÍTULO (en mayúscula fija)

Efectos jurídicos de la motivación del acto de terminación de la provisionalidad
“derecho para la convivencia y la inclusión social”

2. TRABAJO PARA OPTAR AL TÍTULO DE:

Maestría en Derecho Administrativo con énfasis en Ciencias Políticas

3. AUTOR (ES) (en mayúscula inicial)

Libardo Guauta Rincón
Ramiro Mesa Vélez

4. DIRECTOR, ASESOR, CODIRECTOR O TUTOR

Dr. Carlos Arturo Hernández

5. LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

“Derecho para la convivencia y la inclusión social”

6. PALABRAS CLAVE O DESCRIPTORES (mínimo 5)

Actos administrativos, provisionalidad, carrera administrativa, mérito, empleo público, responsabilidad administrativa y disciplinaria.

MATERIAL ANEXO (Vídeo, audio, multimedia o producción electrónica):

7. RESUMEN (en español)

La situación laboral de los provisionales en Colombia, es un tema de preocupación actual, vigente y en proceso de construcción, principalmente por el activismo judicial de la Corte Constitucional, al que se ha sumado el Consejo de Estado; lo que no quiere decir que la

administración y el propio Congreso de la República, tengan posiciones pacíficas al respecto, pues no de otra forma se entiende, la aprobación de dos (2) actos legislativos en menos de tres (3) años, cuya materia era regular la relación laboral de los funcionarios antes mencionados; o la expedición de varias sentencias de unificación de la Corte Constitucional. De modo que, la investigación tiene como objetivo central determinar cuáles son los efectos jurídicos que se producirían en sede administrativa y en sede jurisdiccional, eso es: para la administración, el funcionario público y para el juez de lo contencioso administrativo; a partir de la motivación de los actos administrativos a través de los cuales la administración, da por terminada la relación laboral de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

Para los efectos del trabajo desde el punto de vista metodológico se propuso como estrategia metodológica central análisis de documentos y textos de corte legal; así mismo, análisis de la jurisprudencia emitida por las altas cortes: Consejo de Estado y Corte Constitucional, principalmente sobre principios constitucionales como el mérito y la motivación de los actos administrativos en materia laboral, más el estudio de la doctrina y derecho comparado sobre el tema, principalmente el Derecho Administrativo Laboral Español.

**CONCEPTO DE PUBLICACIÓN PARA ARTÍCULOS, TESIS, TRABAJOS y/o
MONOGRAFIAS DE GRADO**

Bogotá D.C. _____

Señores:

**Departamento de Biblioteca
Universidad La Gran Colombia
Ciudad**

Estimados señores:

El Comité de Investigaciones de la Facultad de _____, tiene el gusto de informarles a ustedes, que el _____, de los estudiantes _____, _____, _____ titulado _____, _____, ha sido revisado y aprobado su contenido como pertinente, de apoyo a la investigación y a la formación académica, por lo cual expreso que puede ser publicado en el Repositorio Institucional y disponer de la consulta pública en formato electrónico del documento, conforme a la carta de cesión de derecho de autor firmada por los autores.

Por lo anterior, informo que el contenido de este trabajo es conforme a las normas legales de derecho de autor.

Sin otro particular,

Vo. Bo. Decano

Vo. Bo. Coordinador de Investigaciones

Contenido

	pág.
Título	17
Introducción	18
Definición del problema	24
Justificación	27
Pregunta	30
Objetivos	31
Objetivo general	31
Objetivos específicos	31
Marco referencial	32
Marco Histórico	32
Marco Legal	32
Marco Teórico	32
Marco Conceptual	34
Diseño metodológico	35
Hipótesis	35
Metodología	35
Resultados y discusión	36
La función pública: el empleo público	36
Punto de partida. La función pública como instrumento para el logro de los fines estatales	36
El empleo (cargo) público.	44
presupuestos generales del empleo público.	48
El mérito como principio constitucional y su protección por parte de la corte constitucional	51

El mérito desde el punto de vista constitucional y legal	51
Visión jurisprudencial del principio del mérito.	59
diversas manifestaciones el mérito.	72
momentos de verificación del mérito: Evaluación.	79
La prueba de conocimientos	79
La evaluación del periodo de prueba	80
La evaluación del desempeño	82
Excepción jurisprudencial al principio constitucional del mérito: estabilidad reforzada	84
El sistema de carrera administrativa en Colombia y en el derecho comparado: sistemas abiertos y sistemas cerrados -	88
Sistema abierto o de puestos - Merit System	89
Sistemas de carrera administrativas cerrados	90
Procedimiento administrativo de carrera administrativa según la Ley 909 de 2004	93
Formas de provisión de los empleos en Colombia	94
Nombramientos	95
Nombramientos comunes.	95
Nombramientos excepcionales.	96
La Provisionalidad como mecanismo excepcional de la provisión de empleos	97
Actos administrativos reglados y actos administrativos discrecionales	102
Actos administrativos discrecionales	117
Actos administrativos reglados	129
Efectos jurídicos de la motivación del acto de terminación de la provisionalidad	132
Efectos procesales.	132
efectos para el servidor o exservidor público.	133
efectos en sede jurisdiccional.	138
responsabilidad administrativa y disciplinaria.	142
efectos en sede administrativa.	145
Conclusiones	152
Bibliografía	155

Abreviaturas utilizadas en las referencias

En el desarrollo de este trabajo, se utilizarán las siguientes abreviaturas y convenciones, algunas de las cuales son tomadas del profesor Diego López (López, 2011, p. 2)

Entidad

Convenciones

Corte Constitucional	CConst.
Consejo de Estado	CE.
Corte Suprema de Justicia	CSJ.
Consejo Superior de la Judicatura	CSJud.
Comisión Nacional del Servicio Civil	CNS.
Departamento Administrativo de la Función Pública	DAFP.
Consejo de Estado, Sala Plena	CE Plena.
Consejo de Estado, Sección Primera	CE 1.
Consejo de Estado, Sección Segunda	CE 2.
Consejo de Estado, Sección Segunda, Subdirección A	CE 2 A.
Consejo de Estado, Sección Segunda, Subdirección B	CE 2B.
Consejo de Estado, Sección Tercera	CE 3.
Consejo de Estado, Sección Cuarta	CE 4.
Consejo de Estado, Sección Quinta	CE 5.
Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil	CE Consulta.
Corte Suprema de Justicia, Sala Plena	CSJ Plena.
Corte Suprema de Justicia, Sala Civil y Agraria	CSJ Civil.
Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral	CSJ Laboral.
Corte Suprema de Justicia, Sala Penal	CSJ Penal.

Citación de códigos y normas.

Constitución Política de Colombia	CPC
Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	CPACA
Código Civil	CC

Código de Procedimiento Civil	CPC
Código General del Proceso	CGP
Código de Comercio	CCo
Código Penal	CP
Código de Procedimiento Penal	CPP
Código Sustantivo del Trabajo	CST
Código Procesal del Trabajo	CPT
Código de la Infancia y la Adolescencia	CIA
Código Nacional de Policía	CNP
Código de Régimen Municipal	CRM
Estatuto Tributario	ET
Ley	L
Artículo(s)	Art.(s)
Decreto	D
Decreto Legislativo	DL
Acuerdo	A
Acto Legislativo	AL
Resolución	Resl.
Capítulo	cap.
Edición	ed.
Edición revisada	ed. Rev.
Editor (Editores)	Ed. (Eds.)
Segunda edición	2ª ed.
Sin fecha	s.f.
Volumen (volúmenes)	Vol. (vols.)
Suplemento	Supl.
Traductor	Trad.
Página (páginas)	p. (pp)
Parte	pte.
Informe técnico cap. Capítulo de libro	Inf. Téc.

Título

Efectos jurídicos de la motivación del acto de terminación de la provisionalidad

Introducción

El Estado constituye la máxima instancia de articulación de relaciones sociales; de ahí que, desde el punto de vista de la gobernabilidad, del progreso económico y de la reducción de la desigualdad social, su papel en las sociedades contemporáneas es fundamental para el logro de niveles crecientes de bienestar colectivo y la construcción de un mejor Estado, lo cual se logra en gran medida a través de la profesionalización de la función pública, como instrumento indispensable para su desarrollo y como condición necesaria para satisfacer el interés general, el cumplimiento de los planes de desarrollo y la consecución de los fines esenciales del Estado, tal como se afirma en la Carta Iberoamericana de la Función Pública.

Así, la profesionalización de la función pública, ha de entenderse como:

La garantía a través de la cual los servidores públicos adoptan una serie de atributos como el mérito, la capacidad, la vocación de servicio, la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracia, para garantizar la eficiencia de la administración pública (Organización de las Naciones Unidas, 2003, p. 10).

Afirma, por ejemplo que, diversos estudios realizados por organismos internacionales registran evidencias acerca de una relación positiva entre la existencia de sistemas de función pública o servicio civil investidos de tales atributos y los niveles de confianza de los ciudadanos en la administración pública, la eficacia gubernamental, la lucha contra la corrupción, y la capacidad de crecimiento económico sustentable de los países, como quiera que una Administración profesional que incorpora tales sistemas contribuye al fortalecimiento institucional de los Estados y a la solidez del sistema democrático.

Sin embargo, para hacer posible la existencia de sistemas de tal naturaleza es necesario que la gestión del empleo y los recursos humanos al servicio de la función pública incorpore los criterios jurídicos, organizativos y técnicos así como las políticas y prácticas que caracterizan a un manejo transparente y eficaz del talento humano, pues el logro de una función pública

profesional y eficaz es, para cualquier sociedad democrática, un propósito permanente que encuentra en todo caso múltiples áreas de mejora de los arreglos institucionales existentes.

Se deja en claro que, se citan algunos apartes de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, como quiera que dentro de sus objetivos está el de convertirse para los países que la quieran adoptar, en un referente común en materia de función pública. El texto define un marco de referencia genérico, no vinculante, que deberá adaptarse en cada caso a la idiosincrasia, historia, cultura, tradición jurídica y entorno institucional propios de cada país. Su desarrollo admite concreciones normativas y políticas diferentes, acordes con dicha heterogeneidad.

Por otra parte, el empleado público visto como persona humana, constituye uno de los elementos esenciales para la existencia del Estado y para el logro de sus fines, quizá más importante que el territorio, las normas o el mismo reconocimiento internacional, por lo tanto no pueden abordarse los efectos jurídicos de la decisión administrativa de cierre o límite estatal en materia de terminación de la provisionalidad, desligando la condición humana de la meramente formal o funcional.

Ciertamente, se debe tener presente que el tratamiento jurídico que la administración le dé a una relación laboral involucra antes que a un servidor suyo, a una persona natural, un ser humano y no simplemente un ser laboral (funcional) que presta un servicio a cambio de una remuneración. Verlo de otra manera, sería tanto como desconocer, de pronto de manera caprichosa, que ese empleado público constituye el elemento central para el logro de las finalidades del Estado.

El derecho no puede verse de manera distante al servidor público y éste a su vez, no puede asumirse como un mero objeto material de la función pública o del servicio civil o de una relación laboral; de ahí que, una de las características principales del proceso de transformación del Derecho es el proceso de constitucionalización que han vivido las sociedades a partir de la segunda mitad del siglo XX. En este proceso, el desarrollo de la nueva Constitución Política de Colombia, la de 1991, ha implicado una transformación material del Derecho, que se refleja en el proceso de construcción de un nuevo espacio de reforma tanto en el ámbito constitucional como en el ámbito investigativo.

En efecto, un ejemplo claro, preciso y actual de dicha transformación se encuentra en el precedente jurisprudencial contenido en las sentencias C- 588 de 2009 y C- 249 de 2012, a

través de las cuales la Constitución declaró inexequibles los A Ls No- 01 de 2008 y 04 de 2011, que pretendían modificar y/o adicionar el Art. 125 Constitución Política como quiera que a su juicio pretendían sustituirla, pues desconocían el mérito como principio superior, para la selección de los funcionarios públicos de carrera administrativa. Igualmente, en decisiones de tutela la Corte ha expresado que “la función pública debe ponderarse con la estabilidad laboral reforzada de los discapacitados, en virtud del principio de “armonización concreta”” (CConst, T - 148, 2012 J. Henao).

La institución del servicio civil o de la función pública, dentro de la cual se encuentra el principio del mérito, como regla general de ingreso al servicio público, según lo dispone el Art. 125 CPC no ha sido la excepción a esa transformación que viene experimentando el derecho a nivel nacional, para sólo hablar de Colombia, desde la entrada en vigencia de la actual Constitución Política, en lo que se conoce por la doctrina como la constitucionalización del derecho dada su marca injerencia.

Así las cosas, con la expedición de la Constitución de 1991, el querer del constituyente primario en materia de vinculación a la función pública, servicio civil o servicio público para algunos, fue la carrera administrativa, tal como indica el Art. 125 constitucional al establecer como regla general que “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 trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...), con lo cual se pretenden garantizar principios como el mérito, la capacidad y la estabilidad en el cargo, “mismos que a la postre se convierten en derechos y logros ciudadanos subjetivos, como muestra clara de evolución de la organización administrativa del Estado, donde el modelo burocrático, lejos de extinguirse ha alcanzado un estadio de perfeccionamiento y maduración” (Rincón, 2009, p.79).

Es de recordar, que el Art. 21 Transitorio de la CPC, le imponía al Congreso de la República la obligación de expedir las normas derivadas del Art. 125 constitucional, dentro del año siguiente a su instalación. Para tales efectos, éste expidió la Ley 27 de 1992 y después la Ley 443 de 1998 y luego la Ley 909 de 2004. Esta última vigente en materia de carrera administrativa, ya que los A. Ls. 01 de 2008 y 04 de 2011, que adicionaban el mencionado Art. 125, fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional, como se indicó.

Así las cosas, a pesar de existir una normativa específica, como la Ley 909 de 2004, con una década de vigencia, la cual derogó, salvo algunos artículos, la Ley 443 de 1998, aún no existen criterios unificados sobre la aplicación del Sistema de Carrera Administrativa y las diferentes situaciones administrativas y judiciales que de su ejercicio se derivan tanto para la administración, el funcionario público y por qué no, para la jurisdicción Constitucional y la Contencioso Administrativa.

Las diferentes posiciones jurisprudenciales de las altas Cortes, la existencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la activa intervención del legislativo, han hecho que el trasegar del Art. 125 CPC y su desarrollo vigente, contenido en la Ley 909 de 2004, no haya sido nada pacífico, a tal punto que en este momento, con diez (10) años de vigencia de dicha normativa, el proceso de selección iniciado mediante la Convocatoria 01 de 2005, sigue en pleno desarrollo y a algunos aspirantes no se les ha definido su situación laboral.

En diversas decisiones de la Corte Constitucional, como las contenidas en las sentencias SU – 250 de 1998; 917 de 2010; T - 289 del 14 de abril de 2011; T – 654 del 5 septiembre de 2011; T- 147 de 2013; SU – 691 de 2011 y SU – 556 de 2014, entre otras, revoca y sustituye fallos de segunda instancia, incluso del Consejo de Estado, como se sabe órgano de cierre y máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa por mandato del Art. 237 CPC; se plasman las diversas posiciones de uno y otro sobre temas de carrera administrativa, especialmente, sobre la necesidad de motivar los actos administrativos, exigencia de la Ley 1437 de 2011, como la obligación de expresar los motivos y razones por las cuales se expide el acto, de manera que ya no será el mero paso del tiempo o la discrecionalidad del nominador lo que se consigne en el acto administrativo, sino que además, deberá existir una motivación jurídica y fáctica con los respectivos soportes de las situaciones objetivas y subjetivas que allí se consignan y que justifican la decisión de insubsistencia.

Así mismo, se crean sub reglas y precedentes que no obstante ser obligatorios para el juez contencioso y ahora para la administración en virtud de lo consagrado en los Arts. 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, a veces se desconocen, reinando la falta de claridad sobre instituciones como el ingreso, permanencia, ascenso, retiro del servicio público (para los provisionales, que es el caso materia de estudio), debido en buena medida a la inactividad del legislador, la dispersión de las normas, el exceso de decretos reglamentarios y la consagración de sistemas de carreras

especiales; y porque no decirlo, a la poca atención que las autoridades públicas le han dado a la profesionalización de sus servidores y a la formalización de sus plantas de personal por medio de la carrera administrativa.

Ciertamente, la calidad de los diferentes sistemas nacionales de función pública o servicio civil, así como la eficacia de los principios, procedimientos, políticas y prácticas de gestión que configuran un sistema de función pública requiere que todos ellos sean debidamente contextualizados y regulados positivamente, en el entorno institucional en el que deben desarrollarse y operar, para evitar tratos desiguales, vulneración de derechos fundamentales, expedición de actos administrativos ilegales; así mismo, para contar con unos poderes y una administración garantista como dice el profesor Luigi Ferrajoli, reafirmando el contenido de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, ya citada anteriormente.

Este trabajo se ocupa de determinar, especialmente, cuáles son los efectos jurídicos que producirían para la administración, el funcionario público y para el juez administrativo, la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se da por terminada la relación laboral de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, confrontando la institución con el derecho Español, en donde la legislación vigente establece un procedimiento especial y diferente al caso colombiano, para proveer los cargos en provisionalidad, como quiera que el Art. 10.2 de la Ley 7ª de 2007, exige a la administración realizar una convocatoria pública y un concurso de méritos: con la primera se pretende garantizar el principio de publicidad y la libertad de concurrencia y con la segunda, el principio del mérito a través de la verificación de las competencias que cada cargo exige.

Por ello, se puede afirmar que la situación de los provisionales, es un tema inquietante no solo para la administración y para los jueces, sino también para el Congreso de la República, pues solo así se entiende se hayan expedido dos (2) A.Ls.: el 01 de 2008 y el 04 de 2011, cuyo propósito fundamental era darle un tratamiento diferencial aunque discriminatorio a los provisionales, aun desconociendo los postulados superiores consagrados en el Art. 125 C.P.C.; o que la Corte Constitucional haya tenido que acudir a una sentencia de unificación para fijar los topes de las indemnizaciones producto de las acciones de tutela promovidas por exfuncionarios del suprimido Departamento Administrativo de Seguridad “DAS” o de la Fiscalía General de la Nación, que se quedaron sin empleo por estar vinculados en provisionalidad, para zanjar la

posibilidad de que se ordenaran indemnizaciones excesivas por el daño surgido; decisión contenida en la sentencia SU-556 del 23 de julio de 2014, con ponencia del magistrado Luis Guillermo Guerrero.

Otra muestra de la preocupación estatal, en general, por la situación administrativa laboral de los provisionales se establece en el Art. 8° Ley 790 de 2002, reglamentado por el D 190 de 2003, más conocida como ley de renovación de la administración pública, que establece la figura del reconocimiento económico para la rehabilitación profesional y técnica que se define como una suma de dinero equivalente a un porcentaje de la asignación básica mensual, destinada a la rehabilitación laboral, profesional y técnica de los empleados públicos de libre nombramiento y remoción diferentes al nivel directivo y de carrera administrativa con nombramiento provisional que sean retirados del servicio dentro del programa de Renovación de la Administración Pública.

Allí se ve como, de manera expresa se incluyen a los servidores públicos que estén ocupando cargos de carrera en provisionalidad, en los organismos y entidades de la rama ejecutiva del orden nacional, que sean retirados del servicio por supresión del cargo en desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública, para recibir un reconocimiento económico destinado a su rehabilitación laboral, profesional y técnica, el cual no constituye para efecto alguno salario o factor salarial y el pago del mismo no genera relación laboral.

Este reconocimiento económico consistirá en una suma de dinero equivalente a un porcentaje no inferior al cincuenta por ciento (50%) de la asignación básica correspondiente al cargo suprimido, el cual se pagará en mensualidades durante un plazo no mayor a doce (12) meses, para lo cual deben acreditar las exigencias establecidas en el D 190 de 2003, ya mencionado.

Sin temor a equivocación alguna y como única manera de aprender y de decir algo nuevo sobre el particular para el mundo académico, “es menos malo agitarse en la duda que descansar en el error” (Manzoni, 2014, p.1). Bienvenidas las críticas.

Definición del problema

Dentro de la organización y estructura del Estado colombiano, a partir de las voces del Art. 113 constitucional, los diferentes órganos y entidades del Estado tienen funciones separadas en el marco del principio de la separación de poderes o del cumplimiento de las funciones naturales, como también se le conoce; sin perjuicio de la colaboración armónica que debe existir entre ellos, lo cual hace que entratándose de la rama judicial, cada jurisdicción tenga asignadas funciones de orden constitucional y legal según de su especialidad.

Así las cosas, al Consejo de Estado como órgano cúspide de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con el Art. 237 superior, le corresponde desempeñar, entre otras funciones, la de máximo tribunal de lo contencioso administrativo; en tal virtud, puede suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial. Ello, en lenguaje jurídico significa que a la luz de los Arts. 137 y 138 del CPACA, los conflictos o litigios derivados de la expedición de los actos administrativos expedidos en virtud de la relación legal y reglamentaria que rige a los funcionarios públicos de la rama ejecutiva a quienes se les aplica en su integridad la Ley 909 de 2004, o estatuto general de la carrera administrativa, serán sometidos al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por ser ésta el juez natural de la administración.

En tal sentido, el nombramiento de los funcionarios públicos en provisionalidad, se produce a través de la expedición de un acto administrativo motivado, pues para la provisión de los empleos vacantes mediante la modalidad de la provisionalidad, la ley exige el agotamiento de una serie de prioridades respecto de funcionarios con mejor derecho; vale decir, los de carrera administrativa. Existe preferencia por otras modalidades de provisión de cargos, siendo la aquí nombrada, la última. Su desvinculación o terminación de la relación laboral, ocurre por medio de acto administrativo, generalmente resolución, motivada, gracias a las subreglas fijadas por la Corte Constitucional y acogidas por el Consejo de Estado, en varias sentencias que serán materia de estudio en este trabajo de investigación.

Así las cosas, el nombramiento en provisionalidad constituye una forma expedita, transitoria y excepcional de proveer un cargo público, que desde el punto de vista jurisprudencial ha de entenderse como:

La vinculación en calidad de provisional constituye un modo de proveer cargos públicos “cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”. Los cargos provisionales, como su nombre lo indica, son de carácter transitorio y excepcional y buscan solucionar las necesidades del servicio y evitar la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se realizan los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes en una determinada entidad, en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad (CConst. T- 147/ 2013, J. Pretelt).

El acto administrativo aludido es pasible de control de legalidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el Art. 85 del Código Contencioso Administrativo, hoy día denominados medios de control por la Ley 1437 de 2011, que permite, también, la pretensión de nulidad simple. Allí se surtirá, por regla general las dos instancias, culminando el ciclo procesal que le es propio, según los Arts. 179 y s.s. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.-.

En lo que respecta a la jurisdicción constitucional, tenemos que su máximo y único exponente es la Corte Constitucional, a quien por orden expresa de los Arts. 239 y s.s. constitucionales, se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, debiendo, bajo tal mandato “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”, siendo sus providencias de acatamiento forzoso para los demás jueces de la República, por el precedente (ratio decidendi) jurisprudencial, así los efectos de los fallos de tutela se prediquen inter partes. Es decir, que también llegan al conocimiento de la alta corporación en ejercicio del control concreto de constitucionalidad, por vía de revisión, los conflictos o litigios derivados de la expedición de actos administrativos en materia de terminación de la provisionalidad.

Ahora bien, si ya existe consenso por las cortes de cierre antes nombradas, sobre la exigencia de motivar los actos administrativos límites de la provisionalidad, sin que sea una exigencia de la Ley 909 de 2004, a la administración, no le queda otra alternativa que acoger en su integridad las decisiones tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, no solo

por la imperatividad del precedente jurisprudencial, sino por la positivización del mismo, en los términos del Art. 102 del CPACA. Sin embargo, vale la pena reflexionar sobre las implicaciones que tiene para la administración que no está preparada para evaluar, por ejemplo a los provisionales, para concertar objetivos o compromisos laborales y de desempeño, que le permitan en un momento determinado “medir” el rendimiento de un provisional.

Así las cosas, la exigencia de motivar expresamente los actos de terminación de la provisionalidad, implicaría la revisión de los procesos y de los procedimientos de las entidades a las cuales se le aplica la Ley 909 de 2004, pues estos están diseñados para evaluar el desempeño de los funcionarios públicos de carrera administrativa, quienes claramente tienen derechos diferentes a los provisionales, siendo anti técnico, jurídicamente hablando, asimilarlos; impondría el cumplimiento y observancia de varios presupuestos procesales por parte del funcionario o ex funcionario y, además, compromete de manera distinta el control de legalidad del acto administrativo de que se trate, por parte de la jurisdicción de lo contencioso de manera general y de la Corte Constitucional de modo particular. Todo ello sin desconocer que la desvinculación de plano de un funcionario en provisionalidad, podría tener incidencia fiscal y disciplinaria para quien suscribe el acto cuestionado.

En suma, no existe claridad sobre los efectos jurídicos que puede llegar a tener para la administración, para el destinatario del acto (ex servidor), e incluso para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la motivación expedita del acto de insubsistencia del empleo provisional, o la ausencia de la misma, en gran medida porque no existe regla o precepto legal específico que consagre tales efectos.

Justificación

Si bien es cierto que por consagración constitucional *el trabajo es socialmente obligatorio*, no es menos cierto que al tenor del Art. 54 constitucional, “Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.”, consagración que pone de manifiesto que el derecho a trabajar y a la ubicación laboral, según la formación de cada individuo es un deber para el Estado que permite la realización del individuo, de la persona humana. Que le reconoce la posibilidad real de crecer y enriquecerse personal, familiar y profesionalmente, al tiempo que le provee los recursos económicos para su subsistencia y la de su familia.

El trabajo, al tenor del imperativo supralegal del Art. 53, debe tener en cuenta por lo menos principios fundamentales como la 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; así mismo, la protección especial para la mujer, la maternidad y para el trabajador menor de edad.

Así mismo, la Constitución, en la parte final del art. 53, ya citado, precisa que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”.

Si ello es así, es apenas lógico que las altas cortes encargadas de impartir justicia y de resolver los conflictos que se susciten en desarrollo de las relaciones laborales existentes entre la administración como empleadora y el servidor público, como empleado, tengan unidad de criterio, de posiciones respecto de las decisiones de fondo en cada uno de los litigios que ante

ellas se promuevan, pues la contradicción entre las varias posiciones de los órganos judiciales obliga al demandante a cumplir con varias instancias para conocer una sentencia con efectos de cosa juzgada, lo cual si bien es propio de la autonomía de los jueces y de las decisiones límite en cada jurisdicción, podría dar al traste con la garantía de principios como la violación del debido proceso, la seguridad jurídica y el libre acceso a la administración de justicia.

Es claro que el Consejo de Estado como máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, es quien toma las decisiones de última instancia en materia de controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado y que sus decisiones se convierten en un precedente obligatorio, conocido como la obligatoriedad de la jurisprudencia, mismo que hoy día en virtud de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o Ley 1437 de 2011, particularmente, los Arts. 10, 102, 169 y 172, deberá ser observado por la administración al resolver las peticiones que se le formulen. Ello sin perjuicio del carácter vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional sobre la materia.

No obstante, la consagración legal de un derecho, *per se*, no es garantía de su efectividad y cumplimiento, por lo que así existan postulados como los arts. 53 y 54 constitucionales, el Art. 125 de la Constitución Política, la Ley 909 de 2004, y los precedentes jurisprudenciales y las subreglas fijadas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, la administración no cuenta con marcos jurídicos para adecuar los procesos y procedimientos que garanticen la efectividad de los derechos de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad.

Las diferentes entidades a las cuales se les aplica la Ley 909 de 2004, asumen posiciones diversas ante sentencias adversas en materia de nulidades con restablecimiento del derecho, pues el marco legal de la función pública está establecido para los funcionarios de carrera, no para provisionales, por lo que investigar sobre los efectos jurídicos que se generan a partir de la motivación del acto de terminación de la provisionalidad, más que justificarse, es una necesidad.

Es necesario determinar si el hecho de motivar un acto administrativo de la naturaleza citada, vulneraría derechos preferenciales de quienes sometidos a un concurso público de méritos, ocupan el primer puesto y no podrían acceder al nombramiento en periodo de prueba, de manera inmediata, una vez en firme la lista de elegibles, por estar pendiente, por ejemplo, de

resolver un recurso en sede administrativa, interpuesto por un funcionario en provisionalidad contra el acto de declaratoria de insubsistencia.

Pregunta

¿Qué efectos jurídicos produce la motivación y la falta de la misma en los actos de declaratoria de insubsistencia del empleo provisional?

Objetivos

Objetivo general

Establecer los efectos jurídicos de la motivación de los actos administrativos a través de los cuales, se declara insubsistente el nombramiento de funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad.

Objetivos específicos

Determinar las formas y los procedimientos para el ingreso y permanencia en los empleos de carrera administrativa.

Establecer el valor del principio constitucional del mérito en el sistema de carrera administrativa.

Establecer la forma de provisión de los empleos pertenecientes a la carrera administrativa y al servicio civil en general.

Establecer las implicaciones jurídicas de la motivación expresa de los actos de declaratoria de insubsistencia del empleo provisional.

Determinar el control de legalidad de los actos administrativos expedidos en materia de carrera administrativa y sus presupuestos procesales.

Marco referencial

Marco Histórico

La Constitución Política de 1991, facultó y exhortó al Congreso de la República para expedir normas en materia de carrera administrativa. La Constitución de 1886 no regulaba de manera expresa la actual forma de vinculación a la función pública o servicio civil, como también se le conoce a la relación laboral entre el Estado y el Servidor Público. Antes de esta disposición superior, apenas se hablaba de la gran reforma administrativa de la década de los 70. Fue así como se han expedido, desde 1992, las leyes: i) 27 de 1992; ii) 443 de 1998 y la iii) 909 de 2004, que actualmente se encuentra vigente. En desarrollo de la última normativa, se inició el proceso de selección de méritos, más emblemático del sistema de carrera administrativa, en la historia reciente del país: la Convocatoria 01 de 2005, que han no ha culminado.

Marco Legal

El marco legal del presente trabajo de investigación, tiene como base fundamental el bloque de constitucionalidad; la Constitución Política de Colombia, la Ley 909 de 2004 y demás normas reglamentarias o complementarias; la Ley 1437 de 2011 y sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado que abordan de manera específica el problema jurídico objeto de investigación.

Marco Teórico

La época laboral actual se caracteriza por el natural anhelo de los aspirantes a ocupar cargos públicos, de tener una estabilidad y una continuidad en su relación laboral con el Estado, a la postre el mayor empleador en Colombia; sobre todo por la regla establecida en el Art. 125 constitucional, que determina como precepto general que los cargos públicos son carrera y que el sistema de selección basado en el principio constitucional del mérito, materializados en los

concursos público es la única forma de acceder a las garantías, privilegios y derechos que otorga el sistema de carrera administrativa.

De esta manera, es natural que quien esté ocupando un cargo en carrera administrativa, luche por su permanencia y su ascenso, y quienes participan en los diferentes procesos de selección organizados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, aspiren a ingresar a la carrera administrativa, pues superar las diferentes etapas del proceso de selección los legitima para adquirir los derechos de carrera. No sucede lo mismo con quienes sin encontrarse en las dos (2) situaciones antes anotadas, desempeñan cargos de carrera, pero en provisionalidad. En efecto, tales funcionarios públicos, antes que ostentar tal condición, son seres humanos con necesidades, anhelos y ambiciones como cualquier otro servidor; pero, desafortunadamente, sin haber cumplido con las exigencias de los procesos de selección.

Nótese que al margen de cualquiera de las condiciones en que encuentre el servidor público o el aspirante a serlo, el Estado y particularmente la administración, no puede parar. Tiene la obligación constitucional de cumplir con sus funciones y competencias para el logro de los fines estatales, cometidos que no puede lograr sin la necesaria presencia del trabajador: persona humana. Es decir, claramente, se tienen que cumplir las funciones y las metas a cargo de cada entidad, así sea con personal de carrera en propiedad o en provisionalidad o contratistas y así sobrevengan litigios y controversias que le impongan cargas adicionales a las establecidas en la Constitución, la ley o los reglamentos.

Así las cosas, esas cargas adicionales para la administración se ven reflejadas en la propia motivación del acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional, que la Ley expresamente no lo consagra. Igualmente, en el establecimiento de instrumentos de evaluación de desempeño de los provisionales, que tampoco la normativa especial lo regula. Además, la resolución de recursos en sede administrativa y la contestación de demandas contenciosas; y, en el plano personal, acciones disciplinarias y hasta fiscales para el funcionario que suscribe el acto administrativo sin motivar.

Por dichas razones, la investigación se abordará desde un punto de vista jurídico, pues es en desarrollo de la actividad legislativa y de la función de administrar justicia que se han forjado las diferentes tesis sobre la motivación o no de los actos administrativos por medio de los cuales se declara insubsistente el nombramiento de funcionarios que ocupan cargos de carrera

administrativa en provisionalidad, que no superaron el concurso público de méritos o que no hicieron parte de él.

Adicionalmente, el trabajo se apoyará en el análisis de diversas sentencias que han establecido subreglas que permiten la aplicación del sistema de carrera administrativa en Colombia, en ausencia de normas claras y precisas que se ocupen de regular la terminación de la relación laboral de los provisionales, entendida como una forma excepcional y transitoria de proveer cargos vacantes definitiva o transitoriamente, por necesidades del servicio e impedir la parálisis en el ejercicio de las funciones públicas mientras se verifican los procedimientos ordinarios para cubrir las vacantes existente en una determinada entidad.

Marco Conceptual

Desde la postura epistemológica que se asume para validar los conceptos desde la fuente legal, la jurisprudencial y la doctrinaria, el presente trabajo exige establecer las diversas acepciones sobre los conceptos de: i) carrera administrativa; ii) sistemas universales de carrera administrativa. En cuál sistema se ubica Colombia; iii) formas de vinculación al servicio civil; iv) procedimientos para el ingreso y permanencia en los empleos de carrera administrativa; v) la forma de provisión de los empleos pertenecientes a la carrera administrativa; vi) el mérito como principio rector de la carrera administrativa y las diferentes formas de verificación en el desempeño o ejercicio del cargo; vii) diferencias entre actos administrativos discrecionales y actos administrativos reglados; viii) el control de legalidad de los actos administrativos expedidos en materia de carrera administrativa; ix) presupuestos procesales para el ejercicio de los medios de control, y x) los efectos jurídicos que produce voluntad motivada de la administración en sede administrativa y en sede jurisdiccional.

Diseño metodológico

Hipótesis

La motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se declara insubsistente el nombramiento de funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad y que no superaron el concurso público de méritos o que no participaron en éste, tendría como jurídico que tales funcionarios deberían ser objeto del mismo tratamiento que aquellos que gozan de derechos de carrera administrativa, entendiéndose: concertación de objetivos, evaluación de desempeño, motivación expresa del acto de insubsistencia y catálogo de estímulos e incentivos.

La motivación de los actos administrativos objeto de análisis podría llegar a crear derechos subjetivos en cabeza del destinatario del acto, obligando a la administración a diseñar e implementar procesos y procedimientos para evaluar el desempeño de los provisionales, prolongando indefinidamente la provisionalidad, situación administrativa legalmente está prohibida, pero que por los efectos de la motivación podría llegar a presentarse mientras se surten los procesos de selección en su totalidad.

Metodología

La estrategia metodológica central para esta investigación corresponde al método hermenéutico analítico, como quiera que se basa, principalmente, en el análisis documental, centrándonos en textos de corte legal y jurisprudencias emitidas por las altas cortes: Consejo de Estado y Corte Constitucional, principalmente; estudio de doctrina y derecho comparado sobre el tema. Por la naturaleza de la investigación, no se manejan variables de estudio.

Resultados y discusión

La función pública: el empleo público

Punto de partida. La función pública como instrumento para el logro de los fines estatales

Se inicia expresando que uno de los modelos de administración a los cuales más se acude para sugerir el ideal de administración, para lograr el máximo de eficiencia de las entidades y al mismo tiempo el control del funcionario público – en este caso- es el modelo de organización burocrático propuesto por Max Weber. Según el ilustre pensador alemán, la burocracia puede ser entendida con una forma de organización eficiente por excelencia, que por su misma concepción está llamada a resolver racional y eficientemente los problemas de la sociedad y de paso, los de las entidades o empresas, siendo la primera una concepción sociológica y la segunda administrativista. Recuperado de <http://www.gestiopolis.com/modelo-burocratico-organizacion-max-weber-enfoque-decidofobico/>

Así mismo, según las voces de los Arts. 125 y 209 CPC, en concordancia con el Art. 2° de la Ley 909 de 2004, la función administrativa está al servicio de los intereses generales, consagración que comprende la función pública entendida en términos de relaciones laborales entre el Estado y sus servidores, por lo que deben desarrollarse con base en los principios superiores de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, adicionado con el principio constitucional del mérito, como pilar fundamental en los procesos de selección del personal a través de las convocatorias públicas y como elementos sustantivos del modelo burocrático basado en la capacidad profesional.

De otra parte, la Ley 909 de 2004 como marco legal de la carrera administrativa se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, especialmente sobre la base de criterios básicos como i) la profesionalización de los recursos humanos; ii) la flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para

adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad; iii) la responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado y la iv) capacitación para aumentar los niveles de eficacia.

Es aquí donde se considera, convergen la filosofía de la función pública colombiana y las características del modelo burocrático weberiano.

Recuérdese que este modelo busca ante todo la eficiencia y la racionalidad, siendo del caso recordar que del mismo se pueden extraer como presupuestos: i) el carácter legal de las normas y los reglamentos (principio de legalidad); ii) la impersonalidad en las relaciones de trabajo; iii) jerarquía bien establecida de la autoridad; iv) rutinas y procedimientos de trabajo estandarizados en guías y manuales; v) competencia técnica y meritocrática; vi) especialización de la administración y de los administradores, como una clase separada y diferenciada de la propiedad (los accionistas); vii) profesionalización de los participantes y viii) completa previsibilidad del funcionamiento (Gradin, 2009, p. 61).

Es de recordar que Weber en sus escritos integraba en la Organización Administrativa, la eficiencia y estabilidad. La primera hacía referencia al medio que tiene la Administración para ejercer un control más efectivo y la segunda ofrece los resultados, en cuanto a disciplina y operabilidad.

Como se recordará, el modelo weberiano inicia con una concepción sociológica para dar paso a una administrativa, a una forma de organización no solamente pública, sino también aplicable al sector privado, pues el éxito de una organización, no necesariamente está ligada a su naturaleza jurídica, lo cual permite afirmar que su vigencia, en gran medida radica, precisamente en eso, en que se trata de un paradigma o modelo de organización sociológico administrativa, que atiende a la estructura de la organización (entidad) a la capacidad y mérito del funcionario y a la obligación de “detallar y precisar por anticipado cómo deben hacerse las cosas” lo cual, en estos tiempos está ligado al principio constitucional de pre existencia de funciones y de previsión de los empleos en las plantas de personal, contenido en el Art. 122 CPC; así mismo, al principio de planeación, que debe estar presente en todas las actividades públicas, como es el caso de la presente investigación.

El modelo burocrático, tiene plena vigencia en el sistema colombiano de carrera administrativa, pues la propia Corte Constitucional en una de las sentencias hito sobre la exigencia expresa de motivar de los actos administrativos límite de la provisionalidad y sobre la

imperatividad del mérito en los procesos de selección de personal, se refiere expresamente a él, en los siguientes términos:

*De la misma forma, es necesario reconocer que la implementación de un **sistema de burocracia** basado en el mérito y la igualdad de oportunidades contribuye a la consolidación de la democracia en el marco de un Estado social de derecho, como lo demuestran experiencias comparadas relativamente recientes. (CConst. SU – 917/2010, J. Palacio). (Negrilla personal).*

En los últimos veinte años, todos los países para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE – han comenzado procesos de reforma y modernización de la Administración Pública con el fin de introducir en el ámbito público una gestión basada en los principios de eficacia y eficiencia.

Entre los defensores del nuevo paradigma de gestión pública, la Administración tradicional de influencia weberiana fue cuestionada y, el concepto de burócratas, revisado. Estos procesos han supuesto una reforma de la función pública, y, con ello, de la carrera administrativa. Transcurridas dos décadas de reforma, resulta extremadamente interesante analizar los principales logros de estos procesos de reforma y, también, aquellos aspectos que no han tenido el efecto deseado.

Tradicionalmente, se han diferenciado dos sistemas de función pública: el sistema de carrera, o cerrado, y el sistema de puesto, o abierto. Podría identificarse también un tercer género, el sistema de gestión departamental (Blanco, 2006, p. 201).

En este punto se considera pertinente traer a colación la definición de función pública para la Carta Iberoamericana de la Función Pública, por ser un instrumento orientador de la materia, para Colombia, como se anotó en el apartado introductorio de la presente investigación. Para dicho instrumento multilateral, “la institución invocada está constituida por el conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada” (Organización de las Naciones Unidas, 2003, p. 12). Dichos arreglos comprenden “normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general” (Puentes, 2009, p. 30).

Precisa la Carta que en marco de lo público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos, concepción que, igualmente, coinciden los planteamientos del modelo weberiano, lo cual justifica aún más, citar apartes de uno y otro en este ejercicio académico.

De otro lado y en palabras del profesor Jorge Iván Rincón, citado en este trabajo cuando se hace alusión a su obra de Derecho Administrativo Laboral, en la actualidad no existe duda alguna respecto del importante papel que desempeñan las administraciones públicas en la satisfacción de las necesidades colectivas y por ende en el logro de los fines estatales. La rama del poder público a la que antaño sólo se le adjudicaba una función de simple ejecución de la ley, hoy por hoy se distingue por tener a su cargo cualquier cantidad de variadas tareas, derivadas de los cambios históricos, sociales, políticas y económicos y fenómenos como la globalización y la regionalización de las relaciones entre los Estados, lo que exige para su realización conocimientos técnicos, de administración, como por ejemplo en materia de medio ambiente, urbanismo, regulación de la economía, etc.

Esta realidad ha hecho que la Rama Ejecutiva y la función pública de la cual hace parte la carrera administrativa como sistema de administración de personal, evolucione para adecuarse a las nuevas realidades de un mundo cambiante y muy agitado, por eso el derecho, entendido, para los efectos aquí propuestos, como la normatividad escrita, la ha dotado de instrumentos jurídicos. Situación que también hace que instituciones como el servicio público, la contratación estatal, la potestad sancionadora y el acto administrativo como expresión del quehacer administrativo (manifestación de voluntad) deban leerse a la luz de una sociedad que exige respuestas inmediatas y satisfactorias de intereses generales.

Por consiguiente, las instituciones públicas y sus funciones exigen replanteamientos y adecuaciones permanentes para adecuarse al mundo moderno y actual, para el mejor cumplimiento de las tareas administrativas a su cargo; con mayor razón debemos detenernos en el elemento humano, en el personal, en el funcionario público, que al fin y al cabo es el único que puede utilizar las competencias y las herramientas entregadas por el derecho, para el logro de los fines estatales, se reitera.

Así las cosas, la función pública y el empleo público como una parte o una subdivisión del Derecho Administrativo, se convierte en piedra angular para la consolidación de un Estado Social y de Derecho en donde se evidencia una relación directa entre la profesionalidad de sus empleados o agentes y la correcta, oportuna y efectiva prestación de los servicios públicos, aunque evidentemente para el Estado pareciera que no es un tema definitivo formar académicamente y profesionalmente a sus servidores.

En cuanto a la importancia del funcionario público dentro de la estructura del Estado, debe agregársele el núcleo esencial de los derechos constitucionales de éstos, los cuales están llamados a protección especial por parte del juez, en defecto de la administración: todos los servidores públicos tienen unos derechos subjetivos dignos de reconocimiento y protección, dependiendo la condición que ostenten dentro de la función pública.

De otra parte, por consagración constitucional el trabajo es socialmente obligatorio. En los términos del Art. 54 CPC “(...) “El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.” (CConst. T – 754/1999, A. Martínez), consagración superior que pone de manifiesto que el derecho a trabajar y a la ubicación laboral, según la formación académica de cada persona es un deber “social” del Estado, que podría llegar a convertirse en deber “fundamental” por conexidad; que permite la realización del individuo, de la persona humana. Que le da la posibilidad de crecer y enriquecerse personal y profesionalmente, a tiempo que le genera los recursos económicos para su subsistencia y la de su familia.

El trabajo, al tenor del imperativo supralegal, debe tener en cuenta por lo menos principios fundamentales como: “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.”, en los precisos términos del Art. 53 CPC.

Así mismo, la Constitución en la parte final del Art. 53, ya citado, precisa que “La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores”, de tal suerte que en aplicación de los principios de capacidad y mérito, el servidor público no dependería de la voluntad de la administración de turno, de una aval político que lo recomiende, pues como lo advierte el art. 125 CPC, “En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción”.

Es decir, no debería tener presión alguna para conservar su estabilidad laboral dentro del sistema de carrera administrativa. Una vez inscrito en carrera, serán su desempeño y capacidad laboral quienes le darán la estabilidad material que el sistema de carrera administrativa le ofrece, de tal manera que reinará la impersonalidad en las relaciones de trabajo, como característica esencial del sistema de carrera y del propio modelo burocrático weberiano, que hemos venido relacionando.

Sin embargo, es preciso advertir que la estabilidad material que se predica de la carrera administrativa, como se dijo antes, no es absoluta. Se ha creído de manera equivocada por parte de los funcionarios que adquieren la condición de ingreso a la carrera, que hasta allí llegó su preocupación, que son inamovibles. El fuero de inamovilidad no existe; de tal manera que, la adquisición de la condición indicada apenas es el medio para el ingreso a la función pública. En efecto, el funcionario tiene la obligación de capacitarse y la administración de evaluarlo, de medir su capacidad, permanentemente.

En tal sentido, el numeral 2º del Art. 3º de Ley 909 de 2004, cuando se refiere a los principios, precisa que la ley se orienta “al logro de la satisfacción de los intereses generales y a la efectiva prestación del servicio, de lo cual se derivan tres (3) criterios básicos:

a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos”; así mismo, “c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión y la “d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia” (Comisión Nacional del Servicio Civil, 2008, p. 1)

Adicionalmente, el Art. 37 *ibídem*, establece en el Título VI, capítulo II, los principios que orientan la permanencia en el servicio y de la evaluación del desempeño, precisando que el mérito es el principio según el cual la permanencia en los cargos de carrera administrativa exige la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo, el logro de resultados y realizaciones en el desarrollo y ejercicio de la función pública y la adquisición de las nuevas competencias que demande el ejercicio de la misma, denotando claramente y sin lugar a equívocos que con el ingreso a la carrera, lo que se adquieren son verdaderos compromisos para permanecer en el ejercicio del cargo, situación distinta es que el funcionario no tenga consciencia de sus deberes y obligaciones o que la administración no exija su cumplimiento porque no se preocupa ejecutar los programas de capacitación o porque la solemnidad de las evaluaciones se convierten en simples trámites administrativos, carentes de toda objetividad.

Por su parte, el art. 1º la Ley 909 de 2004, preceptúa que quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad y la efectiva prestación del servicio. Así mismo, los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad.

De esta manera, la expresión función pública, en sentido amplio, se acepta como designación del conjunto de regímenes que regulan las relaciones laborales entre el Estado y sus servidores, la cual hace parte de lo que hoy día se denomina Derecho Administrativo Laboral como uno de los desarrollos más importantes del Derecho Administrativo, para diferenciar el régimen y los principios que informan las relaciones laborales entre particulares y principalmente el nacimiento de la misma, en lo que puede considerarse una evolución de la consagración positiva de la Ley 6 de 1945 contenida en el art. 4º del D. R. 2127 de 1945, que indica que las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental y municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por las leyes especiales, a menos que se trate de la construcción y sostenimiento de las obras públicas, o de empresas industriales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por eso en la misma forma” (Rodríguez, 2011, p. 114).

Se precisa que existen eventos en los que la realidad supera el contenido positivo de la norma, por lo que cobran mayor importancia y vigencia como fuentes de la función pública, las sub reglas trazadas por la Corte Constitucional y por los organismos multilaterales, como derecho convencional, susceptible de integrarse al derecho interno. Así las cosas, bajo esta perspectiva, afirma la Carta Iberoamericana de la Función Pública, varias veces citadas en este trabajo, que la noción de función pública que ésta maneja trasciende la dimensión jurídica del mismo, ya que, como muestra frecuentemente la realidad, la mera existencia de las normas puede no ser suficiente para garantizar una articulación efectiva de los mecanismos que hacen posible una administración profesional. Sólo la efectividad de esta articulación en la práctica social permite hablar con propiedad de una función pública.

Para el cumplimiento de las finalidades que le son propias, la función pública debe ser diseñada y operar como un sistema integrado de gestión cuyo propósito básico o razón de ser es la adecuación de las personas a la estrategia de la organización o sistema multiorganizativo, para la producción de resultados acordes con tales prioridades estratégicas, precisó.

En palabras de Adolfo Merkl, citado por el profesor Rincón Córdoba, “la administración (...) ha existido en tanto que ha existido el Estado”, y de esta perfecta ecuación puede decirse que dicho aparato administrativo es posible gracias a la labor de los agentes que en él se encuentran insertos, agentes que, de acuerdo con las finalidades administrativas que han ido surgiendo como producto de los avatares históricos, deben tener unas determinadas cualidades (la mayor o menor cualificación técnica) y poseedores de unos determinados derechos.”

Adicionalmente, es del caso traer a colación los recientes modelos de función pública que han aparecido: i) el nuevo modelo de gestión pública con un enfoque más hacia la empresa privada, que claramente presenta diferencias con el sector público, al menos respecto de los medios y los fines de actuación; y, ii) y el modelo de gobernanza, propio de las administraciones públicas.

El empleo (cargo) público.

Desde el punto de vista histórico, en la época del medioevo, los representantes de lo que podría llamarse administración, eran los príncipes y los señores feudales, quienes, dada la pequeña extensión territorial, ejercían una labor de autoridad eminentemente doméstica sobre los súbditos, de tal suerte que éstos prestaban sus servicios a cambio de protección y de explotación de la tierra. La labor de los súbditos era casi personal, pero como es lógico por la época, sin mayores derechos.

Se puede afirmar que era una especie de “locatio conductio” o “locatio operarum”, para echar mano del Derecho Romano, en el que el súbdito (locador) se obligaba a prestar el príncipe o al señor feudal (locatario) sus servicios a cambio de protección y sostenimiento (merces y honorarium), como una especie de arrendamiento, pero con tinte de explotación de esclavos.

Esta forma primitiva de servicios por parte de una persona, con el paso de los tiempos y la consolidación de Estado de Derecho, fue evolucionando hasta dar lugar a una relación laboral más humana y más justa, donde el trabajo se encuentra revestido por principios de libertad y de voluntad, propios de la dignidad humana formal y material; en gran medida gracias a su positivización (consagración de derechos humanos y derechos fundamentales) y a los desarrollos jurisprudenciales de las altas cortes y porque no admitirlo, a las conquistas de los movimientos sindicales y a la creación de organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo “OIT”, como normas fundantes de todo un ordenamiento jurídico para los Estados.

De esta manera, la génesis de la institución del empleo público debe buscarse en el origen mismo del Estado, como se puede leer enseguida:

El origen del empleo público se debe buscar en el origen mismo del Estado, y es en la antigüedad donde se encuentran las primeras manifestaciones de los funcionarios estatales: Egipto, China, India, la Mesopotamia, el imperio Persaasirio y la civilización Minoica, entre otras. En efecto, una de las características principales que señalan la aparición del Estado en un momento histórico-social específico es la verificación de la existencia de autoridades y de un cuerpo de funcionarios diferenciado e independiente de la población; esto es, cuando la anterior sociedad gentilicia ya no puede administrarse a sí misma mediante las reuniones de la gens, la fraternidad o la tribu, sino que van

apareciendo personas especializadas y específicamente destinadas a cumplir trabajos para el conjunto de la comunidad de manera permanente (Jiménez, 2012, p. 143).

Centrándose en lo fundamental de este apartado, en Colombia, la función pública está conformada, según el inciso segundo del art. 1° de la Ley 909 de 2004, por quienes prestan sus servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública. Desde el punto de vista constitucional, la función pública tiene origen en el Título V – Organización del Estado, se reserva el Capítulo II, y es considerada como un derecho fundamental.

El constituyente primario acogió el principio de lo que podríamos denominar “pre existencia de funciones y de presupuesto” en virtud del cual, todo cargo o empleo (los dos términos se utilizan de manera indistinta en este trabajo, teniendo de presente que el Art. 122 CPC los equipara) dentro de la administración pública tiene que estar contenido en las plantas de personal y si son de carácter remunerado previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, de la entidad que corresponda y debe tener asignadas las respectivas funciones o tareas a cumplir una vez tome posesión del mismo.

Aunque el artículo citado se redacta en sentido negativo, su finalidad es la de privilegiar el principio de legalidad que informa el actuar institucional del Estado colombiano, en la medida en que mal podría existir un empleo creado legalmente, sin tener –previamente- un catálogo de tareas y funciones que desarrollar, junto con su respectivo respaldo presupuestal. Nótese que si bien no se define la institución del empleo o cargo público, desde el punto de vista conceptual; si se consagra como vínculo laboral con el Estado, para todos los servidores públicos.

De otra parte, el Art. 125 constitucional consagra lo que podría llamarse la fuente primaria de la función pública, al prescribir, textualmente, que “Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera (...)”, excluyendo de dicha regla general de acceso a la función pública los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción. Así mismo, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley y para los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, tendrán que ser nombrados por concurso público.

Es claro entonces que el empleo público hace parte de la estructura de la Constitución, y para acceder a éste, el aspirante debe superar un proceso de selección aplicable a todas las personas. Aunque se consagran excepciones específicas en la norma, el eje del empleo público, sin duda, es la carrera administrativa. Se precisa que ésta al estar fundamentada en el concurso público donde los principios del mérito y la capacidad son sus pilares fundamentales, permite incluso el nombramiento de personas con parentesco entre nominador y empleado cuando el ingreso se produce en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos, excepción contenida en el inciso segundo del Art. 126 de la CPC.

Es importante destacar que la institución constitucional del empleo público es restrictiva para su ejercicio, pues salvo las excepciones específicamente permitidas la ley, la persona que ocupa un cargo público en cualquiera de los niveles territoriales o sectores, no puede ocupar más que dicho cargo empleo o puesto con el Estado, ni puede percibir simultáneamente más de una remuneración que provenga del tesoro público, entendido como el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas, en lo que se conoce como el principio de la unicidad de empleo.

Para estos efectos, la regla general es que no se puede tener una doble relación laboral remunerada con el Estado. En este sentido, el art. 128 CPC, es preciso en determinar que “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley” (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2003, p. 1).

En este mismo sentido y dándole un sitio especial al sistema de carrera administrativa, la Constitución de 1991, fue especialmente cuidadosa en crear una institución de carácter permanente, de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, encargada de administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, salvo las que tengan carácter especial, nos referimos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, creada por el Art. 130 constitucional y desarrollada por el Art. 7º y s.s. de la Ley 909 de 2004.

Por otro lado, la institución del empleo público tiene varias acepciones y varios sinónimos, por ejemplo se aceptan por la segunda: cargo, puesto, oficio, grado, dignidad, lo que

indica una concepción eminentemente funcional. También se puede referir a la actividad que desarrolla una persona dentro de una organización, a la calidad que ostenta un individuo o al status adquirido por realizar una actividad de determinada importancia y que llevan su consecuente responsabilidad, donde se empieza a construir un criterio de subjetividad, “que lejos de separar lo funcional de lo subjetivo, pareciera que integra en un solo concepto a las funciones y la persona natural que las desempeña para referirse al derecho o facultad que se tiene para ejercer las atribuciones propias del mismo” (Rincón, 2009, p. 129).

Así mismo, el Art. 19 de la Ley 909 de 2004, al referirse al empleo público, determina que éste es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley, definiéndolo 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”, de donde debe destacarse que ese conjunto de funciones debe corresponder a la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate y que el único que puede ejercerlas es la persona natural, de tal suerte que no es posible que una persona jurídica pueda ocupar cargo público o adquirir la condición de servidor público y de funcionario de carrera administrativa. Esta condición está reservada, de manera privativa y excluyente para la persona humana.

Agréguese a lo dicho que dada la importancia de la institución del empleo público, la Corte Constitucional se ha ocupado de su análisis a partir del tratamiento que la Constitución Política le da, pues ésta consagra:

i) los principios del régimen administrativo laboral, también conocido como Función Pública; ii) del empleo público; iii) la responsabilidad de los servidores públicos; iv) la tipología de los empleos y de los servidores públicos; v) los derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones del servidor público; vi) la competencia del Presidente de la República y demás autoridades en la creación, modificación, supresión o fusión de empleos, en la provisión de empleos o en la determinación de manuales de funciones; vii) los sistemas de carrera; viii) el régimen salarial y prestacional; ix) el derecho de asociación y el ejercicio de la negociación colectiva, entre otros (CConst, C – 793/2002, J. Triviño).

Precisa la Corte, citando el modelo burocrático, como se ha explicado en líneas anteriores que los elementos de la noción empleo público están también señalados en la Carta Política y se refieren a lo siguiente: la determinación de las funciones del cargo; la autoridad con

que se inviste al titular del empleo para cumplir las funciones del cargo; “el señalamiento de la remuneración correspondiente al empleo y su incorporación en una planta de personal; la nomenclatura y clasificación del empleo y los requisitos mínimos exigibles para su desempeño” (CConst, C – 793/2002, J. Triviño).

presupuestos generales del empleo público.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, se pueden identificar como presupuestos generales del empleo público, desde el punto de vista constitucional, para solo ocuparnos de reglas de ese nivel normativo, la preexistencia de funciones; la corresponsabilidad entre titularidad del empleo público y el ejercicio de las funciones; la exigencia de asignación salarial previa; la previsión en las plantas de personal; la clasificación en una de las categorías previstas en el Art. 125 de la CPC y la determinación de los requisitos mínimos que debe cumplir la persona designada para ocupar el cargo o empleo público; principios que se explican de la siguiente manera:

a. La preexistencia de funciones. En términos de los Arts. 122 y 123 constitucionales, aunque el primero planteado en términos negativos, no habrá empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, de ahí que los servidores públicos deban ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

De esta consagración constitucional se desprende la responsabilidad del servidor público, como quiera que las funciones del empleo se convierten en el elemento esencial para su determinación, ya que, por ejemplo, en materia disciplinaria uno de los principios rectores es el denominado Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna, reza el Art. 5° de la Ley 734 de 2002.

Igualmente, la CPC, Art. 6° preceptúa que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; así mismo, el Art. 121 íbidem, prohíbe a las autoridades del Estado ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución o la ley.

b. Corresponsabilidad entre titularidad del empleo público y el ejercicio de las funciones. En efecto, si bien es una exigencia superior para el empleo, la consagración previa de la

funciones, pues en términos generales primero tiene que existir la entidad en la que dentro de su estructura figura el empleo, una vez provisto éste en la forma que determine la Constitución y la Ley, su titular adquiere la competencia, para desempeñar o ejercer las funciones propias del mismo, en lo que constituye una relación de doble vía, pues por un lado está la responsabilidad derivada de la titularidad, como se explica en el numeral anterior y por el otro está la autoridad para cumplir las funciones asignadas a aquel, estableciéndose un vínculo inescindible entre las funciones del empleo público y la autoridad con que se inviste al servidor público titular del mismo, para su ejercicio, situación administrativa esta, que se presenta por exigencia de la Constitución Política (Art. 122) a partir de la posesión, que exige, el prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes propios del cargo, como se anotó.

c. La exigencia de asignación salarial previa. Otro de los presupuestos del empleo público es la asignación salarial, que corresponde a la remuneración establecida para quien ocupe el empleo (titular, encargo o en provisionalidad) o cargo de que se trate, por eso la Constitución en su Art. 122 exige a la par con la preexistencia de funciones de cada empleo que para proveer los de carácter remunerado deben estar previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente, lo que equivale de afirmar que cada empleo público tiene asignada la remuneración que recibirá quien su titular; de ahí que a la luz de las disposiciones contempladas en la Constitución Política, Arts.189 - 14, 305 -7 y 315 – 7, tanto el Presidente de la República como los gobernadores y alcaldes no pueden crear obligaciones que excedan el monto global fijado en el presupuesto inicialmente aprobado para la vigencia fiscal respectiva, en gastos de personal.

d. Previsión en las plantas de personal. Independientemente del tipo de planta de personal: planta global (de la entidad o el Estado) o planta orgánica, que se establezca para una entidad u organismo, los empleos tienen que estar previstos o contenidos en las respectivas plantas de personal. Así las cosas, el empleo público hace parte de la planta de personal, con lo cual se satisface la exigencia constitucional (Art. 122) que indica que para proveer los empleos de carácter remunerado, se requiere que estén contemplados en la planta respectiva.

e. Clasificación en una de las categorías previstas en la Constitución, Art. 125. Si bien la enunciación que trae el artículo constitucional invocado, no es taxativa, porque autoriza al legislador para que dentro del principio de la libre configuración legislativa determine diferentes

clasificaciones de empleos, las existentes son: i) de carrera, ii) de elección popular, iii) de libre nombramiento y remoción, iv) de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

f. Determinación de los requisitos mínimos que debe cumplir la persona designada para ocupar el cargo o empleo público. Es clara la exigencia del Art. 125, antes citado, consistente en que todo empleo público debe contener los requisitos mínimos que tiene que cumplir la persona con quien vaya a proveerse, pues el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, solamente se puede producir previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, por eso la consagración positiva de funciones como la consagrada en la CPC Art. 150 -23 que prescribe que corresponde al Congreso de la República expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

Ahora bien, en artículos como el 232 y 303 de la Constitución, se señalan directamente los requisitos que debe cumplir el aspirante para ser magistrado de las altas Cortes y del Consejo de Estado; también pudiendo fijarlos el legislador, por expresa disposición de la Constitución Política. Así las cosas, como se puede apreciar, los requisitos del empleo pueden ser fijados directamente por el constituyente (en la Constitución) o por el legislador (en la ley).

La Corte Constitucional ha abordado el tema de los requisitos del empleo, expresando que al hacer un análisis sistemático de estos preceptos constitucionales (CP Arts. 125 y 150-23) resulta claro que, con excepción de los empleos respecto de los cuales el mismo constituyente ha señalado los requisitos y calidades que deben reunir los aspirantes a ocuparlos que, generalmente son los más altos cargos del Estado, corresponde al Congreso establecerlos por medio de ley, sea cual fuere la clase o el nivel del empleo, esto es, de carrera, de libre nombramiento y remoción, o de concurso público. (CConst, C-408/2001, J. Araujo).

Teleológicamente, la fijación de estos requisitos mínimos para los empleos persigue garantizar el cumplimiento de las funciones públicas y la consecución de los fines esenciales del Estado (CP Arts. 1, 2, 125 y 209), de ahí “que el desempeño de los empleos públicos, sea por nombramiento o por elección, exige el cumplimiento de los requisitos y calidades exigidas por la Constitución y la ley, como mecanismo de protección del interés general y del derecho a la igualdad de oportunidades” (CConst, C – 408/2001, J. Araujo).

Finalmente, la Ley 734 de 2002, Art. 34 – 9, en su catálogo de deberes impone a los servidores públicos la obligación de acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y del desempeño del cargo; además, les prohíbe expresamente en el Art. 35 – 18 nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación.

El mérito como principio constitucional y su protección por parte de la corte constitucional

El mérito desde el punto de vista constitucional y legal

La Constitución Política de Colombia, está concebida de tal manera que su parte orgánica solamente adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en su parte dogmática; así las cosas, el catálogo de derechos, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales (CConst, T – 406/1992, C. Angarita).

En consecuencia, no es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales, de ahí que para poder abordar la institución de la función pública y el acceso a la misma, “se debe establecer claramente la importancia, alcance y materialización del principio constitucional del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público” (CConst, T – 406/1992, C. Angarita).

Los principios son introducidos como un criterio positivista para la suspensión del sistema normativo, con el objetivo de preservar la pureza e integridad del mundo de las reglas, tal como se puede leer a continuación:

Los principios generales del Derecho nunca tuvieron concepto. Algunos doctrinantes dicen que los principios corresponden a las normas del derecho natural, verdades jurídicas universales e inmutables, inspiradas por un sentido de equidad; otros manifiestan que los principios generales del derecho resultan de normas del ordenamiento jurídico, es decir, de los subsistemas normativos, y derivados de ideas políticas, sociales y máximas que se alojan en la Constitución o que se despliegan de las reglas del ordenamiento positivo,

derramándose por todas sus partes. Conocerlas es presupuesto inquebrantable para la comprensión de cualquier subdonimio normativo (Sánchez, 2008, p. 28).

Aceptado lo anteriormente dicho, en materia de carrera administrativa como acceso natural al empleo público, se debe observar por parte del Legislador y de la Administración el principio del mérito, materializado, principalmente en el concurso público, con lo cual, también se garantizan otros principios constitucionales como la igualdad y el debido proceso y se garantiza el derecho fundamental de acceso a la Función Pública o a los cargos públicos consagrado en el Art. 40 de la CPC. Es decir, convergen en la institución de la Función Pública, tanto principios como reglas y subreglas, estas últimas trazadas por la Corte Constitucional, con lo cual se integra un verdadero sistema jurídico.

Con este panorama, resulta enriquecedor al más, citar a autores como R. Dworkin y H. L. Hart, quien (el primero) llama “reglas jurídicas” a las normas identificables mediante la regla de reconocimiento, distinguiéndolas entre primarias o secundarias, según impongan deberes u otorguen facultades de creación, extinción, modificación o fijación de efectos de las reglas primarias, respectivamente que establecen deberes y derechos correlativos. Dworkin sostiene que las normas como la que prohíbe fumar en los salones son reglas y que las normas semejantes a la que consagra la libertad de la prensa son principios. (Rodríguez, 1999, p.48).

Los principios, en cambio, no siguen una lógica de todo o nada. El principio según el cual el Estado garantiza las libertades de información de prensa no determina automáticamente que siempre que se dé una situación en la que él esté en juego, el resultado debe ser su protección. En algunos casos constitucionales comunes a la jurisprudencia de Tribunales de diferentes países, por ejemplo, el principio de libertad de prensa ha entrado a colisión con otros principios, como el derecho a la intimidad. Cuando el derecho de los medios de comunicación a la sociedad acerca de la vida privada de un personaje público entra en conflicto con el derecho de éste y de su familia a la intimidad, el juez puede impedir el ejercicio de la libertad de prensa, como ocurre en Colombia con el fuero de estabilidad reforzada para servidores discapacitados o con limitaciones físicas, sensoriales o síquicas.

Por consiguiente, según Dworkin, los principios, no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica; generalmente es necesario hacer, en una instancia intermedia del razonamiento, una comparación de principios encontrados, a diferencia de la regla, es por

ello que en los casos de en los eventos relacionados con el fuero de estabilidad reforzada, en virtud de las subreglas trazadas en la sentencia T- 148/2012, con ponencia del magistrado Juan Carlos Henao, el principio constitucional y legal del mérito, debe ceder a principios como la dignidad humana y el derecho fundamental de acceso a la Función Pública para quienes con derechos de carrera son discapacitados o con limitaciones físicas, sensoriales o síquicas, con lo cual no se está negando ni desplazando un principio frente al otro, pues ambos siguen vigentes aunque solo uno prevalezca en el caso concreto.

Para R. Alexy citado por Larrañaga (1994) la distinción entre reglas y principios es, pues, una distinción entre clases de normas. En su opinión, la distinción es cualitativa o conceptual, rechazando, al igual que Dworkin, la teoría de que la distinción entre principios y reglas es un asunto meramente de grado, y que considera que los principios no son más que reglas con un alto nivel de generalidad. Para Alexy, los principios se diferencian de las reglas en que éstos «son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida de lo posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas (Isonomía, 1994, p. 222).

En este sentido, los principios jurídicos son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados en función de las situaciones fácticas y de las posibilidades jurídicas. Así, a diferencia de las reglas, las cuales sólo pueden ser cumplidas o incumplidas por ser normas que exigen un cumplimiento pleno -es obligatorio hacer lo que se ordena, ni más ni menos-, “los principios establecen una obligación que puede cumplirse en diversos grados, dependiendo de las posibilidades jurídicas que establecen otros principios y reglas en sentido contrario, y del contexto fáctico en que se aplican. Como las posibilidades jurídicas” (Larrañaga, 1994, p. 223).

En estos eventos no está en discusión la importancia del principio constitucional del mérito para el ingreso en los cargos de carrera, como materialización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, pero su aplicación per se, podría conducir al juez a un desconocimiento del derecho a la estabilidad laboral reforzada de las personas con alguna limitación física, sensorial o síquica, razón por la cual éste debe ponderar y armonizar los principios de eficacia y eficiencia con el derecho a la estabilidad laboral reforzada del servidor público que se encuentre en las condiciones aquí narradas (CConst, T – 148/2012, C. Henao).

Sin embargo, es importante precisar que la mera consagración constitucional de un principio, no es garantía para su materialización, en ocasiones es necesario aguardar el paso de décadas y de varias reformas legales para verificar su aplicabilidad y su protección.

El sistema de mérito tiene en Colombia una historia prolífica en normatividad y regulación constitucional y legal; sin embargo la historia es diferente cuando se habla acerca de su aplicación práctica. En efecto, desde 1938 se han expedido normas importantes, en 1957 se consagró constitucionalmente y en 1991 se elevó como principio el “ingreso por mérito”, pero su implementación una y otra vez fue limitada o pospuesta, debido a la resistencia que genera este mecanismo, en un medio acostumbrado a prácticas patrimonialistas o de botín político en el manejo de los cargos públicos. (Jiménez, 2012, p. 155).

Es decir, que siguiendo a Robert Alexy, se debe entrar a ponderar los principios para determinar cuál ofrece mayor grado de satisfacción y en la medida en que la satisfacción de uno suba, la del otro, necesariamente tendrá que disminuir, privilegiando en todo caso, la condición humana del servidor público, como garantía del principio de la dignidad propia de su ser.

De lo anterior, se puede afirmar que el cumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio de un empleo público, no se agota en la simple verificación de estudios, experiencia, funciones, emolumentos, consagración en las plantas de persona, etc, que corresponde en este trabajo al acápite denominado “Presupuestos del empleo público”. Se estima que la Constitución Política en el Art. 125, va mucha más allá pues existe un vínculo inescindible entre los requisitos de los empleos y los principios, valores y fines constitucionales, por ello una vez verificados, adquiere plena protección constitucional.

En efecto, se considera que el éxito de la gestión estatal y, por ende el cumplimiento de la función pública dedicada al servicio del interés general, para la satisfacción del bien común, dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas a las que se confía la sublime misión de alcanzar las metas señaladas por la Constitución, por eso será definitivo el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo y las calidades y capacidades de quien aspira a ocupar la dignidad de ser servidor público. Esta idoneidad profesional se evidencia en el cumplimiento del principio del mérito.

Ciertamente, todas las personas cuentan con el derecho fundamental de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y para elegir, ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, en los términos de la CN Art. 40 - 1º y 7º, pues no puede ser ajeno a la garantía constitucional de los derechos esenciales del hombre el ejercicio cierto de los que se enmarcan dentro del ámbito de tomar parte en el manejo de los asuntos públicos (CConst, C – 487/1993, J. Hernández).

Agrega la Corte Constitucional que desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en 1789 por la Asamblea Nacional Francesa, se plasmó, como derecho del ciudadano, el de ser admitido a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin otro criterio de distinción que el derivado de sus virtudes y de sus talentos, principio ratificado por el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) cuando declaró en 1969 que todo ciudadano debe gozar del derecho y la oportunidad de "tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país".

El mismo principio había quedado plasmado en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que proclamó la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948 y en el 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, que entró en vigencia el 23 de marzo de 1976. Recuérdese que tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fueron aprobados por el Congreso de Colombia mediante la Ley 74 de 1968 (CConst, C – 487/1993, J. Hernández).

Concomitante con lo expresado, es de recordar que la Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, realizada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, en junio de 2003 y respaldada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Resolución N° 11 de la "Declaración de Santa Cruz de la Sierra") reunida en Bolivia, en noviembre de 2003, establece que la profesionalización de la función pública, ha de entenderse como la garantía a través de la cual los servidores públicos adoptan una serie de atributos como el mérito, la capacidad, la vocación de servicio, la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracia, para garantizar la eficiencia de la administración pública.

En materia de Derecho Comparado, se pronuncia el literal b) del Art. 1º de la L 7/2007 que contiene el Estatuto Básico del Empleo Público de España, al señalar entre los principios que informan la carrera administrativa de ese país, los siguientes: b) Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional.

En Colombia, “existen normas desde 1936, que distinguen la administración y la política, estimando que la carrera administrativa es el medio de vinculación regular y general para la provisión de empleos del Estado, consagración constitucional que hace parte, igualmente de las enmiendas de la Carta Política de 1986” (Duque, 2011, p. 82). En España, por ejemplo, la Ley 7ª de 2007, conocida como Ley del Empleo Público, determina que la legislación básica de la función pública debe crear el marco normativo que garantice la selección y la carrera sobre la base de los criterios constitucionales de mérito y capacidad y que establezca un justo equilibrio entre derechos y responsabilidades de los empleados públicos.

En la actualidad, el principio del mérito como base fundamental del ingreso a la carrera administrativa y a la función pública, es un postulado fundamental tal como lo consagra el art. 125 constitucional, que determina que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepción hecha de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Exigiendo además que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

Es decir, que el ingreso a los cargos de carrera, su permanencia y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Esas normas a las que hace relación la Constitución privilegian el mérito sobre cualquier otro requisito formal o material, “al tiempo que el concurso público se convierte en el medio o instrumento para la materialización del ingreso a la carrera administrativa, como sistema general y obligatorio para la provisión de cargos y el ingreso al servicio del Estado” (CConst, SU – 133/1998, J. Hernández).

El principio en mención se encuentra exaltado de manera especial por la Constitución de 1991, como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de

los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (Art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, “sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales” (CConst, SU – 086/1999, J. Hernández).

Así las cosas, es claro que el principio constitucional que informa el acceso, permanencia, ascenso y retiro del empleo público, en Colombia es el mérito, mismo que no puede verse de manera teórica o abstracta o como una mera enunciación; todo lo contrario, éste adquiere toda su practicidad y su máxima expresión con los concursos públicos, concretamente con las pruebas de competencias funcionales o de conocimientos y se extiende, sin lugar a dudas, a través de la evaluación del desempeño laboral, como lo prevé la Ley. 909 Art. 39 en concordancia con los Arts. 5.5., 5.5.6. y 6, del A. 137 de la CNSC, durante toda la vigencia de la relación laboral.

En este orden de ideas, el mérito se evidencia y materializa por medio del concurso público de méritos (para el ingreso y ascenso en la carrera administrativa) y la evaluación de desempeño para la permanencia, ascenso, encargos y demás reconocimientos derivados de la obtención de calificaciones sobresalientes, como demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos; es decir, que es equivocado pensar que el mérito se reduce a superar la prueba funcional o de conocimientos y ya.

Así las cosas, precisando, el concurso público se convierte en la materialización del principio del mérito como definitorio de la vinculación y permanencia en la función pública; garantiza el principio de igualdad de oportunidad para todos los aspirantes que cumplan con los requisitos señalados en la Ley 909 de 2004, principio éste, que se considera transversal a todo el ordenamiento constitucional colombiano y no permite ningún tipo de discriminación.

El mérito es definido por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Edición 23, como “Digno, merecedor, benemérito”. “Acción que hace al hombre digno de premio o de castigo”. O como “Resultado de las buenas acciones que hacen digna de aprecio a una persona”. También como “Aquello que hace que tengan valor las cosas”. Otras acepciones

menos jurídicas nos dicen que es el “Merecimiento de las buenas obras ejercitadas por quien está en gracia de Dios”.

En términos generales y para los efectos de este estudio el mérito se refiere a la capacidad académica, a la aptitud y formación que debe tener toda persona que aspire a ocupar un cargo público, cuya forma de provisión es la carrera administrativa, competencias que en principio, las ostentarían todas las personas que reúnan los requisitos para acceder al concurso, previa la respectiva convocatoria. Sin embargo, para que éste no se quede en una mera exigencia abstracta, el legislador previó el concurso público como la forma de materializarlo, de concretarlo.

Desde el punto de vista legislativo, la Ley 909 de 2004, normativa vigente que contiene el régimen general del empleo público y establecimiento de la gerencia pública, se refiere al mérito como principio y presupuesto para el ingreso, permanencia y ascenso a la carrera administrativa en los arts. 2º - 2, indicando que el criterio del mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. También como “la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos”.

Igualmente, en el Título V de la ley citada, se refiere al ingreso y el ascenso a los empleos de carrera, procesos de selección o concursos, el literal a) del Art. 28 que lista los principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, lo describe así: “a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos (...)” (Comisión Nacional del Servicio Civil Acuerdo 524, 2014).

La misma norma en el Art. 37 enmarcada dentro del Título VI, capítulo II, referente a los principios que orientan la permanencia en el servicio y de la evaluación del desempeño, relaciona los principios que orientan la permanencia en el servicio: “a) mérito. Principio según el cual la permanencia en los cargos de carrera administrativa exige la calificación satisfactoria en el desempeño del empleo, el logro de resultados y realizaciones en el desarrollo y ejercicio de la

función pública y la adquisición de las nuevas competencias que demande el ejercicio de la misma”. De idéntica forma se consagra en la Ley 1033 de 2006.

El mérito, también hace parte de los requisitos, aunque no reglado, ni verificado por medio de un concurso público de carrera administrativa, para los funcionarios que ocupan empleos de naturaleza gerencial, como se puede apreciar en el Art. 49 de la Ley 909 de 2004, en concordancia con la consagración del numeral segundo parte final, del Art. 2º ibídem; que establece que al margen de la discrecionalidad que caracteriza a los empleos de libre nombramiento y remoción, la competencia profesional es el criterio que prevalecerá en el nombramiento de los gerentes públicos.

Agrega la norma en el numeral segundo que “Para la designación del empleado se tendrán en cuenta los criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo, y se podrá utilizar la aplicación de una o varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos o aptitudes requeridos para el desempeño del empleo”, permitiendo, incluso, la evaluación del servidor por parte de órganos técnicos y especializados.

En sentido similar, la Carta Iberoamericana para la Función Pública, afirma que entre los criterios que inspiran sus enunciados está:

a) La preeminencia de las personas para el buen funcionamiento de los servicios públicos, y la necesidad de políticas que garanticen y desarrollen el máximo valor del capital humano disponible por los gobiernos y organizaciones del sector público y b) La profesionalidad de los recursos humanos al servicio de las administraciones públicas, como garantía de la mayor calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos (Puentes, 2009, p. 30).

Visión jurisprudencial del principio del mérito.

La Corte Constitucional expresó en la sentencia C- 037 del 5 de febrero de 1996, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo, que lo que se busca con la demostración del mérito es que la administración esté integrada por personas aptas desde los puntos de vista de: i) capacitación profesional e ii) idoneidad moral; con lo cual, la función que deban cumplir se produzca acorde con las finalidades que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios al Estado.

Así mismo, enfatiza que el elemento objetivo de la eficiencia (mérito) es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los resultados (evaluación), ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, el retiro se producirá por circunstancias legalmente determinadas, inspiradas en la realidad de la eficiencia (capacitación) laboral.

De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde, siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general (C Const, C – 588/2009, G. Mendoza).

Desde el punto de vista jurisprudencial, se destacan los tres (3) objetivos esenciales que persigue el Sistema de Carrera Administrativa, para "contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, en lo que puede entenderse como una manifestación permanente del mérito de todo servidor público de carrera administrativa" (CConst, C – 1079/2002, R. Escobar).

Agrega la Corte que:

Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el Constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables.(...)" (CConst, C – 588/2009, G. Mendoza).

De hecho, en Estados Unidos el concepto de carrera (career) se entiende o puede utilizarse como sinónimo de mérito, de capacidad, de idoneidad, por oposición o contrario a los nombramientos políticos, a dedo e incluso o los discrecionales (non career)

En efecto, el éxito de la gestión estatal y, por ende, el bien común, dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas a las que se confía la delicada responsabilidad de alcanzar las metas señaladas por la Constitución. Ello se expresa no solamente en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, lo cual asegura la legitimidad de la investidura (elección o nombramiento), sino la previsión de las calidades y capacidades de quien aspira a ocupar la dignidad de ser servidor público. “Esta idoneidad profesional se evidencia en el cumplimiento del principio del mérito, como expresión de sus capacidades profesionales, de sus virtudes y de su talento” (C Const, C – 487/1993, J. Hernández).

El mérito es un principio fundamente del sistema de carrera administrativa, pensar en la legalidad de otra forma de acceso a la misma, de manera automática, se vulnera el principio de la igual.

Por tal razón, “La jurisprudencia constitucional, también ha manifestado que se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo.” (CConst, C – 588/2009, G. Mendoza).

En este orden de ideas, es claro que la Carta Política exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desconocido por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla, tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es, para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales (C Const, SU – 086/1999, J. Hernández).

Comentario aparte merecen los dos artículos que han pretendido modificar o adicionar el Art. 125 CN, mismos que la Corte Constitucional ha declarado inexecutable, porque según su leal saber y entender, han pretendido sustituirla al desconocer el principio del mérito y querer

reemplazarlo por la experiencia o inaplicarlo para permitir el ingreso directo y automático o extraordinario a la carrera administrativa, sin que medie el concurso público. Así, se hace referencia al Acto Legislativo No. 1 de 2008.

En la sentencia C-588 de 2009, la Corte precisó que la sustitución temporal y parcial de la Constitución ha sido detectada con fundamento en el examen estricto que la Corte debe adelantar siempre que las modificaciones introducidas a la Constitución, so pretexto de reformarla, carezcan del carácter permanente propio de las constituciones, exceptúen supuestos normativos en ellas establecidos y afecten su índole escrita, mediante la producción de cambios tácitos que, sin reflejarse en los textos, incidan en ellos para restringir los derechos o las situaciones favorables a los asociados, establecidas por el Constituyente Primario, sobre todo en aspectos considerados axiales o definitorios del Estado Social de Derecho.

En el caso concreto del artículo 1° del AL 01 de 2008 la Corte observa que la sustitución parcial y temporal ha operado en razón al reemplazo del contenido del artículo 125 superior por otro integralmente distinto, la sustitución de aquellos contenidos constitucionales que tienen relación directa con la carrera administrativa y finalmente, la afectación de la supremacía constitucional, del principio de separación de poderes y de la pretensión de universalidad de las reglas, evidenciada por la no superación del test de efectividad, razón por la que la Corte considera que, ante tal “conurrencia de motivos, no tiene alternativa diferente a la declaración de inconstitucionalidad de la pretendida reforma que excepciona y suspende importantes contenidos de la Constitución” (C Const, C – 588/ 2009, G. Mendoza).

En adición a lo expresado, la Corte precisó que al analizar el sujeto calificado en el caso del poder de revisión, se debe distinguir entre: i) el poder constituyente originario y ii) el poder constituyente derivado y contrapuso el ejercicio pleno del poder político de los asociados, no sometido a límites jurídicos, propio del primero, a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma (C Const, C – 588/2009, G. Mendoza).

Es decir, lo característico del poder constituyente derivado, para concluir que el derivado es un poder constituyente, en cuanto se ocupa de la reforma de la propia Constitución, pero que, encontrándose instituido por la Carta vigente, es un poder limitado que actúa bajo las condiciones fijadas por ella misma, condiciones que comprenden lo relativo a los procedimientos

y también los asuntos de competencia del sujeto investido para adelantar la reforma, de tal manera que la Carta solamente autoriza al poder de revisión para reformar la Constitución vigente, pero no para sustituirla por otra Constitución, lo cual sólo puede ser obra del constituyente originario.

Para sentenciar que se sustituye total o parcialmente la Carta, al desconocer el principio del mérito y querer reemplazarlo por la experiencia de los funcionarios en provisionalidad, o inaplicarlo para autorizar el ingreso directo y automático o extraordinario a la carrera administrativa como instrumento constitucional y legal para el ingreso a la función pública calificada, sin que medie el concurso público de méritos; consagrando además, una ventaja en favor de quienes se encontraban en los supuestos del Acto Legislativo, y en desventaja de quienes habiendo concursado y superado la prueba de conocimientos o estando en desarrollo del proceso de selección, no podían acceder a los cargos que hacían parte de la respectiva oferta pública, con lo cual, evidentemente, se vulneraba, además el principio superior de igualdad (CConst, C – 588/2009, G. Mendoza).

Es importante, para los efectos de este ejercicio de investigación académica, recordar que el objeto del A L 01 de 2008, era adicionar de manera transitoria un parágrafo al Art. 125 Constitucional, que permitiera la inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público.

Para tales propósitos, exigía a la Comisión Nacional del Servicio Civil que durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de su vigencia, implementará los mecanismos necesarios, sin decir cuáles, para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación (23 de septiembre de 2004) de la Ley 909 del 2004, estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera. Así mismo, la Comisión Nacional del Servicio Civil debía desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente Acto, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Según la normativa, solo era necesario el cumplimiento de las calidades y requisitos exigidos para el desempeño del cargo que se estuviera ocupando y que a la fecha de la inscripción extraordinaria se continuara desempeñando dicho cargo de carrera.

De otra parte, hacía extensivo el beneficio extraordinario a los servidores públicos integrantes de los sistemas especiales y específicos de carrera administrativa, concediendo el mismo término (tres (3) años) a la entidad competente para adelantar los respectivos trámites de inscripción.

Con el propósito de facilitar la inscripción extraordinaria en carrera, suspendió todos los trámites relacionados con los concursos públicos que para la época se estaban adelantando para proveer los cargos ocupados por los funcionarios que se encontraban en la situación prevista por el Acto Legislativo, excluyendo, expresamente los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el Art. 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el Art. 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular.

Para finalizar este acápite, se puede concluir que del contenido del eje definitorio establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-588 de 2009, antes citada, lo que se deriva es la obligación de aplicar seriamente la carrera administrativa y el mérito por su relación con los fines del ejercicio de la función pública, con los derechos de los trabajadores y con la garantía constitucional de la igualdad.

Por su parte, el A L No. 04 de 2011 – establece la homologación de pruebas de conocimiento por experiencia. Tres (3) años después de la expedición del A L No- 01 de 2008, y luego de su declaratoria de Inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional, a través de la mencionada sentencia C- 588 de 2009, el Congreso de la República, nuevamente tramita y aprueba otro A L que incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política de Colombia, dan alcance, de alguna manera, al art. 125, mismo que permitía la homologación de las pruebas de conocimiento por experiencia.

El artículo transitorio decía que con el fin de determinar las calidades de los aspirantes a ingresar y actualizar a los cargos de carrera, de conformidad con el Art. 125 Constitucional quienes en la actualidad estuvieran ocupando en calidad de provisionales o en encargo, la

Comisión Nacional del Servicio Civil, homologaría las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, preservando el principio del mérito, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo, creando una tabla de equivalencias por experiencia, otorgando una determinada cantidad puntos a cada nivel, según los títulos adicionales que ostentaran.

Previó que una vez agotada la etapa de homologación, el empleado provisional o en encargo debía cumplir con las exigencias establecidas por la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto del análisis comportamental, lo que finalmente posibilitaría la cuantificación del puntaje y la ubicación en la lista de elegibles. Igualmente, exigía para que operara la homologación, que el servidor público estuviera ejerciendo el empleo en provisionalidad o en encargo al 31 de diciembre de 2010 y cumplir con las calidades y requisitos exigidos en la Convocatoria del respectivo concurso.

Ahora bien, la normativa también establecía un beneficio o plus para los empleados inscritos en carrera administrativa, que estuvieran en ocupando en encargo cargos de carrera vacantes de manera definitiva, a la fecha de su expedición, que consistía en la posibilidad de acceder en ascenso a los mismos, sin mediar el concurso público de méritos, pero teniendo en cuenta la tabla por él mismo establecida; para tales efectos, debían cumplir los siguientes requisitos: i) estar inscritos en carrera administrativa; ii) estar ocupando el cargo en encargo; iii) que el cargo estuviera vacante de manera definitiva; iv) haberlo ocupado por más de tres (3) años de manera ininterrumpida, y v) que haber obtenido en la evaluación de desempeño laboral una calificación sobresaliente en el último año.

Se excluían, expresamente de los beneficios consagrados en el artículo transitorio, los procesos de selección para jueces y magistrados que se surtían en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 1º del Art. 256 de la Constitución Política, relativo a la carrera judicial, de docentes y directivos docentes oficiales.

Aunque expresamente no suspendía los concursos públicos de mérito en curso, como sí la hacía el AL No- 01 de 2008, era lógico que para facilitar su implementación, debía procederse a su suspensión, lo cual ciertamente ocurrió mientras se profirió la sentencia C-249 de 2012, que lo declaró inexecutable en su integridad. La Comisión Nacional del Servicio Civil o quien hiciera sus veces en otros sistemas de carrera, debía expedir los actos administrativos

necesarios tendientes a dar cumplimiento a lo establecido en el Acto Legislativo, sin indicar término ni procedimiento.

Claramente se observa, lo que pudiéramos llamar un avance respecto del A L No- 01 de 2008, así no respetara la constitución, pues ya no se recurría a la inscripción per se extraordinaria en carrera, si no que la fórmula empleada era equiparar los resultados de las pruebas de conocimientos, preservando el principio del mérito, con la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo, sin advertir si el funcionario había o no superado la prueba de conocimientos, con lo cual, el principio constitucional del mérito, nuevamente se hacía nugatorio, lo que no impidió que varios ciudadanos lo demandarán y que todas las entidades públicas y privadas intervinientes coadyuvaran los argumentos de rechazo y que obligaron a la Corte a realizar un paralelo entre los dos Actos Legislativos y a descartar la ocurrencia de la cosa juzgada material al no tener un contenido idéntico.

Frente al caso particular, la Corte se enfrentó a un verdadero problema jurídico, pues de entrada el acto legislativo a estudiar no presentaba vicios de forma lo cual impediría su revisión desde fronteras como los vicios de fondo o materiales. Acudió la Corte, para hacer el respectivo juicio de valoración a las subreglas establecidas por ella misma en la sentencia C-551 de 2003, en particular a la que determina que una de las razones para que se constituya un vicio formal es la falta de competencia del órgano reformador, evento que se dio a partir de la diferenciación entre reformar, revisar o modificar la Constitución, que es una competencia propia del poder de reforma, poder de revisión o poder constituyente constituido, y la competencia del poder constituyente para cambiar, derogar, subvertir, sustituir o remplazar una Constitución por otra (C Cons, C – 551/2003, E. Montealegre).

De este modo, el problema jurídico a resolver consistía en establecer si el A L 04 de 2011, sustituía temporal y parcialmente la Constitución de 1991, por haber excedido el Congreso de la República su competencia y haberse configurado una inconstitucionalidad por sustitución ante el quebrantamiento de los principios de mérito o de "meritocracia", de carrera administrativa y el derecho a la igualdad para el acceso a los cargos públicos que identifican la Constitución de 1991. Así mismo, debía establecer si la vocación de permanencia de los preceptos constitucionales y la pretensión de universalidad y generalidad que deben tener las disposiciones

que integran la Constitución se vio vulnerada con esta reforma (CConst. C – 249/2012, J. Henao).

A partir de lo que por jurisprudencia se denominó Test de inconstitucionalidad por sustitución y test de la efectividad para solucionar las demandas contra actos reformativos de la Constitución por vicios competenciales del poder de reforma definido como:

i) premisa mayor "... los aspectos definatorios de la identidad de la Constitución que se supone han sido sustituidos por el acto reformativo"; y una premisa menor que consiste en analizar el contenido del acto reformativo para establecer cuál es su alcance jurídico, en relación con los elementos definatorios identificadores de la Constitución, a partir de las cuales se han aislado los parámetros normativos del control (C Const. C – 249/ 2012, J. Henao)

Para concluir al referirse al contenido material de los dos Actos Legislativos de reforma constitucional, materia de análisis en este acápite son normas transitorias que tienen como finalidad regular la situación particular de los servidores públicos que para la época de su expedición ocupaban cargos de carrera en calidad de provisionales o en encargo, no tienen un contenido idéntico y por ende no se puede aplicar el efecto de cosa juzgada material, ni tampoco la prohibición del inciso segundo del artículo 243 de la C.P. en el sentido de que ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo.

En efecto, el A L No. 4 de 2011 quebranta al igual que lo hizo el A L No. 1 de 2008 el principio axial de la carrera administrativa y sus componentes de mérito y de igualdad. En el primer caso la sustitución de dichos principios se evidenció por la inscripción automática de los empleados en provisionalidad o en encargo, en el segundo por el mayor puntaje que se establece en el concurso a los mismos empleados por su experiencia y por los estudios realizados que relativiza el principio de igualdad de oportunidades para los que quieran participar en dicho concurso. Así “las cosas no se puede establecer que en el caso concreto se cumple con los presupuestos de la cosa juzgada material como aducen los demandantes” (CConst. C – 249/2012, J. Henao).

El sistema de carrera administrativa tiene su principal garantía en el concurso público de méritos. En ese marco se asegura que, previa valoración de los aspirantes, de acuerdo a los

requisitos y condiciones que fije la ley, se defina su vinculación en función de las calidades y méritos que se demuestren.

La carrera administrativa, como sistema principal de vinculación con el Estado, se encuentra articulada con propósitos constitucionales de relevancia: Así, de una parte, tal sistema de vinculación asegura la realización de los fines estatales y de la función administrativa; adicionalmente permite proteger de manera adecuada algunos derechos fundamentales de las personas amparadas por ese régimen; finalmente hace posible garantizar la efectividad del principio de igualdad en materia de acceso a la función pública (C Const. C – 431/2010, M. González).

Adicional a lo expuesto, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en Concepto No-02-4923 adiado el 08 de abril de 2009, citado por el Comisionado Fridole Ballen Duque, en el Compendio ya referido en este escrito, sobre el principio constitucional del mérito lo definió como "...el fundamento constitucional de los procesos de selección para acceder al ejercicio de cargos públicos, de forma tal que los requisitos y condiciones de acceso deben ser acreditados previamente por los aspirantes además de superar según se requiera por la convocatoria, pruebas y en ocasiones pruebas y cursos" (Comisión Nacional del Servicio Civil, Consulta sobre viabilidad de Comisión a Directivo Docente, 2009). Lo anterior indica que todos los sistemas de carrera verifican requisitos y competencias para el ejercicio del empleo antes de la respectiva provisión de los mismos y por ende la vinculación al servicio del Estado en cada uno de ellos se fundamenta en la aplicación de igual principio.

Ahora bien, a pesar de que el Art. 125 C.P., señala a título de excepción del régimen de carrera los empleos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley"; en este último caso, previendo una causal exceptiva abierta que le otorga al Congreso la facultad para determinar qué otros empleos, además de los previstos en la norma Superior citada, se rigen por un sistema distinto al de carrera administrativa, tal facultad "es de interpretación restrictiva, en cuanto no es posible que por esa vía se desnaturalice la regla general de que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben proveerse por el sistema de carrera" (C Const. C – 211/2007, A. Tafur).

Es por ello que se afirma que el régimen de carrera es el que mejor interpreta el principio del merecimiento – mérito - como determinante del ingreso, permanencia, promoción y retiro de los cargos públicos. En este sentido, la cobertura del sistema de carrera se extiende de

tal forma que en caso de existir empleos cuyo sistema de provisión no haya sido establecido por la Carta o definido por la ley en forma razonable y justificada, es necesario acudir a la regla general, es decir, al concurso público de méritos para la provisión de cargos en el servicio estatal (C Const. C – 211/2007, A. Tafur).

De otra parte, es importante destacar, para enriquecer la discusión, que el mérito como principio constitucional, no es exclusivo para el ingreso al Sistema de Carrera Administrativa, es tal su importancia que se ha convertido en principio transversal, axial y rector del acceso a la Función Pública, como quiera que también se exige para los funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

Independientemente de que se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción, el legislador decidió someter la designación de los gerentes de las empresas sociales del Estado a un concurso de méritos y, por tanto, los parámetros del concurso deben respetar el mérito y los derechos fundamentales de los aspirantes, por tal motivo al declarar la exequibilidad condicionada del inciso 1º del Art. 28 de la Ley 1122 de 2001, estableció una subregla que exigía la conformación de la terna por los concursantes que hayan obtenido las tres mejores calificaciones, debiéndose designar en el cargo de gerente a quien haya alcanzado el más alto puntaje, y el resto de la terna operará como un listado de elegibles, de modo que cuando no sea posible designar al candidato que obtuvo la mejor calificación, el nominador deberá nombrar al segundo y, en su defecto, al tercero (CConst. C – 181/ 2010, J. Pretelh).

Cuando se proveen los cargos de los gerentes de las empresas sociales del Estado sin observar la subregla antes citada, se desconoce el principio del mérito como criterio rector del acceso a la función pública y los derechos fundamentales de quienes participan en el concurso, pues así el cargo a ocupar, no sea de carrera administrativa, el legislador revestido de la facultad de libre configuración normativa, puede someter la selección a los principios del concurso público, evento en el cual tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones (C Const. C – 181/2010, J. Pretelt).

En otras palabras, si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación. En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el

derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa (C Const. C – 181/ 2010, J. Pretelt).

Esta es la razón por la cual, la conformación de la lista de aspirantes, ya no tendrá como particularidad la discrecionalidad del nominador que es el principio que materializa el libre nombramiento del servidor público, sino que dependerá directa y objetivamente del puntaje obtenido por los concursantes, por lo cual sólo el mérito del participante determina su inclusión en la misma. No obstante, cuando la junta directiva de la respectiva empresa integra la posterior terna y el nominador elige al nuevo gerente, no están sujetos a ningún criterio de excelencia y pueden, sin respetar el principio del mérito, prescindir del individuo que obtuvo el mejor puntaje, pues la terna puede estar conformada por cualquiera de los candidatos que superaron el concurso, no necesariamente los tres mejores. “Este sistema desconoce manifiestamente las reglas generales que rigen los concursos de méritos, y que son una manifestación del principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública” (C Const. C – 181/2010, J. Pretelh).

En desarrollo de la jurisprudencia inmediatamente citada, la decisión de no nombrar a la persona que obtiene el primer lugar en el concurso de méritos conlleva la vulneración de sus derechos a la igualdad y al debido proceso, pues al tiempo que supone un trato discriminatorio que no se funda en razones objetivas de calificación, significa la aplicación de las reglas del concurso sobre bases desconocidas para el concursante, quien prevalido de la confianza legítima de ser nombrado bajo la condición de obtener el primer puntaje, puede ser despojado del derecho por motivos ajenos a las reglas de la contienda.

A casa de ello, la provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso de méritos, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa.

De ahí que la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten

controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales (C Const. T – 329/2009, M. Pretelt).

A manera de complemento de lo expuesto anteriormente sobre el principio del mérito y su relación con los principios constitucionales de la función pública, se encuentra una decisión trascendental para la judicatura colombiana, casi que se podría decir, que se trata de un fallo sin antecedentes en materia de nulidades de nombramientos de altos dignatarios. En efecto, ha si lo ha expresado en pleno el Consejo de Estado, cuando hace referencia a la observancia del catálogo de principios listados en el Art. 209 CP, a la elección de magistrados, para evitar la cuestionada costumbre de “yo te elijo tú me eliges” (Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo., 2014).

Partiendo del argumento de que las restricciones de competencia para elegir previstas en el Art. 126 CP., no se limitan a los vínculos de consanguinidad, maritales o de unión permanente entre el candidato y su elector, sino que es necesario trascender la literalidad de la norma declaró la nulidad de la elección del magistrado del Consejo Superior de la Judicatura Francisco Javier Ricaurte Gómez. Ciertamente, la mera interpretación técnica sería contraria al compendio axiológico de la Constitución, afectaría el principio democrático, desconocería la obligación de desconcentrar el poder, el ejercicio arbitrario y el equilibrio institucional.

La sentencia precisa que el Art. 255 CP, establece que los miembros del CSJ no pueden ser elegidos entre los integrantes de las mismas corporaciones postulantes pues ello desconoce los principios de la función pública e impide que principios como el de participación plena e igualdad en el acceso a los cargos, se materialice, circunstancia que a su vez, promueve indebidamente la acumulación del poder público, quebranta los principios del Estado de derecho y provoca desequilibrio institucional al patentar una especie de magistratura vitalicia proscrita en la Carta de 1991 (Ámbito Jurídico, 2014, p. 7).

Para concluir, se puede afirmar sin temor a equívocos que el mérito es un principio constitucional, que no puede ser modificado por el legislador, por esa razón cuando se han expedido actos legislativos tendientes a desconocerlo o a permitir su verificación por fuera de un concurso público, la H. Corte Constitucional ha entendido que el legislador está sustituyendo de manera ilegal, la Constitución, por lo tanto los ha declarado inexecutable.

diversas manifestaciones el mérito.

Aceptado como está, la importancia del mérito como principio constitucional y como eje fundante del sistema de carrera administrativa, es necesario precisar cuáles son las diferentes manifestaciones que dicho principio presenta en la relación laboral entre la administración y el funcionario público con derechos de carrera administrativa.

El ingreso, el ascenso y la permanencia en los empleos públicos de carrera administrativa demanda que la ejecución de los procesos de selección, se desarrollen de acuerdo con los principios (Art. 28 Ley 909 de 2004) de:

i) mérito, entendido como la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;

ii) libre concurrencia e igualdad en el ingreso, que permite a todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;

iii) publicidad, que exige la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;

iv) transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección; v) especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;

vi) garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;

vii) confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;

viii) eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;

ix) eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección.

Para tales efectos, las diversas manifestaciones del mérito se evidencian, de la siguiente manera:

- *Frente al ingreso:* A partir de la expedición de la Constitución de 1991, el ingreso al empleo público o función pública, se cumple a través de la carrera administrativa, tal como indica el Art. 125 constitucional al establecer como regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, para garantizar principios como el mérito, la capacidad y la estabilidad en el cargo. Esta disposición constitucional encuentra idéntico desarrollo en la Ley 909 de 2004.

Para tales propósitos, tanto la Constitución como la Ley 909 de 2004 exigen el cumplimiento de varios requisitos de carácter general para todos los aspirantes, en igualdad de condiciones, los cuales se verifican en el concurso público de conocimientos o de méritos como también se le conoce, con lo cual es procedente afirmar que no existe posibilidad alguna de ingresar a la carrera administrativa sin superar las etapas del concurso de méritos, para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna, según lo dispone el Art. 27 de Ley 909 de 2004.

Superado el concurso de méritos, en los términos del Art. 23 *ibídem* clasifica los nombramientos en: i) ordinarios, ii) en período de prueba o iii) en ascenso, como regla general, pues las normas sobre las carreras especiales, pueden disponer otra clasificación.

En cuanto a los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en la Ley 909 de 2004. Específicamente, respecto de los empleos de carrera administrativa se proveerán –ingreso- en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de en la Ley 909 de 2004.

En este sentido, por la regla del Art. 29 *ibídem*, el concurso de méritos para el ingreso, el ascenso y la permanencia a los empleos públicos de carrera administrativa serán abiertos, para todas las personas que acrediten los requisitos exigidos para su desempeño, dentro de un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el

ascenso al servicio público de todas las personas, siempre y cuando demuestre permanentemente sus competencias y aptitudes.

- *Frente a la permanencia:* La permanencia en el cargo hace realidad el principio de la estabilidad derivado del Art. 125 CP, que corresponde, en un primer momento a la superación de la evaluación del período de prueba, realizada el vencimiento del término de seis (6) meses, de lo contrario, su nombramiento será declarado insubsistente; en un segundo momento, se da con los resultados positivos de la evaluación del desempeño del periodo ordinario laboral o de las evaluaciones extraordinarias.

Aquí solo exige para su permanencia superar el mínimo fijado para pasar la evaluación, es decir, sesenta y cinco (65) puntos; en cambio, para el ascenso, la calificación debe ser del orden los cien (100) puntos.

Así las cosas, el principio de la estabilidad o permanencia en el cargo, concretiza el mérito como verificación permanente de las capacidades y competencias del servidor público, que no opera automáticamente, sino que le exige a éste superar, en primer lugar el periodo de prueba y luego la evaluación anual de desempeño.

- *Frente al ascenso:* El servidor público de carrera administrativa tiene derecho al ascenso a un empleo de la misma naturaleza, sin perder los prerrogativas de carrera en el cargo del cual es titular, mediante el sistema de concurso abierto, como reconocimiento de la superación personal, lo que le permite mejorar su ingreso económico, adquirir una nueva posición en la escala de empleos, asumir nuevas funciones, nuevos retos y desde luego, nuevos conocimientos en pro de su formación profesional y personal.

En esta situación administrativa, igualmente el servidor público debe superar el periodo de prueba establecido de manera general, con un plus y es que si no lo supera regresará a su cargo, sin perder los derechos de carrera. En este sentido, el Art. 31 - 5- numeral 3°, consagra que el empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del

período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

- *Frente al encargo en cargos vacantes de carrera:* El dinamismo y la rotación de personal, propia de cualquier nómina de personal, no ajena a la función pública hace que permanentemente se encuentren cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción, vacantes de manera definitiva o temporal, a los cuales puede acceder, sin perder los derechos de carrera administrativa, el servidor público, que obtenga una calificación sobresaliente en la evaluación de desempeño y que esté ocupando el cargo inmediatamente inferior, en calidad de encargado.

El encargo como situación administrativa es un derecho y una manifestación del mérito, que le permite al designado ocupar un cargo de carrera de igual o superior nivel, cumpliendo los requisitos señalados en la ley, como un reconocimiento a su desempeño laboral; es decir, que desde este punto de vista presenta una doble condición jurídica: de un lado es una nueva situación administrativa para el empleado designado, y del otro, una forma de provisión transitoria de empleos de carrera vacantes, pues el empleado encargado al culminar la situación administrativa descrita debe regresar al cargo del cual es titular ya que en tal circunstancia se conserva el vínculo laboral incólume con la administración.

Entre los requisitos que debe cumplir el servidor público a encargar, la Ley 909 de 2004, se encuentran: i) no haber sido sancionado disciplinariamente en el último año de servicios; ii) cumplir los requisitos para ocupar el cargo superior; iii) haber obtenido una calificación correspondiente al nivel sobresaliente en la última evaluación de desempeño; iv) que el empleo esté previsto en la planta de personal.

- *Comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción o de período:* El Art. 26 de la Ley 909 de 2004 consagra una especial manifestación del mérito que le permite al funcionario de carrera ser comisionado para ocupar cargos de libre nombramiento y remoción ó de período, en dos eventos, a saber: i) con carácter obligatorio (derecho), ii) y con carácter facultativo (expectativa); o sea, que los funcionarios pueden lograr la misma finalidad reconocida en la Constitución aun estando en diferentes situaciones de desempeño laboral.

Es obligatorio para la administración producir esta situación administrativa a favor del funcionario de carrera que haya obtenido una calificación sobresaliente en la evaluación de desempeño del año inmediatamente anterior, hasta por el término de tres años , prorrogable por

tres años más; contrario sensu es facultativo para el empleador, es decir, que la facultad es discrecional y bien podría negársele, comisionar para ocupar los cargos aquí descritos al funcionario de carrera que haya obtenido en el período inmediatamente anterior una calificación satisfactoria.

El funcionario tiene el derecho a recibir la remuneración salarial y las prestaciones sociales establecidas para el empleo del cual es comisionado, como una expresión de la movilidad salarial y laboral; igualmente es importante mencionar que la comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción ó de período está reservada por mandato legal exclusivamente a los empleados de carrera administrativa que se encuentran en la situación o en las situaciones antes descritas, pero de manera alguna será posible hacer tal reconocimiento a los servidores públicos cuyo nombramiento sea en provisionalidad como quiera que su relación laboral con la administración no está amparada por la superación de concurso de méritos.

- *Frente al derecho a la capacitación:* Es claro que si la carrera administrativa busca la promoción del servidor público y la profesionalización del servicio estatal, los funcionarios tengan derecho a un proceso continuo de formación disciplinar a través de los planes y programas de anuales de capacitación que cada entidad u organismo estatal debe elaborar, atributo que encuentra su fuente normativa superior en el Art. 53 de la CP en concordancia con lo establecido en el Art. 65 y s.s del D 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004; Así mismo, con el propósito de elevar los niveles de eficiencia, satisfacción y desarrollo de los empleados en el desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales.

Los planes y programas de capacitación buscan, además de incrementar los niveles de eficiencia y eficacia, actualizar los conocimientos de los servidores públicos, adquirir destrezas y habilidades para el desempeño de las funciones a su cargo; así mismo, prepararlos para enfrentar los concursos de méritos con mayor factibilidad de superarlos y ascender a cargos de mayor nivel. Sobre este tópico el Art. 36 Ley 909 de 2004 reza que la capacitación y formación de los empleados públicos está orientada al desarrollo de sus capacidades, destrezas, habilidades, valores y competencias fundamentales, con miras a propiciar su eficacia personal, grupal y organizacional, de manera que se posibilite el desarrollo profesional de los empleados y el mejoramiento en la prestación de los servicios.

- *Frente a los programas de programas de bienestar e incentivos:* Como cualquier ser humano, el servidor público mejora sus competencias si es estimulado, por esta razón, el Art. 36 de la Ley 909 de 2004, Parágrafo, obliga a las entidades estatales a implementar programas de bienestar e incentivos, de acuerdo con las normas vigentes y los reglamentos, con el objetivo de engrandecer los niveles de eficiencia, satisfacción y desarrollo de los empleados en el desempeño de su labor y de contribuir al cumplimiento efectivo de los resultados institucionales.

El estímulo contribuye al bienestar social del trabajador y al mejoramiento continuo de la organización – entidad-, en síntesis, desde una óptica jurisprudencial, se puede afirmar que el sistema de estímulos tiene como finalidades:

i) Garantizar que la gestión institucional y los procesos de administración del talento humano se manejen integralmente en función del bienestar social y del desempeño eficiente y eficaz de los empleados; ii) Proporcionar orientaciones y herramientas de gestión a las entidades públicas para que construyan una vida laboral que ayude al desempeño productivo y al desarrollo humano de los empleados; iii) Estructurar un programa flexible de incentivos para recompensar el desempeño efectivo de los empleados y de los grupos de trabajo de las entidades; y iv) Facilitar la cooperación interinstitucional de las entidades públicas para la asignación de incentivos al desempeño excelente de los empleados (C Const. C – 103/2003, J. Córdoba).

- *Frente a la supresión del empleo:* Si bien estar inscrito en el escalafón de la carrera administrativa garantiza una considerable estabilidad laboral, producto de las diversas expresiones del principio superior del mérito, como se ha explicado a profundidad, nada garantiza que la entidad a la cual se está adscrito se liquide, reestructure, fusione o suprima, igual que el empleo del cual se es titular, por lo tanto no es posible predicar una estabilidad absoluta en el empleo.

De ocurrir cualquiera de los eventos descritos en el párrafo inmediatamente anterior, el servidor público cuenta con el derecho a ser *incorporado* en la nueva planta de personal, si es posible; de no ser posible, a ser reincorporado y en última instancia, a ser indemnizado, a diferencia de los servidores públicos nombrados en provisionalidad.

Por ello, según las voces del Art. 44 de la Ley 909 de 2004, los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a

otra, o por modificación de planta de personal, se le supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán *derecho preferencial* a ser *incorporados* en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir *indemnización* que deberá ser cancelada de conformidad con el Art. 91 del D 1227 de 2005, contrario sensu generará intereses moratorios para el beneficiario.

Por consiguiente, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones y cuando la incorporación se efectúe en un empleo igual no podrán exigirse requisitos distintos a los acreditados por los servidores al momento de su inscripción o actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa en el empleo suprimido.

Ahora bien, si se trata de la incorporación se realice en un empleo equivalente, deberán acreditarse los requisitos exigidos por la entidad que esté obligada a efectuarla, de conformidad con el manual específico de funciones y requisitos de la misma, lo que de plano garantiza una verdadera estabilidad y una garantía por haber adquirido los derechos de carrera.

- *Frente al retiro del servicio:* Existen varias formas de retiro del servicio: se produce el retiro del servicio cuando se ha suprimido el empleo del cual se es titular y se opta por la indemnización, cuando se renuncia, cuando se adquieren los derechos de pensión, por decisión judicial o disciplinaria administrativa, y en general por las causales listadas en el Art. 41 de la L 909/2004. Sin embargo, respecto al punto específico de las diversas manifestaciones del mérito, el retiro se produce, al tenor del Art. 43 de la Ley 909 de 2004, a través de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria.

Por lo tanto, el nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, en forma motivada, cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral. Contra esta decisión procede solamente el recurso de reposición, que de no resolverse en un término de cuarenta y cinco (45) días calendario, siguientes a su presentación, permitirá, en favor del evaluado, que opere el silencio administrativo, con efectos positivos.

Uno de los eventos en los cuales se produce el retiro del funcionario de carrera se observa en la declaratoria de vacancia del empleo cuando al finalizar el término máximo de seis

años previsto para la comisión éste no asume su cargo de carrera, pues conociendo la consecuencia que la ley dispone para esa eventualidad, no es desproporcionado ni irrazonable exigirle un mínimo de diligencia para definir su situación y, si no “se reintegra es viable entender que su situación voluntaria es no reasumir las funciones del cargo del cual es titular” (C Const. C – 175/ 2007, R. Escobar).

Aquí solo exige para su permanencia superar el mínimo fijado para pasar la evaluación, es decir, sesenta y cinco (65) puntos; en cambio, para el ascenso, la calificación debe ser del orden los cien (100) puntos.

momentos de verificación del mérito: Evaluación.

Este aparte su ocupa de indicar cuáles son los momentos en que la administración como empleadora, debe verificar la capacidad del servidor público y como manifestación de los principios de eficiencia y eficacia de la administración de cara al cumplimiento de los principios consagrados en el Art. 209 CP. Su estudio permite despejar el equívoco que reina en el ambiente de las relaciones laborales con el Estado, según el cual, una vez superado el concurso público, hacer parte de la lista de elegibles e ingresar en periodo de prueba a la función pública, el servidor adquiere una estabilidad *per se*, que en algunos casos transmite la sensación de inamovilidad y de negligencia justificada. No es así, se demostrara en esta sección que la verificación del mérito a través de la evaluación, es permanente y que si ésta se utiliza en debida forma, funcionario que no cumpla con sus compromisos laborales y comportamentales, no podrá seguir en la función pública.

La prueba de conocimientos

Se considera como el primer gran momento de la verificación del mérito, materializado en la prueba de conocimientos o prueba funcional, pues el aspirante debe superarla, resolviendo un cuestionario tipo Saber Pro, en términos generales porque la Ley 1033 de 2006 permite otro tipo de pruebas diferentes a las escritas; es decir, orales, psicotécnicas, curso – concurso y/o cualquier otro medio técnico que garantice objetividad e imparcialidad, con

parámetros de calificación previamente determinados. Aunque no es de la esencia de este trabajo de investigación, no por ello se debe restar importancia a dicha prueba. Todo lo contrario, resolver el cuestionario que contempla preguntas sobre la Constitución Política de Colombia, sobre la organización administrativa del Estado y lo más importante, sobre los conocimientos especiales del cargo a ocupar, lo que demuestra sus verdaderas competencias.

En los términos de la Ley 909 de 2004 Art. 31 -3- modificado por el Art. 14 de la Ley 1033 de 2006, en concordancia con el Art. 5° del D 4500 de 2005, una de las etapas del proceso de selección o concurso es la evaluación o pruebas de conocimientos, mismas que están dirigidas a apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidad de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen; igualmente, permiten establecer una clasificación de los mismos, respecto de las competencias requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y las responsabilidades del cargo; es decir, son verdaderos instrumentos de selección y clasificación, revestidos de criterios de objetividad e imparcialidad.

De todas maneras, la prueba de conocimientos como columna vertebral del concurso públicos de méritos, no es la única forma de evaluar el mérito, aunque sí, como se anota, es el primer y principal momento de verificación del mérito, aún en los eventos en que las preguntas a resolver no se estructuran sobre los conocimientos específicos del cargo a desempeñar, no se construyan sobre las funciones del empleo, sobre el propósito del mismo, sobre los planes institucionales: estratégico y operativo y sobre el plan de acción de cada proceso o subproceso.

La evaluación del periodo de prueba

La evaluación del periodo de prueba se considera un segundo momento de la verificación del mérito, que viene a complementar la evaluación de conocimientos explicada en líneas anteriores. Se dice que es complementaria porque de manera específica evalúa el desempeño de las funciones y tareas propias del cargo para el cual se concursó, a partir de productos, metas y compromisos específicos del propósito principal del empleo.

De esta manera, siguiendo el Art. 31 – 5 de la Ley 909 de 2004, otra etapa del concurso de méritos es el denominado período de prueba, que permite a la persona no inscrita en carrera administrativa, que haya sido seleccionada por concurso, ser nombrada en período de

prueba, por un término de seis (6) meses, al final del cual deberá ser evaluado su desempeño laboral, de acuerdo con el reglamento que para el efecto se expida.

Si el servidor aprueba el período de prueba al obtener evaluación satisfactoria adquiere los derechos de la carrera, los que se declararán mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa (RPCA). Ahora bien, si no obtiene una calificación satisfactoria en el período de prueba, el nombramiento del servidor será declarado insubsistente.

De parte, también consagra la Ley 909 de 2004 la evaluación del periodo de prueba para los funcionarios inscritos en carrera administrativa que obtengan el derecho a ocupar un cargo superior, en ascenso, con las mismas características desde el punto de vista material de la evaluación del periodo de prueba para los no inscritos en carrera, pero con efectos administrativos distintos dentro de la Función Pública. Así las cosas, el servidor inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa (RPCA) que supere un concurso público de méritos, será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral.

Ahora bien, si no obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral, no pierde los derechos carrera, sino debe regresar al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. En virtud de esta situación administrativa y mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

La evaluación del periodo de prueba, claramente, se demuestra que el sólo hecho de superar la prueba de conocimientos y acceder, por méritos al cargo vacante de que se trate, no garantiza la inscripción en el Registro Público de Carrera Administrativa (RPCA), pues se debe superar con una calificación satisfactoria dicho lapso, momento que le permite a la administración verificar las condiciones profesionales e intelectuales, de manera específica en *in situ*, en el puesto de trabajo del servidor. Es un espacio excepcional, que bien aprovechado por el evaluador, le da una luz de esperanza a la administración para hacerse a funcionarios integrales, comprometidos y capaces.

La evaluación del desempeño

La evaluación de desempeño laboral hace parte de los principios que orientan la permanencia en el servicio público, tal como lo dispone la Ley 909 de 2004 Art. 37 – c -, de tal suerte que la permanencia en los cargos exige que el empleado público de carrera administrativa se someta y colabore activamente en el proceso de evaluación personal e institucional, de conformidad con los criterios definidos por la entidad o autoridad competente.

De esta manera, es claro que uno de los ejes del sistema de carrera es el componente de la evaluación del desempeño, cuyos objetivos son garantizar el cumplimiento eficiente y oportuno de las funciones y servicios públicos, en atención a los fines esenciales del Estado, y fomentar el desarrollo integral del servidor público.

Estos propósitos lo caracterizan como un mecanismo dinamizador de mejoramiento institucional y del personal vinculado con las entidades estatales. El objeto de evaluación lo constituyen la eficiencia y la eficacia del empleado en el desempeño de su empleo durante un período determinado. El superior inmediato pondera las actuaciones del empleado con las funciones a su cargo y valora tanto el rendimiento y la calidad del trabajo como el comportamiento laboral del funcionario (C Const. T – 378/2003, J. Córdoba).

De manera específica el Art. 38 de la Ley 909 de 2004, al hacer consagrar este componente del sistema de carrera administrativa, denominado evaluación del desempeño precisa que el desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en los parámetros previamente establecidos. Esta evaluación debe permitir fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales, motivo por el cual los instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los empleados se diseñarán en función de las metas institucionales, por eso debe ser objetiva, imparcial y por supuesto inspirada en principios de equidad y justicia.

Esta disposición desarrollada específicamente en los Arts. 5.5, 5.5.6 y 6, del A. 137/2010 de la CNSC, establecen que la evaluación de desempeño del periodo anual u ordinario, será el resultado la calificación correspondiente a dos (2) evaluaciones parciales semestrales que permiten establecer el porcentaje de avance en que se halla el servidor en relación con los compromisos fijados en el respectivo acuerdo, al comienzo del periodo ordinario de evaluación.

Actualmente el periodo anual comprende el 1° de febrero de 2014 y el 31 de enero de 2015 y los dos (2) periodos semestrales, se contabilizan así: i) 1° 1° de febrero de 2014 hasta 31 de julio ibídem, el cual debe ser evaluado a más tardar el 15 de agosto de dicho año; ii) 1° de agosto de 2014 y 31 de enero de 2015, verificable hasta el 15 de febrero del respectivo año.

Existe la posibilidad de realizar evaluaciones extraordinarias a cargo del jefe del organismo o del jefe inmediato, si durante el período ordinario, se recibe información debidamente soportada de que el desempeño laboral de un servidor o empleado de carrera, es deficiente. En este evento, se podrá ordenar, por escrito, que se le evalúen y califiquen sus servicios en forma inmediata.

Para que la evaluación de desempeño sea objetiva, congruente, verificable y alcanzable, que ayude en debida forma a demostrar el principio del mérito en el ejercicio o desempeño permanente del cargo, debe estar precedida de unos compromisos laborales diseñados a partir de las metas institucionales y por dependencia. Igualmente, se debe contar con el portafolio de evidencias, en el cual se registren los productos, servicios o resultados que el evaluado aspira a obtener en cada periodo. Adicionalmente, las evaluaciones de gestión de cada una de las dependencias constituirá criterio para la evaluación de los empleados, las cuales deberán ser remitas a cada dependencia por Jefe de Control Interno o quien haga sus veces en las entidades u organismos a los cuales se les aplica la Ley 909 de 2004, quien además debe seguimiento para verificar su estricto cumplimiento.

Agréguese que el incumplimiento del deber de evaluar el desempeño laboral constituye falta grave, sancionable disciplinariamente a la luz de la Ley 734 de 2002, investigación, que tampoco releva al jefe inmediato de la obligación de evaluar y aplicar rigurosamente el procedimiento señalado en la Ley y en los reglamentos.

De todas maneras, la prueba de conocimientos como columna vertebral del concurso públicos de méritos, no es la única forma de evaluar el mérito, aunque si, como se anota, es el primer y principal momento de verificación del mérito, aún en los eventos en que las preguntas a resolver no se estructuran sobre los conocimientos específicos del cargo a desempeñar, no se construyan sobre las funciones del empleo, sobre el propósito del mismo, sobre los planes institucionales: estratégico y operativo y sobre el plan de acción de cada proceso o subproceso.

Se considera que tanto la CNSC, como los jefes inmediatos y los de Talento Humano de las diferentes entidades no han tenido el liderazgo que debiera tener para que las evaluaciones de desempeño fueran el producto de la verificación real de competencias cognoscitivas, actitudinales, praxiológicas, comunicativas y porque no, investigativas; a partir de la construcción de unos compromisos laborales y comportamentales bien estructurados, que efectivamente “midieran” las capacidades –merito- de los funcionarios de carrera. Una evaluación de desempeño debería ser integral material y no meramente formal y menso por cumplir con exigencias legales y reglamentarias.

Siendo la evaluación una verdadera forma de verificación continúa del principio constitucional del mérito, debería ser insumo para el mejoramiento continuo del servicio; el diseño de los planes de capacitación; de los planes de mejoramiento individuales, para el desarrollo del conocimiento integral de su cargo, de la entidad y del sector; adquirir destrezas intelectuales, habilidades laborales generales y específicas propias del empleo que se ocupa; con conciencia social, ecológica y principios éticos morales, humanísticos y con inclusión social.

Entre otras razones por que es el mismo Art. 38 de la Ley 909 de 2004, como marco general del sistema de carrera administrativa el que establece que el desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa debe ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales y que los resultados de las evaluaciones deberán tenerse en cuenta, entre otros aspectos, para: Adquirir los derechos de carrera, ascender en la carrera, conceder becas o comisiones de estudio, otorgar incentivos económicos o de otro tipo, planificar la capacitación y la formación y determinar la permanencia en el servicio.

Excepción jurisprudencial al principio constitucional del mérito: estabilidad reforzada

Como tantas veces lo ha manifestado la propia Corte Constitucional, no existen poderes ni principios absolutos, pues las normas tienen que adaptarse a las realidades de la sociedad y de sus destinatarios. En esta oportunidad, en lo que constituye una verdadera tesis de avanzada frente a posiciones anteriores, el principio del mérito, presenta una excepción, que

aunque no está contenida en una Sentencia Unificadora, como control indirecto de constitucionalidad, debe observarse por las autoridades.

Así las cosas, se tiene que según la Corte Constitucional, la función pública debe ponderarse con la estabilidad laboral reforzada de discapacitados, en virtud del principio de “armonización concreta”. (Estabilidad laboral reforzada, 2013)

En efecto, como la importancia del principio constitucional el mérito para acceder a los cargos públicos de carrera administrativa que materializa los principios de eficacia y eficiencia en la función pública podría violar el derecho “a la estabilidad reforzada de las personas con limitaciones físicas, sensoriales o síquicas, es necesario ponderar y armonizar ambos aspectos” (C Const.T – 148/2012, J. Henao).

La discapacidad podría ocasionar bajo rendimiento en el empleo, lo cual provocaría una calificación no satisfactoria y el retiro del servicio, teniendo en cuenta que la idoneidad y la celeridad de la administración de justicia, en este caso, requieren una planta de personal que garantice óptimos resultados. Sin embargo, ello no es razón para que la oficina de trabajo no examine con rigurosidad el bajo rendimiento del servidor, cuando ya verificó que este es un efecto de la discapacidad y no de otra casusa.

Así que si una persona accede a un cargo superando las pruebas objetivas, a las cuales se sometieron todos los participantes, donde la discapacidad no fue un obstáculo insuperable o incompatible con las tareas a desarrollar o frente al cargo, no podrá basarse en esa limitación para su retiro, porque sería contradictorio.

De esta manera, si el funcionario con esa discapacidad incurre en una falta disciplinaria o en bajo rendimiento- calificación no satisfactoria- en el desempeño de su empleo, puede ser retirado del servicio con el permiso de la oficina de trabajo, en aplicación del Art. 26 de la Ley 361 de 1997, que exige la autorización de la oficina de trabajo para despedir a un empleado discapacitado, es aplicable a la carrera judicial., afirmar lo contrario vulneraría el principio de igualdad y el Art. 53 de la Carta Política e implicaría una discriminación infundada.

Cuando la rama judicial o la administración actúan sin la observancia de la autorización expresa de la oficina de trabajo, podrían vulnerar derechos fundamentales del empleado o del trabajador como: el debido proceso, el derecho a la salud y a la estabilidad

laboral reforzada. En el caso de una persona que ocupe el cargo de notificador de un juzgado y que padezca de epilepsia, es lógico que su rendimiento laboral se vea afectado.

En realidad, el principio de la estabilidad reforzada, como principio que es, no es un derecho exclusivo de los discapacitados calificados, sino de los que no lo están, pues es una condición comprobable empíricamente que no puede depender de una formalidad, como el dictamen de las juntas de calificación de invalidez, de acuerdo con el principio de *primacía de la realidad sobre las formas*.

Es decir, que no es necesario que la disminución física, sensorial o síquica esté calificada por éste órgano corporativo, basta con que: i) esté diagnosticada médicamente y que ii) el empleador la conozca, bien sea mediante la historia clínica o las frecuentes incapacidades, para poder probarle al juez o al empleador, tal condición, lo cual de todas maneras garantiza la seguridad jurídica y evita que el empleador deba asumir en el futuro obligaciones que no conocía. Con todo, si es manifiesta, como por ejemplo la pérdida de una extremidad visible para todo el mundo, no requerirá ninguno de los dos anteriores.

Cuando un trabajador que razonablemente pueda catalogarse como persona (i) con discapacidad, (ii) con disminución física, síquica o sensorial en un grado relevante, y (iii) en general todas aquellos que (a) tengan una afectación grave en su salud; (b) esa circunstancia les ‘impida’ o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares’, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, está en circunstancias de debilidad manifiesta y, por tanto, tiene derecho a la ‘estabilidad laboral reforzada’ (C Const. T – 148/2012, J. Henao).

Los cargos de carrera administrativa, como se ha venido explicando en desarrollo de este trabajo de investigación académica, conceden para quien ostenta los derechos propios de la misma, estabilidad laboral, sean o no discapacitados, pues según las voces de la Constitución Política, Art. 125 los empleados que ocupan cargos de carrera solo pueden ser retirados del servicio “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley” (C Const. T – 148/2012, J. Henao).

En este orden de ideas, si el mérito es el único criterio valorado para efectos de ingresar a la función pública y él garantiza los principios de eficiencia y la eficacia consagrados en el Art. 209 constitucional para la función administrativa y para la carrera judicial, entre otras;

así como la estabilidad laboral de los servidores públicos que a ella acceden; por lo cual, los fines propios de la carrera resultan estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la estabilidad de éste como presupuesto indispensable para que el sistema opere. (C Const. C – 479/1992, J. Hernández).

De todas maneras, pese a todo lo dicho, es posible que una consecuencia de la discapacidad sea un bajo rendimiento en el empleo, lo cual provocaría una calificación no satisfactoria en la evaluación de desempeño y el consiguiente retiro del servicio aprobado por la Oficina de Trabajo. En tal caso, el retiro del servicio no sería causado directamente por la discapacidad sino indirectamente, hecho que no puede ser censurado desde un punto de vista constitucional, en consideración a que la administración de justicia reclama con especial vigor la eficiencia, la eficacia, la idoneidad y la celeridad, dada su calidad de servicio público esencial, situación que no puede alcanzarse sin una planta de personal que garantice resultados óptimos.

En todo caso, esto no es óbice para que la Oficina de Trabajo sea menos rigurosa en el examen del bajo rendimiento del discapacitado -cuando ya haya concluido que este desempeño no satisfactorio es un efecto de la discapacidad y no de otra causa-, obligación que también se extiende a la persona que realiza la evaluación del servidor que está dentro de la carrera judicial, ya que ese es un efecto normal y natural de sufrir una disminución física, sensorial o síquica. Situación diferente es que la disminución del rendimiento sea de tal magnitud que se amenace seriamente la eficiencia y eficacia y se le cause un perjuicio desproporcionado al servicio público, amenaza y perjuicio que deberán ser medidos con mayor severidad si el servicio público es esencial (C Const. T – 148/ 2012, J. Henao).

En vista de lo anterior, la administración tiene la obligación de garantizar la efectividad del fuero de estabilidad reforzada, aun en los casos en que entre en conflicto o tensión, el derecho que le asiste a un servidor público que haya superado con creces el proceso de selección de méritos y el derecho que ostenta quien esté ocupado en provisionalidad, el empleo de que se trate, pero con derecho al fuero de estabilidad reforzado, por tener, por ejemplo, la calidad de *prepensionado*.

Con lo anterior no se está negando que la permanencia en los empleos de carrera debe responder a reglas constitucionales o legales, de índole objetiva, lo que impide el retiro del cargo a partir de criterios meramente discrecionales; sin embargo, uno de los factores evaluados por la jurisprudencia para la permanencia en el empleo de quien no tiene derechos de carrera y ocupa un cargo de tal naturaleza, pero en provisionalidad, es la estabilidad laboral reforzada, se insiste,

de los servidores públicos de especial protección constitucional, entre ellos los que se cuentan los que estén próximos a pensionarse, denominados comúnmente como prepensionados; quienes son madres o padres cabeza de familia y los discapacitados.

La eficacia de los derechos de las personas antes señaladas, depende del reconocimiento de estabilidad laboral en aquellos casos, a través de un ejercicio de ponderación entre tales derechos y los principios que informan la carrera administrativa, así entren en tensión los derechos al mínimo vital y la igualdad, frente a la aplicación de herramientas jurídicas que lleven al retiro del cargo, entre ellas el concurso público de méritos, por lo que la administración, a instancias de subreglas trazadas por la Corte Constitucional, debe aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad ante la tensión, se repite, entre estabilidad laboral reforzada de prepensionados y provisión de cargo de carrera mediante concurso.

La jurisprudencia de la Corte ha considerado que este asunto no puede resolverse simplemente a través de la opción a favor de alguno de los derechos en conflicto.

Por el contrario, ha planteado la necesidad que en el caso concreto se efectúe un ejercicio de ponderación entre esos derechos, el cual no afecte el núcleo esencial de cada uno de los extremos en cuestión. Para ello ha enfatizado en dos (2) tipos de argumentos centrales: (i) la necesidad que las autoridades del Estado interpreten las normas de forma razonable, proporcionada y compatible con los derechos fundamentales de los afectados; (ii) la obligación que esas mismas autoridades hagan una evaluación objetiva de las circunstancias del caso, diferente a una adjudicación aleatoria, en la cual se determine si es posible proteger concomitantemente los derechos del prepensionado y del aspirante (C Const. T – 186/2013, L. Vargas).

Vale decir, cuando se presente este evento de tensión entre igualdad de derechos constitucionales, la administración debe proteger los dos (2) derechos, máxime si los cargos a proveer superan la lista de elegibles.

El sistema de carrera administrativa en Colombia y en el derecho comparado: sistemas abiertos y sistemas cerrados -

En materia de ingreso a la función pública, se conocen tradicionalmente dos (2), sistemas, a saber: i) sistema abierto, también conocido como sistema de puestos y ii) sistema cerrado o de carrera administrativa; también se habla de un tercer sistema que gravita entre los dos (2) anteriormente mencionados, poco conocido, denominado sistema departamental o

ministerial, que bien podría ser considerado una división del sistema de carrera o cerrado, propio de países como Finlandia, que se caracteriza porque el ascenso tiene como fundamento la antigüedad en el cargo y el desempeño (mérito) en la dependencia o área; es decir, el servidor público se promociona por dependencias, áreas o departamentos y se estimula a través del incentivo económico, que es el verdadero atractivo para logra un mayor eficiencia. Es criticado porque no permite los relevos generacionales, ni la rotación de personal y produce una estabilidad vitalicia y un servidor público inamovible que solo se motiva por el incentivo económico.

Sistema abierto o de puestos - Merit System

En el sistema abierto o sistema de puestos, utilizado en los EE UU, la selección del servidor público se realizar *puesto a puesto*, de ahí su nombre; mediante el estudio de las hojas de vida de los aspirantes, la realización de entrevistas y la aplicación de test psicotécnicos, a través de un proceso que comprende: i) reclutamiento individualizado para cada empleo y, ii) acceso abierto a todos los ciudadanos para la provisión de empleos; de esta manera, la administración puede establecer sus destrezas, conocimientos y habilidades y determinar el perfil profesional específico que se requiere para cada cargo.

En desarrollo de este tipo métodos se produce un desplazamiento de la función (concepto funcional) por el puesto de trabajo (concepto orgánico - material), pues la selección es concreta y específica como quiera que busca una sinergia o adecuación entre las aptitudes, capacidades e idoneidad del aspirante y la función a desempeñar, en caso de ser seleccionado. El personal es seleccionado para cada “empleo concreto y no para una entidad o dentro de una convocatoria donde se hace una oferta pública de empleos; se predica una relación directa entre las pruebas de entrada y la labor asignada, contrario a lo que ocurre en el sistema de carrera” (Rincón, 2009, p. 507).

En la actualidad, éste sistema se utiliza en países como EE UU, Reino Unido, Bélgica, Holanda, Dinamarca y Nueva Zelanda, en los cuales, el desarrollo profesional se centra en el esfuerzo individual y en las competencias personales de los servidores o funcionarios públicos y gira en torno al puesto o cargo, pero en todo caso sobre la base de principios como mérito, igual

y capacidad para el ingreso. La promoción está ligada “al desempeño y al trabajo desarrollado, más que a la antigüedad. Y, tal y como se ha señalado, los puestos pueden ser cubiertos por personas provenientes del sector privado, lo que tiene como objetivo incrementar la competencia entre candidatos” (Blanco, 2006, p. 4).

Entre las características del sistema analizado, se encuentra:

i) la penalización del bajo rendimiento, a través de la reducción de la parte variable del salario; ii) la importancia que se concede al desempeño personal: el trabajo individual se evalúa y tiene consecuencias económicas; iii) la fácil implantación de técnicas gerenciales lo que permite reformas más profundas en el sector público; iv) la falta de una cultura común o institucional, de unos valores compartidos; v) un excesivo individualismo; vi) excesiva rotación de personal; vii) posibilidad de conflictos de intereses y, viii) la falta de conocimiento del funcionamiento interno de la Administración o entidad (Blanco, 2006, p. 5).

Es importante destacar que en países como Holanda, este sistema es utilizado para la formación potenciales de directivos, desde la base, algo así como predirectivos que salen de canteras (Reino Unido) a quienes se les hace un seguimiento a su carrera profesional desde sus inicios, a través de sus hojas de vida; con especial atención de quienes ingresan del sector privado para mantener, como se ha dicho, la competitividad. Es todo un proceso continuo y regulado.

Sistemas de carrera administrativas cerrados

El Sistema cerrado o de carrera administrativa se caracteriza por que la selección de los funcionarios o servidores públicos, se produce al inicio de su ejercicio profesional, mediante la práctica de un procedimiento basado en los principios de mérito y capacidad; es decir, que su vida laboral o profesional se desarrolla, en principio, en la administración pública o mediante el acceso a la función pública, por lo que se concede importancia superior a la carrera administrativa y se limita el acceso de personal externo a la función pública.

Contrario a la crítica que se le hace al sistema de puestos o abierto, éste posibilita y favorece la existencia de una conciencia de servicio público y de una cultura institucional común muy fuerte. Se dice, igualmente, que la concepción de inamovilidad en la condición de

funcionario se encuentra muy arraigado, con lo cual se privilegia su independencia frente al poder político y la continuidad del funcionamiento de la administración. En suma, el sistema de carrera impulsa la creación de un colectivo con valores comunes y con una cultura compartida que garantizan una independencia frente a la administración y una orientación hacia la efectividad del servicio público.

El servidor público, como toda persona, tiene unas expectativas de carrera al ingresar en la función pública, que puede ir haciendo realidad en función de su desempeño y de la antigüedad. Como una expresión del mérito, el ascenso se da por grados y categorías que se van adquiriendo progresivamente a lo largo de toda la carrera profesional del servidor público, por tanto, la carrera se convierte en su principal motivación; ahora bien, la falta de rendimiento impide su promoción.

En ingreso en el servicio público se cumple por medio de pruebas y exámenes que miden conocimientos generales, obedeciendo al principio según el cual el marco de referencia de los procesos selectivos lo constituye la actividad profesional, de ahí que se busca seleccionar funcionarios por su cultura general y sus cualidades humanas, que sean capaces de comprender que los problemas a solucionar se “plantean en un determinado contexto humano, jurídico, económico y social. Esta forma de concebir el personal acorde a las necesidades organizativas se completa con el sistema de categorías profesionales” (Rincón, 2009, p.510).

En la actualidad este modelo está vigente en Estados como Francia, que es una de las repúblicas más adelantadas en su aplicación, donde promociona por medio de dos (2) mecanismos, a saber:

i) dentro del Cuerpo entidad y basado en la antigüedad, y ii) el que permite ser nombrado en los puestos directivos en virtud del principio de mérito y de las competencias personales; sin perjuicio de incentivar la movilidad interdepartamental. También opera en España, Italia, Alemania, Portugal y en la República Checa, con algunos matices o particularidades (Blanco, 2006, p. 11).

Se le reconoce a este sistema su bondad respecto a la extraordinaria creación y fortalecimiento de valores y de una cultura común que contribuye a crear conciencia colectiva de la responsabilidad; no ocurre lo mismo con la responsabilidad individual que se presenta disipada y etérea, lo que ha llevado a algunos Estados a implantar sistemas de retribución

económica para el personal directivo, principalmente, con el propósito de lograr un mejor desempeño laboral. En Estados como Italia, se han emprendido reformas para abrir los puestos directivos a personas procedentes del sector privado; las cuales no dejan de producir temor por la desmotivación que podría llevar a producir en los actuales funcionarios; también se teme que el principio de mérito pueda verse afectado por el clientelismo.

Corolario de lo expuesto es que en los dos sistemas citados se adelantan concursos de méritos y capacidades para proveer un cargo o puesto, pero la verdadera diferencia está en que en los sistemas abiertos o de puestos, cualquier persona que reúna los requisitos puede participar en el concurso, mientras que en los sistemas cerrados los concursos se adelantan para quienes ya están en carrera, de ahí su nombre: cerrados. Así las cosas, el sistema cerrado, claramente, sería inconstitucional en Colombia, pues a la luz del Art. 125 de la C P, los concursos deben garantizar el principio de la libre concurrencia y del libre acceso a la administración pública; incluso, para los concursos de ascenso, la convocatoria es pública.

Así las cosas, cualquiera que sea el sistema que se adopte, lo importante es la profesionalización de la función pública, donde la consagración constitucional y legal del principio de *Merit System* como regla general, sea la guía de todo proceso de selección, para que los principios de mérito, capacidad, libre concurrencia e igualdad en el acceso al empleo garanticen una función pública eficaz y eficiente, que combine la exigencia del Art. 125 de la CPC, con el derecho fundamental de acceder a los cargos públicos consagrado en el Art. 40 CPC.

En tal virtud, es preciso recordar que el sistema de concursos de méritos en la carrera administrativa, se alimenta de los principios y valores constitucionales que apuntan no sólo a asegurar el eficaz y eficiente funcionamiento y la buena imagen de la administración, sino a desarrollar la concepción democrática, pluralista y participativa del Estado Social de Derecho, “mediante la garantía y efectividad del acceso a la función pública, la permanencia en ésta y el ascenso dentro de los cuadros ocupacionales, en condiciones de igualdad de trato y oportunidades, con fundamento exclusivo en el mérito” (C Const.C – 110/1999, A. Barrera).

Procedimiento administrativo de carrera administrativa según la Ley 909 de 2004

Este aparte está reservado para indicar, de manera sucinta, las etapas que establece la ley general de carrera administrativa para el ingreso a la misma y la adquisición de los derechos que ella otorga, con la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa.

Como se indicaba en líneas anteriores la Ley 909 de 2004, dedica el Título V al ingreso y ascenso a los empleos de carrera, para ello se refiere en el Capítulo 1º los procesos de selección, también llamados concursos, que para el caso serán abiertos y define en el Art. 27, la carrera administrativa un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Igualmente, lista el catálogo de principios que orientan el ingreso y el ascenso a los empleos públicos.

La competencia para adelantar los concursos o procesos de selección está asignada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin y que preferencialmente tengan jurisdicción en el departamento o municipio en el cual esté ubicada la entidad para la cual se realiza el concurso.

El Art. 31 ibídem, reglamentado por el D 4500 de 2005, y modificado en algunos apartes por el Art. 6º de Ley 1033 de 2006, establece las diferentes etapas del proceso de selección o concurso, así: i) convocatoria, como carta fundamental y norma reguladora de todo concurso, obligatoria tanto para la administración, como para las entidades contratadas para la realización del concurso y los participantes; ii) reclutamiento; iii) las pruebas, que pueden consistir escritas, orales, psicotécnicas, curso, concurso y/o cualquier otro medio técnico que garantice objetividad e imparcialidad, con parámetros de calificación previamente determinados y en los casos pertinentes pruebas de ejecución conforme el reglamento que se expida; iv) Listas de elegibles, que se elabora en estricto orden de mérito (de mayor a menor puntaje) y que tendrá una vigencia de dos (2) años y que permite a la entidad de que se trate, cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso; y v) el periodo de prueba, cuya duración será de seis (6) meses, al final de los cuales será evaluado el desempeño laboral del funcionario no inscrito en carrera y que le permitirá, si obtiene evaluación satisfactoria, adquirir los derechos de la carrera, mismos

que requieren declaratoria mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa.

De igual manera, la normativa contempla en este capítulo, lo relacionado con las reclamaciones ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, las Unidades y de las Comisiones de Personal y de las demás autoridades que deban acatar las disposiciones de estos organismos; y todo lo concerniente a la publicidad de las convocatorias a través de las páginas web, los correos electrónicos y la firma digital, para garantizar su conocimiento y permitir la libre concurrencia.

De otra parte, se integrará el Registro Público de Carrera Administrativa, conformado por todos los empleados inscritos o que se llegaren a inscribir, con los datos que establezca el reglamento. El control, la administración, organización y actualización de este Registro Público corresponderá a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para lo cual podrá contar con el apoyo técnico, instrumental y logístico del Departamento Administrativo de la Función Pública. En el mismo sentido, la notificación de la inscripción y de la actualización en la carrera administrativa se cumplirá con la anotación en el Registro Público; la decisión que niegue la inscripción o la actualización en el Registro Público de Carrera Administrativa se efectuará mediante resolución motivada, la cual se notificará personalmente al interesado, de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 1437 de 2011 – CPACA y contra la cual, procede el recurso de reposición.

Formas de provisión de los empleos en Colombia

Según el tenor literal del Art. 46 de la Ley 909 de 2004, modificado por el Art. 228 del D L 019 de 2012, las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-; en todo caso, las de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva en orden nacional, deberán ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

En el orden territorial, de conformidad con lo establecido en el Art. 313 – 6 y 315 -4 y 7- de la CPC, corresponde a los concejos municipales y a las asambleas departamentales, determinar la estructura de la administración en cada ente territorial y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta. Suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales, de conformidad con los acuerdos respectivos.

Es importante precisar que la Ley 909 de 2004, es el marco general de la carrera administrativa, pues contiene las normas que regulan el sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública y aunque precisa en el Art. 1º que quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública.

En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad y que hacen parte de la función pública los: a) Empleos públicos de carrera; b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción; c) Empleos de período fijo y d) Empleos temporales, se respetan las reglas y procedimientos establecidos en sistemas de carreras específicos y especiales como: i) cuerpo de docentes; ii) aeronáutica civil; iii) Contralorías de entidades territoriales; iv) superintendencias e vi) INPEC, entre otras.

Nombramientos

Nombramientos comunes.

A la luz del Art. 23 de la Ley 909 de 2004, los nombramientos o provisión de empleos comunes pueden ser: i) nombramientos ordinarios, ii) en período de prueba o iii) en ascenso, sin perjuicio de lo que dispongan las normas sobre las carreras especiales. Así las cosas, los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario,

previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley.

Por otra parte, los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de la Ley 909 de 2004 y en el estricto orden establecido en el Art. 7° del D 1227 de 2005.

Nombramientos excepcionales.

La Ley 909 de 2004, prevé la posibilidad, como excepción, de contemplar en las plantas de personal, por necesidades del servicio, en los organismos y entidades a los cuales se les aplica, empleos de carácter temporal o transitorio, bajo las condiciones señaladas en el Art. 21, reglamentada por la Circular No. 01/2013 de la CNSC. Estos empleos deben utilizar para: i) cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; ii) desarrollar programas o proyectos de duración determinada; iii) suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; iv) desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Se exige la respectiva justificación para la creación de los empleos aquí citados y la motivación técnica para cada caso; de igual manera, la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Además, la provisión de dichos empleos se deberán escoger las personas de las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

La Provisionalidad como mecanismo excepcional de la provisión de empleos

Efectivamente, el nombramiento en provisionalidad constituye una forma excepcional de provisión temporal de empleos de carrera administrativa, que debe estar prevista específicamente en la Ley 909 de 2004, por cuanto como se ha venido explicando en el desarrollo de este trabajo de investigación, la implementación de la carrera administrativa por medio de la normativa aquí citada, cuya vigencia ya alcanzó una década, suponen la existencia de listas de elegibles y de procesos de selección avanzados y culminados, salvo, excepciones como las que se derivan de la reforma administrativa adelantada en virtud de la Ley 1444 de 2011, por lo tanto, los cargos de carrera deberían estar provistos de manera definitiva con personal que inscrito en el Registro Pública de la Carrera Administrativa.

La provisionalidad se utiliza de manera excepcional, para proveer cargos de carrera vacantes (transitoriamente o definitivamente). En el caso de la transitoriedad, por encontrarse su titular en cualquiera de las situaciones administrativas legalmente establecidas y no ser posible su provisión a través de la figura del encargo, propia, igualmente, para los funcionarios de carrera.

Para la designación de estos empleados no se tienen en cuenta requisitos distintos a los exigidos para la ocupación general del cargo, según el respectivo manual de funciones y requisitos, no se tiene porque cumplir con ninguno de los pasos establecidos para la provisión definitiva de empleos conforme a lo establecido en la Ley general de carrera, ya que la única consecuencia que produce es una relación laboral con el Estado de carácter precario o transitorio y excepcional, discrecional para la administración, como quiera que no existe la obligación de nominación, la que sí se predica de quienes superen los concursos y hagan parte de las listas de elegibles, por ejemplo.

En cuanto a los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma *provisional* solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera, siguiendo el contenido del Art. 25 de la Ley 909 de 2004.

En este mismo sentido, el Art. 9° del D. 1227/2005, señala que de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004, en caso de vacancias temporales los empleos de carrera podrán ser provistos mediante nombramiento *provisional* cuando no fuere posible proveerlos por medio de encargo con servidores públicos de carrera, por el término que duren las situaciones administrativas que las originaron; agrega que tendrán el carácter de *provisional* la vinculación del empleado que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que en virtud de la ley se convierta en cargo de carrera.

De igual manera, el Art. 31 de la Ley 909 de 2004, contempla expresamente otro evento en el cual, el empleo de carrera con funcionario titular, puede ser provisto mediante provisionalidad. Se refiere la Ley a la vacancia temporal que se presenta cuando el empleado inscrito carrera, supera un concurso de méritos para ocupar otro cargo, debiendo cumplir con el período de prueba, para dicho cargo. En este caso, mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento *provisional*.

Precisamente, el carácter de esta situación administrativa excepcional se manifiesta en la facultad que se otorga al nominador por el Art. 10 del D 1227 de 2005, que se refiere a la posibilidad dar por terminado el encargo, la prórroga o el nombramiento provisional, antes de cumplirse el término de duración de cada uno de ellos, por resolución motivada.

A manera de ilustración, los Arts. 8° y 9° de la Ley 443 de 1998, al referirse a la procedencia de los nombramientos en provisionalidad, los reservaba para el caso de vacancia temporal y definitiva, mientras se surtía el proceso de selección, siempre y cuando no existiera la posibilidad del encargo, en cabeza de los empleados de carrera que tenían – y tienen – el derecho preferencial, como una manifestación del principio del mérito. También para proveer el cargo del empleado de carrera encargado, mientras duraba la respectiva situación administrativa.

Estas disposiciones fueron demandas ante la Corte Constitucional, quien las encontró ajustadas a la carta, previniendo que a resultaba a todas luces elemental que las disposiciones acusadas contemplen que se prefiera encargar temporalmente de un empleo de carrera a un servidor de carrera y no que se provea la vacante temporal en provisionalidad, es decir, por quien no esté en carrera, por la obvia razón de que el de carrera ingresó mediante concurso, lo que lleva consigo, como se examinó al inicio de estas consideraciones, implícitas “las garantías de ser

favorecido con nombramientos en encargo, como una manera de estimular la estabilidad del servidor en la Administración. Esta clase de estímulos son muy distintos a privilegios odiosos e injustificados como los califica la demandante” (CConst. C – 942/2003, A. Beltrán).

Es tan excepcional la provisionalidad como forma de provisión de empleos que aun en regímenes excepcionales con el establecido para la defensoría del pueblo, se exige ir primero a la lista de elegibles, así no sea producto de una convocatoria para el cargo de que se trate; de ahí que, la utilización de la lista de elegibles por el Defensor del Pueblo para proveer vacantes de la Entidad con personas que han concursado para un determinado cargo constituye un deber y no una facultad del nominador, siempre y cuando el nombramiento concierna a cargos de igual grado y denominación, por cuanto: (i) se están nombrando personas que superaron un concurso de méritos para el mismo cargo, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública; (ii) la norma se aplica en supuestos muy puntuales por cuanto la lista debe estar vigente (6 meses), a cuya expiración deberá hacerse un nuevo concurso; y (iii) las dificultades presupuestales que afectan a la Defensoría del Pueblo, y que le impiden realizar constantes concursos de méritos, a efectos de proveer las vacantes que se presenten en los cargos de carrera administrativa, justifican que el nominador acuda a una lista de elegibles, debidamente conformada por ciudadanos que participaron en igualdad de condiciones, a efectos de proveer otro cargo de idéntico grado y denominación que yace vacante, en vez de recurrir al expediente de la provisionalidad.

Sin embargo, si se trata de proveer vacantes que correspondan a cargos de igual denominación pero de grado inferior conlleva a nombramiento en provisionalidad. Cuando se trate de proveer cargos en la Defensoría del Pueblo, de igual denominación pero de grado inferior, el acudir a una lista de elegibles ya integrada, vulnera la expectativa válida que tenían los ciudadanos de presentarse a un concurso de méritos, pues puede suceder que un ciudadano no pueda presentarse a un concurso de méritos para ocupar determinado cargo de carrera, por cuanto no cumple con los requisitos para ello, quedando expectante para cuando se abran las convocatorias para cargos de inferior grado.

Tal expectativa válida se verá frustrada si el nominador, en vez de convocar a un nuevo concurso de méritos, decide recurrir a una lista de elegibles, ya conformada pero para otros cargos, lo que en la práctica implica la imposibilidad para que un grupo de ciudadanos

puedan entrar a competir por ocupar determinados cargos en la Defensoría del Pueblo, ya que las vacantes a las que podrían aspirar siempre serán ocupadas por personas que concursaron para ocupar cargos de grado superior, situación que desconoce abiertamente el principio de igualdad de oportunidades, que inspira la redacción del artículo 125 Superior (C Const. C – 319/2010, H. Sierra).

La figura de la provisionalidad, se encuentra como ya se expresó antes, en la legislación Española, para solo citar un referente; pero con otra denominación: **Funcionarios interinos**. De ella se ocupa el Art. 10 de la Ley 7 de 2007 o Estatuto Básico del Empleo Público. Esta normativa, precisa que son funcionarios **interinos** los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se den circunstancias como i) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera; ii) La sustitución transitoria de los titulares; iii) La ejecución de programas de carácter temporal; iv) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses.

Sin que en Colombia se llegue a ese nivel de especificidad, porque en la función pública se privilegia por mandato constitucional la carrera administrativa y el concurso de méritos para su ingreso, asenso y permanencia en el empleo público, si se puede extraer del análisis de la Ley General de Carrera Administrativa, que la provisionalidad como forma excepcional de la provisión de empleos, opera cuando no es posible realizar el nombramiento con personal inscrito en carrera administrativa o cuando no hay lista de elegibles vigente para el cargo de que se trate, pero sin que existe en la Ley 909 de 2004, un capítulo especial para los provisionales (interinos), por lo que las exigencias son meramente formales (cumplimiento de requisitos que exige el cargo), por lo que principios como el mérito, la capacidad, la igualdad, la publicidad y la libre concurrencia, no se tienen en cuenta.

En España, el numeral 2º del Art. 10 de la normativa antes citada expresa que: “La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”, procedimiento que exige una invitación pública y el análisis de antecedentes; es decir que, en el ordenamiento jurídico español, más la jurisprudencia de ese país han sido enfáticos en señalar que para la provisión de empleos interinos, se tiene que realizar por medio de: i) una convocatoria pública y ii) un concurso de méritos (análisis de la hoja de vida). Con el primer

requerimiento se garantizan los principios de publicidad y la libertad de concurrencia. Con el segundo se garantiza el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias para el cumplimiento de las responsabilidades propias del puesto de trabajo (Rincón, 2009, p. 357).

Siguiendo con el Derecho Español, el Art. 8º - 2- del Estatuto Básico del Empleo Público, establece dentro de la clasificación de los empleos públicos, a los funcionarios interinos, que es el equivalente a los provisionales en Colombia. Allí la clasificación señala los siguientes: a) Funcionarios de carrera; b) Funcionarios interinos; c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y d) Personal eventual.

Finalmente, como complemento a este Capítulo, debe agregarse que el activismo judicial respecto de las situaciones administrativas de los funcionarios provisionales no para, pues en reciente fallo la Corte Constitucional, a través de sentencia de unificación fijó los límites de indemnización para los servidores públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, que hayan sido despedidos sin justa causa; con el fin de prevenir el pago excesivo y desproporcionado, resultado del daño real que sobre éstos se haya irrogado por el despido injusto.

Para tales efectos, determinó la indemnización a partir de un mínimo de seis (6) meses de salarios dejados de percibir desde el despido y un máximo de hasta veinticuatro (24) meses, correspondiente a la duración máxima estipulada en la Ley 909 de 2004, para este tipo relaciones laborales. Igualmente, determinó los criterios unificados en relación con los efectos de la nulidad del acto administrativo de retiro del servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, en lo relacionado con el reintegro y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir.

Siguiendo con el activismo judicial, el Consejo de Estado, en cumplimiento de su labor de órgano de cierre y fiel a la protección del orden jurídico abstracto, declaró la suspensión provisional de los apartes acusados del Art. 1º del D 4968 de 2005, por el cual se modifica el párrafo transitorio del Art. 8º del D 1227 de 2005, modificado por el Art. 1º del D 3820 de 2005 y 1937 de 2007, respectivamente y la C 005 de 2012 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC-, en el entendido que del cotejo entre el texto de los actos administrativos acusados y las normas invocadas como vulneradas se evidencia la vulneración de estas últimas, por cuanto el D 4968 de 2007, “crea procedimientos y trámites adicionales para la

provisión de empleos públicos en las modalidades en encargo y de *provisionalidad*; además, establece las prórrogas de los encargos, los cuales tienen por ley un término perentorio de seis (6) meses” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda subsección B, 2014)

De otra parte, se advierte en la providencia que dentro de las facultades conferidas a la CNSC está la de instruir sobre la aplicación de las normas de la carrera administrativa, pero no para crear o modificar los procedimientos para acceder a los empleos públicos, excediendo lo dispuesto en la Constitución y la Ley. Finalmente, se destaca que no es posible que la CNSC so pretexto de ejercer sus funciones de administración y vigilancia se atribuya la facultad de inmiscuirse en temas regulados específicamente por la normativa especial, “adicionando los procedimientos para determinar la procedencia de los encargos, el nombramiento en *provisionalidad* y su prórrogas, así como la delegar la facultad nominadora en las entidades públicas” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, subsección B, 2014).

Actos administrativos reglados y actos administrativos discrecionales

Para empezar el desarrollo del Capítulo, es preciso recordar que la relación servidor público- administración está regulada por toda la normatividad vigente sobre “función pública; está informada de contenido jurídico, porque consagra una relación de doble vía: ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones recíprocamente, lo que se enmarca dentro de los principios de legalidad y responsabilidad” (Betancourt, 2014, p., 34).

Al deber constitucional que tiene la administración de sujetarse al ordenamiento (arts. 3 y 6 de la Carta) corresponde el derecho que el administrado tiene de exigir ese acatamiento y al deber que tiene éste de obedecer los mandatos de las autoridades, corresponde el derecho que tienen éstas de hacerlos efectivos, en principio, de oficio en virtud de la decisión ejecutoria. Y en ese no acatamiento debe ir envuelta para unos y otros una sanción, la que para la administración podrá ser la nulidad por ilegalidad o la responsabilidad, ya que los particulares son responsables ante las autoridades por infracción de la constitución - art. 2 y 6 - y de las leyes, y los

funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas (p., 34).

En desarrollo de los principios de legalidad y responsabilidad, la administración por mandato constitucional debe ajustar su actividad a la Constitución y la ley, esta misma debe organizar los mecanismos que logren coercitivamente esta sumisión o impongan el restablecimiento del orden jurídico infringido o del derecho subjetivo vulnerado, según corresponda. De allí que se diga que el sistema de las garantías de los administrados descansa en dos pilares fundamentales: legalidad y responsabilidad.

En este sentido, señala que por el primero se somete la administración a la normatividad jurídica, o sea, a las leyes que regulan su actividad; y por el segundo, se le previene que su desconocimiento permitirá el cuestionamiento de su gestión y aun el compromiso de su propia responsabilidad, como lo establecen los Arts. 6 y 90 de la CPC. Decir que la administración está sometida a la ley equivale a afirmar que aquélla debe respetarla y que el particular o administrado tiene el derecho a esa legalidad y posee los medios de control para hacerla operante; vale decir, que lo que es deber para la administración es un “derecho para el administrado que le permitirá a éste exigir que aquélla respete, al cumplir sus sometidos, las normas que organizan la competencia, la forma, los motivos, el contenido y el fin de esa actividad, conformada genéricamente por actos y hechos” (p.,34).

Resulta que al ser el acto administrativo la expresión natural de la función administrativa, su expedición produce los efectos jurídicos que la administración quiere y que el particular, correlativamente tiene que obedecer, por el principio de presunción de legalidad del cual están revestidos los actos administrativos (Art. 88 de Ley 1437 de 2011); se dice que en principio, ya que en los Estados de Derecho, toda la actividad del Estado a través de sus órganos y entidades, tiene controles, que garantizan el equilibrio de poderes o lo que en doctrina del derecho público se denomina *teoría de los pesos y contrapesos*. Dichos controles frente a los actos administrativos están presentes en sede administrativa y en sede jurisdiccional. Para los primeros con la interposición de los recursos (vía gubernativa) y para los segundos el uso de los medios de control consagrados en la Ley 1437 de 2011.

De allí que, la primera forma corresponda al control típicamente administrativo, toda vez que se cumple ante los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público

en sus distintos niveles, a los órganos autónomos y a los particulares cuando ejercen funciones públicas, mediante los recursos denominados de vía administrativa, para que la autoridad revise sus propios actos de fondo y forma y los modifique, aclare o revoque; y la segunda, de carácter ordinariamente jurisdiccional, mediante las acciones o medio de control con se les conoce a partir de la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. “Se dice ordinariamente porque en algunos países (Francia, por ejemplo) el órgano de control, aunque separado de la administración activa, pertenece a la misma administración” (Betancourt, 2014, p., 34).

Respecto a los actos administrativos expedidos en materia de las relaciones de función pública, no cabe duda de que son pasibles tanto de los controles en sede administrativa y en sede jurisdiccional y aun por la vía de la acción de tutela y de las acciones de grupo, como acciones constitucionales excepcionales. Empero, como se explica en este trabajo, el ejercicio de los controles y los presupuestos en una y otra sede varían dependiendo de las características del acto administrativo de que se trate. No es lo mismo, los recursos procedentes contra el acto administrativo motivado o reglado, que contra el discrecional; o los presupuestos (Art. 161 CPACA) que se tienen que cumplir o la oportunidad para presentar la demanda de control judicial de uno y otro (Art. 164 CPACA); razón de más para advertir la trascendencia de conceptuar sobre la motivación de los mismos y sus efectos en las diferentes sedes de que se viene hablando.

En efecto, como se ha explicado la provisionalidad es una forma excepcional y temporal de provisión de empleos de carrera, vacantes de manera temporal o definitiva, que se utiliza cuando no es posible suplir la vacancia con personal de carrera mediante la modalidad de encargo. Si ello es así y advirtiendo que dentro de las causales de retiro del servicio señaladas en el Art. 41 de la Ley 909 de 2004, no se hace mención expresa a los funcionarios provisionales, sino a quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa, sin que con ello se pueda afirmar que no es posible que estas causales puedan en un momento dado operar para que cese la relación laboral entre los provisionales y la administración; por ejemplo: la renuncia regularmente aceptada; retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; la invalidez absoluta; por edad de retiro forzoso; por destitución,

como consecuencia de proceso disciplinario y por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo, entre otras.

Como quiera la condición de funcionario inscrito en carrera otorga unos derechos, legal y jurisprudencialmente reconocidos, tanto el ingreso al sistema con su terminación (causales de retiro) son regladas, razón suficiente para que el legislador en el parágrafo 2º del artículo aquí citado, consagre radicalmente que es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y por medio de acto motivado. Agréguese que, el retiro del servicio implica la separación de la carrera administrativa y la pérdida de los derechos inherentes a ella, salvo cuando opere la incorporación en los términos de la Ley 909 de 2004, por declaratoria de insubsistencia del nombramiento por calificación no satisfactoria.

Por lo tanto, el nombramiento del empleado de carrera administrativa deberá declararse insubsistente por la autoridad nominadora, en forma motivada, cuando haya obtenido calificación no satisfactoria como resultado de la evaluación del desempeño laboral; ahora bien, tratándose de la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción, se deja en claro que la competencia es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado

Ciertamente, para los provisionales no existe exigencia expresa de motivar el acto de terminación de la relación laboral; sin embargo, ha de entenderse que por su carácter temporal y excepcional, el cumplimiento del tiempo máximo de duración de la provisionalidad en el caso de los cargos vacantes de manera definitiva o por la provisión del empleo con funcionarios de carrera según lo establecido en el Título V de la Ley 909 de 2004 y en el estricto orden establecido en el Art. 7º del D 1227 de 2005; o por la superación o terminación de la situación administrativa que dio lugar la vacancia temporal, constituirían la motivación o las razones para dar por terminada la provisionalidad, como causales específicas y naturales.

En consecuencia, no sería acertado hablar de un vacío de la norma o del legislador. Es más, cuando el encargo, la prórroga o el nombramiento provisional, se dan por terminados antes de cumplirse el término de duración de cada uno de ellos, tendrá la administración que expedir resolución motivada, según las voces del Art. 10 del D 1227 de 2005 o como ocurre con la facultad conferida al nominador por el Art. 41 de Ley 909 de 2004, que estableció una competencia reglada para efectuar el retiro de los empleos de carrera, según las causales

consagradas en la Constitución Política de Colombia y la ley, mediante acto motivado, producto de una actuación administrativa reglada.

Por el contrario, donde sí podría haber un vacío en la regla, es en los eventos en que la terminación de la provisionalidad no obedece a las causales naturales o específicas referidas expresamente, en el Art. 41 *ibídem*, sino cuando el servidor público ha permanecido varios años en provisionalidad, prórroga, tras prórroga, sin que se regularice su situación laboral y lo que es peor, cuando el cargo se provee, nuevamente, bajo la misma modalidad excepcional y temporal con otra persona.

Por consiguiente, se había entendido por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado – Sección Segunda, que en cualquier circunstancia, los servidores públicos provisionales no tenían fuero alguno de estabilidad, ni derecho alguno; que más bien, tenían una doble condición de inestabilidad; i) la terminación del plazo máximo de la provisionalidad y ii) la provisión del cargo con funcionarios inscritos en el registro público de la carrera administrativa o en lista de legibles.

En este orden de ideas, el Consejo de Estado *no exigía a la administración la motivación expresa del acto administrativo* de terminación de la provisionalidad. La citada Sección Segunda, retomando las reglas establecidas en materia de carrera administrativa, sentenció que el nombramiento en provisionalidad es procedente para proveer cargos de carrera, en eventos en que no sea posible hacerlo por el sistema de concurso, o por encargo con otro empleado de carrera.

De esta manera, la situación en provisionalidad, no otorga fuero de estabilidad relativa alguno. Aun cuando la normatividad reguladora de esta materia prevé que la designación en provisionalidad por un determinado tiempo e igualmente ésta es prorrogable en los términos que señala la ley, ello no significa que “la persona designada bajo esa situación adquiera estabilidad por dicho lapso. En consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales puede disponerse mediante acto que formalmente no requiere ser motivado, vale decir, no debe expresar las causas del retiro” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, 2011, C.P., A. Vargas. Rad. 05001-23-31-000-2002-00249-01(2440-11)).

La misma providencia, exhortó a la administración, a no prescindir del estudio técnico que debe servir como fundamento para la modificación de la planta de personal llevada de la entidad de que se trate, pues el incumplimiento de este requisito legal, hace anulable el acto demandado, por desconocer uno de los presupuestos consagrados en la Ley 443 de 1998, pues se configura la expedición irregular del decreto acusado.

En este sentido, a la luz de la Ley 443 de 1998 y sus decretos reglamentarios, el acto expedido bajo su vigencia, que declara la insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad **no requiere ser motivado**; tampoco si no se prueba que el demandante hubiere sido nombrado como consecuencia de la superación de un concurso de méritos y, por ende, no goza del fuero de estabilidad propio del sistema de carrera administrativa; es decir que, en estos eventos el retiro del servidor público obedece al ejercicio de la facultad discrecional del nominador, expresamente consagrada en el artículo 7 del D 1572 de 1998, decisión administrativa que se presume expedida en aras del buen servicio público; “por lo tanto, la permanencia de dicho servidor en el cargo por encima del término de cuatro (4) meses previsto en la ley no le genera ningún derecho de inamovilidad, pues dicha circunstancia no modifica la condición legal de provisionalidad” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, 2012. C. P., G. Gómez. Rad. 20001-23-31-000-2004-00988-01(0681-09).

Así mismo, el Consejo de Estado fiel a su línea jurisprudencial, llegó a tomar decisiones fuertes, aún en contravía de los Tribunales de la misma jurisdicción y a revocar, en sede de tutela, sus fallos, advirtiendo que sólo en situaciones especialísimamente excepcionales en las cuales se evidenciara de manera superlativa que una providencia judicial padecía un vicio procesal ostensiblemente grave y desproporcionado, que lesiona en grado sumo el derecho fundamental de acceso a la justicia, individualmente considerado o en conexidad con el derecho de defensa y de contradicción, núcleo esencial del derecho al debido proceso, procede la acción de tutela, como remedio para garantizar estos especiales y concretos derechos amenazados o trasgredidos.

La tesis contenida en la providencia inmediatamente citada, coincide con la expuesta en la providencia de la Sección Segunda de la misma Corporación, fechada el 02 de junio de 2011, expediente No- 11001-03-15-000-2011-00558-00 -AC - Consejero Ponente Gustavo Gómez Aranguren. Se trata de una de las primeras oportunidades en que el Consejo de Estado acepta la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, dentro de su misma

jurisdicción. En efecto, encontró la Sala que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca consideró que por tratarse de un empleado que ocupaba en provisionalidad un cargo de carrera administrativa sin estar inscrito en ella, el nominador podía hacer uso de su facultad discrecional y dar por terminado su nombramiento, sin que fuera necesaria la motivación de la decisión.

Agrega la providencia que si bien lo ha sostenido la Sección Segunda de la Corporación, la remoción de los empleados que ocupan cargos de carrera en provisionalidad no requiere ser motivada, pues tiene origen en la facultad discrecional que le asiste al nominador y se presume que se realizó en procura del buen servicio; sin embargo, éste criterio es aplicable **únicamente** a los casos que tuvieron ocurrencia antes de la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, esto es, 23 de septiembre de dicha anualidad, como quiera que en esta norma, se dejó claramente establecido que el retiro de los empleados de carrera, inclusive los nombrados en provisionalidad, deberá efectuarse mediante acto motivado.

Es decir que, así los empleados provisionales ostenten un fuero de estabilidad relativa en su cargo, lo cierto es, que la norma es enfática al señalar que su remoción debe materializarse mediante acto motivado, siendo inapropiado acudir a interpretaciones respecto de la misma. De esta manera se tiene, que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al aplicar al caso bajo estudio un criterio que era pasible de ser extendido únicamente a los empleados provisionales retirados antes del 23 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, incurrió en defecto sustantivo, pues como se dijo, la norma es clara al exigir para este tipo de desvinculaciones, la motivación del acto, y así debió entenderlo el entonces ad quem.

Así las cosas resulta evidente, que al omitir la aplicación de la plurimencionada norma, y al no presentar motivos razonables y suficientes para justificar otra posición, el Tribunal quebrantó el derecho fundamental al debido proceso del actor, lo que da lugar a la protección mediante Acción de Tutela.

De ahí que en los casos que se estudian, los accionantes hacen consistir la vulneración que alegan a sus derechos fundamentales en que para negar las súplicas de la demanda ordinaria.

(...) se sostuvo por parte de los falladores la tesis equivocada según la cual la falta de motivación del acto que declara insubsistente un nombramiento provisional en un cargo de carrera no enerva su legalidad. Consideran que al haberse asumido en tales decisiones judiciales este criterio, se desconoció el precedente jurisprudencial al respecto fijado por la Corte Constitucional entre otras en las sentencias SU-250/1998, T-800/1998, C-734/2002,

C-590/2005, SU-1184/2000, SU-917/2010 y C-836/2001 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, 2012. C. P., S. Buitrago Rad. 11001-03-15-000-2010-01235-02(AC).

Como quiera que en la providencia inmediatamente citada, la Sección Quinta del Consejo de Estado, estudiaran, en acumulación, varios fallos de tutela, consideró que no existía norma que impusiera a la administración pública la imperatividad de hacer explícitos los motivos que condujeron a prescindir de la vinculación de los empleados en provisionalidad. En efecto, las solicitudes de amparo constitucional no tienen por causa actuación procesal alguna que represente lesión a sus derechos de acceso a la administración de justicia y/o de defensa. Agregó que, tampoco existe en el ordenamiento jurídico norma positiva que imponga al juez el deber legal de acoger las tesis jurisprudenciales que vía sentencias de tutela (que son inter partes, para cada caso en concreto), asuma en revisión eventual la Corte Constitucional, porque es legítimo que los jueces sustentadamente, adopten posturas diferentes fruto de su autonomía de criterio razonado frente al alcance de las normas legales.

Así las cosas, la tutela es improcedente por las razones expuestas, lo que impone, modificar las sentencias de tutela impugnadas para en su lugar declarar que en tales casos el mecanismo ejercitado es improcedente y falla declarando que no proceden las tutelas.

Sin embargo, la tesis del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, fue cambiando, de tal manera que estableció una diferencia sustancial entre la exigencia en comento para los actos expedidos en vigencia de las dos (2) normas que han regulado recientemente el sistema de carrera administrativa en Colombia: Ley 443 de 2008 y Ley 909 de 2004. Como ya se citó en la referencia jurisprudencial anterior, los actos expedidos en vigencia de la primera de las leyes nombradas, no requerían motivación; contrario sensu, si fue en vigor de la Ley 909 de 2004, sí, sin que esta última, expresamente lo exigiera.

Tal exigencia –la motivación –; en efecto, se puede considerar como una elaboración jurisprudencial, una subregla que la hace extensiva a todo tipo de acto administrativo de retiro del servicio, pues si bien el Art. 41 de la Ley 909 de 2004, contempla las causales de retiro de éste, sin discriminar si el funcionario ostenta derechos de carrera o es provisional, mediante acto administrativo motivado, producto de una actuación reglada, de la lectura del catálogo de causales y de los efectos que produce su materialización, en los términos del art. 42 *ibídem*, se

desprende que éstas son propias de servidores con derechos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, como quiera que la provisionalidad: i) no se evalúa, ii) no tiene periodo de prueba y iii) dada su temporalidad y excepcionalidad, es poco probable el retiro por la obtención de la pensión de vejez o por llegar a la edad de retiro forzoso y iv) menos podría tener como efecto la pérdida de los derechos de carrera que es la consecuencia jurídica expresa del retiro, contenida en el citado Art. 42.

Por consiguiente, a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004 –que no desde la expedición de sus decretos reglamentario- surge como imperativo de legalidad, de indiscutible acatamiento para los jueces de conformidad con el Art. 230 CPC, la motivación expresa de los actos administrativos de retiro del servicio como conclusión de una actuación administrativa reglada. “Frente al contenido de la motivación correspondiente, debe entenderse que esta no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, 2012. C.P., L. Vergara Rad. 11001-03-15-000-2012-00671-01(AC).

Con estos argumentos, el órgano de cierre, fue más allá de la modificación de su línea jurisprudencial, al marcar diferencia con la tradicional doctrina de la Sección Segunda, sino que en un hecho sin precedentes en la jurisdicción, *admitió* la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales cuando resulten violatorias de derechos fundamentales, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente, así como los que en el futuro determine la ley y la jurisprudencia.

De igual manera, el Consejo de Estado resolvió una tutela interpuesta contra un fallo del Tribunal Administrativo del Magdalena, que había decidido no acceder a las pretensiones de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho al considerar que la motivación del “acto de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad era exigible, solamente a partir de la expedición del Decreto 1225 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, lo que según la providencia, constituía un acto de desconocimiento del precedente jurisprudencial del Consejo” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, 2012. C.P., L. Vergara. Rad. 11001-03-15-000-2012-00671-01(AC)

Para poner el asunto en contexto, se trata de un caso en el Tribunal Administrativo del Magdalena decidió no acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del

derecho (fallo objeto de tutela) al considerar que la motivación del acto de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad sólo era exigible a partir de la expedición del D 1225 de 2005, Art. 10, reglamentario de la Ley 909 de 2004, el cual de manera expresa fijó tal obligación; en consecuencia, esta decisión desconocía la obligación derivada del Art. 41 de la Ley 909 de 2004, la cual consagró la obligación de motivar los actos de retiro de quienes estén desempeñando empleos de carrera administrativa, sin que en la misma se hiciera distinción sobre el tipo de nombramiento efectuado en el mismo, es decir, se aplicó a la generalidad.

En otra decisión, con identidad material, el Consejo de Estado:

(...) advirtió que si la accionante era una empleada pública en condición de provisionalidad y su retiro se verificó en vigencia de la Ley 909 de 2004, su desvinculación debió motivarse, exigencia que, de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal, parece comprobarse, en la medida en que la desvinculación estuvo antecedida de un estudio de viabilidad financiera que da contenido y sentido a la decisión de retiro; y, de otra parte, de admitirse que lo que se evidenció en el presente asunto fue un proceso de supresión, el Tribunal desplegó un análisis valorativo juicioso en virtud del cual consideró que, independientemente del nombre que se le haya dado, el proceso de desvinculación sí estuvo precedido de un estudio, por lo que, bajo estas precisas consideraciones, no se viabiliza el amparo constitucional aquí invocado (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 2012. C.P., V. Alvarado Rad. 11001-03-15-000-2012-00302-00(AC).

En la misma decisión recordó que el *precedente vertical*, la Jurisprudencia Constitucional ha sido enfática en sostener que la autonomía del Juez se encuentra limitada por el respeto hacia las decisiones proferidas por los Jueces de superior jerarquía y, en especial, por los órganos de cierre en cada una de las Jurisdicciones. A esta conclusión ha llegado en consideración a las siguientes razones:

- El principio de igualdad, que es vinculante para todas las autoridades, e incluso, para algunos particulares que exige, que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica;
- El principio de cosa juzgada, que otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas, seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto, el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión;

- La autonomía judicial, que no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho;
- Los principios de buena fe y confianza legítima, que imponen a la Administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; 5) Por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior.

Ahora bien, el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso. De esta forma, la Corte Constitucional recordó que la ratio decidendi i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, 2012. C.P., V. Alvarado Rad. 11001-03-15-000-2012-00302-00(AC)).

Sin embargo, no fue el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción el que impulsó y desarrolló la tesis de la exigencia de **motivar** los actos que dan por terminada la provisionalidad, sino la Corte Constitucional; primero, por medio de fallos de tutela en sede de revisión, para, como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, a partir del carácter subsidiario de dicho amparo superior y de las consideraciones en torno a la existencia en el ordenamiento de otros medios de defensa judicial (medios de control o acciones contenciosas) a los cuales se podía acudir para demandar la protección de los derechos afectados y luego mediante el control concreto de constitucionalidad.

En la decisión más reciente sobre la materia, de la cual aún no se conoce la providencia propiamente dicha, sino un comunicado de prensa, la Sala Plena de la Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia en relación con los efectos de la nulidad del acto del retiro del servidor público vinculado en provisionalidad en un cargo de carrera, como consecuencia de la ausencia de **motivación** de dicho acto, fijada en la sentencia SU-917 de 2010. “Para el alto Tribunal es claro y así lo ha sostenido de manera constante e idéntica, por medio de subreglas que esos servidores públicos tienen una estabilidad laboral relativa y por eso su

desvinculación requiere de la expedición de acto **administrativo motivado**” (CConst. SU – 556/ 2012, J. Palacio).

En esta providencia la Corte recoge, nuevamente la exigencia establecida por el Art. 41 de Ley 909 de 2004, que estableció una competencia reglada para efectuar el retiro de los empleos de carrera, de acuerdo con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, mediante acto motivado. De igual manera, reiteró que cuando se produce la desvinculación de un servidor público nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera sin motivar el acto, se desconocen los principios constitucionales de igualdad y del mérito en el acceso a la función pública y se afecta el derecho al debido proceso y la estabilidad laboral relativa del servidor público en provisionalidad (CConst. SU – 556/ 2012, J. Palacio).

Recuérdese que en cumplimiento de la protección de los derechos fundamentales de los servidores públicos que se encontraban en los supuestos de los casos demandados y para garantizar los nombrados principios y derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha creado subreglas que se convierten en verdaderas medidas de protección, atendiendo a las especiales circunstancias de los casos que han sido materia de estudio y decisión y al carácter vinculante del precedente contenido en sus decisiones.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional profiere en el año 2010 una sentencia de unificación (SU-917 de 2010) en sede de revisión de varias tutelas, anulando los actos expedidos por la administración y ordenado el reintegro de los accionantes, en lo que en su momento, fue calificado como un choque de trenes y una presunta intromisión de la Corte en la funciones constitucionales otorgadas a la jurisdicción de lo contencioso administrativo; ciertamente, la sentencia ha servido como línea jurisprudencial al decidir asuntos sobre la misma materia; vale decir, casos en que los demandantes desempeñaban cargos de carrera en provisionalidad en diferentes entidades públicas, y fueron desvinculados de sus empleos sin motivación del acto de retiro.

Cabe anotar que el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales

para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente

La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aun cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA (Arts. 137 y 138 del CPACA).

La Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión

La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 CP), desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (Art. 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (Art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva.

La Corte declarará la nulidad de los actos de insubsistencia y, a título de restablecimiento del derecho, ordenará el reintegro a los cargos ocupados o a uno equivalente sin considerar que ha existido solución de continuidad, así como el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde la desvinculación hasta cuando sean efectivamente reintegrados, lo que deberá hacerse con las actualizaciones pertinentes y en atención a lo previsto en los Arts. 176, 177 y 178 del C.C.A. Lo anterior no genera fuero de inamovilidad alguno, pues el retiro del servicio en todo caso podrá hacerse por las causales previstas en la “Constitución y la Ley (por ejemplo ante la provisión del empleo mediante concurso de

méritos), siempre con la motivación del acto de retiro en los términos señalados en la presente sentencia” (C Const. SU – 917/2010, J. Palacio).

A partir de la decisión contenida en la sentencia de unificación referida, en el año 2011, se reitera, igualmente, por la vía del control concentrado de constitucionalidad, la exigencia de motivar los administrativos objeto de estudio en este Capítulo, ya que según la sub regla, gozan de una estabilidad laboral relativa. Del mismo modo, ordena revocar la sentencia T- 2.729.320 y la sentencia de amparo proferida por el 6 de mayo de 2010 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante la cual se negó la acción de tutela, para en su lugar conceder el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia. Por lo tanto, deja sin efectos, las sentencias proferidas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, en primera instancia fallado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, el 2 de agosto de 2007, así como el fallo del 4 de febrero de 2010 por la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, mediante el cual se confirmó el fallo de primera instancia y en su lugar declara la nulidad de los actos objeto de control judicial.

Vale decir que la decisión de acumulación se dio porque los fallos de tutela proferidos en tres (3) asuntos que presentan notorias semejanzas. En los tres (3) casos los peticionarios acudieron ante los jueces administrativos con el propósito de que los actos administrativos mediante los cuales fueron desvinculados de las entidades donde laboraban, fueran motivados. De igual manera, en todos ellos, se trataba de funcionarios que venían desempeñando en provisionalidad, cargos de carrera.

Con ocasión de esta revisión, la Corte reiteró sus líneas jurisprudenciales presentes en la sentencia SU-917 de 2010 referentes a la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales proferidas por los jueces y magistrados de la jurisdicción contencioso administrativa en sede de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en las cuales tradicionalmente no se ha considerado que la administración deba motivar el acto de desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera y por ende, han negado las demandas instauradas en tal sentido.

De manera específica, se ratificaron los criterios establecidos en relación con el régimen especial de carrera de la Fiscalía General de la Nación y el deber de motivación de los actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad, en la medida que mientras no exista lista de elegibles, la Corte ha entendido que los servidores nombrados bajo esta modalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

Esto es, las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario, pues aunque el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el debido proceso de la persona desvinculada, bien se trate de razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u “otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, que la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha superado un concurso de méritos y forma parte de la lista de elegibles” (C Const. SU – 691/ 2011, H. Sierra).

El desarrollo de la doctrina constitucional sobre la exigencia de motivar los actos tanta veces citados, se remonta al año 1998, oportunidad en la cual la Corte Constitucional sostuvo que a la luz de la Constitución de 1991, la motivación de dichos actos es expresión del principio de publicidad, constitucionalmente recogida en el artículo 209 y del Estado como social de derecho; es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo.

La discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto en el acto administrativo debe integrarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho

que le rodean, para encausarle, dirigirlo y sobre todo limitarlo. La motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. Pone de manifiesto la vinculación de la “Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto” (C Const. SU – 250/1998, A. Caballero).

De otra parte, considerando que existe suficiente ilustración respecto a la exigencia de motivar los actos administrativos por medio de los cuales se da por terminada la provisionalidad de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera y que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional zanjaron las diferencias sobre tal exigencia, veamos algunos aportes doctrinarios sobre dos (2) instituciones propias del Derecho Administrativo: la facultad discrecional y la facultad reglada.

Actos administrativos discrecionales

Para comenzar este apartado, se considera importante recordar que la *provisionalidad* como forma extraordinaria de provisión de empleos públicos, no ha sido un tema pacífico en Colombia, como se expresa, además en la parte introductoria de este trabajo de investigación académica; si bien es cierto se trata de una forma excepcional, no es menos cierto que dadas las particularidades de la función pública en el país y en particular por las últimas reformas administrativas, la creación, supresión y liquidación de entidades, ha impedido la consolidación y estabilización de unas verdaderas plantas de personal.

En este sentido, ante la aparente desprotección de los funcionarios públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, ha sido objeto de muchas discusiones académicas y jurídicas, que han trascendido la simple expedición del acto administrativo de terminación de la misma, pues ha llegado no solo a la Corte Constitucional en virtud del control abstracto y el concentrado de constitucional, hasta los dos intentos de reforma constitucional a través de igual número de actos legislativos, lo cual muestra que el Congreso también ha sido muy activo en el asunto.

Solo a manera de ilustración y ya habiendo decantado el principio constitucional del mérito, como fuente principal de ingreso a la función pública, recordemos que tanto el A L No- 01 de 2008 y el 04 de 2011, tenían como destinatarios a los provisionales. No hay que hacer mayor esfuerzo para advertir, entre otras cosas porque expresamente lo decían, que tanto la inscripción extraordinaria en carrera administrativa (A L No- 01 de 2008), como la homologación de la prueba de conocimiento por experiencia (A L No- 04 de 2011) beneficiaban a los provisionales.

Advertido lo anterior, ocupemos del estudio del acto administrativo por el cual se da por terminada la provisionalidad, para poder comprender, ante la declaratoria de inexecutable de las dos reformas constitucionales antes analizadas, lo trascendental que resulta para el mundo jurídico laboral público, la motivación o no, de una decisión administrativa de tal envergadura.

Así las cosas, una de las características de los Estados de Derecho es la facultad de poder público o de potestad pública, como también se le conoce, la cual le permite tomar o adoptar decisiones de carácter unilateral, de imperativo cumplimiento, sin menester de consultas o refrendaciones y sin necesidad de motivar o explicar las razones por cuales se adopta una decisión, es decir, se encuentra dotado de prerrogativas exorbitantes, ya que por función natural y constitución siempre tendrá motivos para actuar.

Haciendo referencia al concepto de potestad pública, se encuentra que durante mucho tiempo el término “*potestad pública*” se ha utilizado en el derecho público con un significado cuasi metafísico que le ha desacreditado. De igual forma, “pese a lo dicho, la potestad pública representa un concepto preciso al que únicamente es necesario depurar de sus aspectos inadmisibles” (Georges, 2000, p., 15). El derecho constitucional reconoce la existencia de una soberanía nacional, lo que, como consecuencia, implica la atribución a los órganos del Estado de determinadas prerrogativas exorbitantes del Derecho común y extrañas a los derechos reconocidos normalmente a los individuos, donde su consentimiento no es necesario para la producción del acto o decisión de que se trate.

En virtud a la soberanía nacional, el Parlamento da leyes que tienen por efecto imponer a los individuos determinadas cargas, sin tomar en cuenta el consentimiento, lo que ningún particular podría hacer. “En nombre del pueblo francés”, es decir, en virtud de la soberanía nacional, los tribunales resuelven los litigios, incluso en el supuesto de que una de las

partes se declare en rebeldía, adquiriendo las decisiones de estos “fuerza de cosa juzgada”. En nombre de la soberanía nacional, finalmente, el ejecutivo realiza, en el marco de las leyes que constituyen la máxima expresión de aquella, la misión que le es propia” (Georges V. , 1980, p., 17).

Siguiendo al tratadista Jorge Enrique Ibáñez en su texto “*Estudios del Derecho Constitucional y Administrativo*” comúnmente se ha dicho a los actos administrativos discrecionales por contraste con los actos o facultades regladas, que tratándose de éstos últimos, la Administración se ve limitada y obligada a constatar la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo que se pretende desarrollar o ejecutar, para dar aplicación a la correspondiente consecuencia jurídica, en razón a la fijación detallada del procedimiento establecido por el precepto en cuestión, que no deja espacio alguno a la más mínima valoración subjetiva (Ibáñez, 2008, p., 208).

Por consiguiente, cuando se está en presencia de facultades discrecionales, la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le confieren esa mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta que alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica que aplica, de acuerdo con su estructura clásica: supuesto de hecho y consecuencia jurídica, no ha sido limitado y plenamente completado por el legislador.

Según el mismo autor, en la obra citada, tales definiciones que, como se aprecia, enfatizan en que la discrecionalidad es un espacio o ámbito de decisión no regulado o tan sólo parcialmente cubierto por el legislador, ámbito decisorio que éste, por tanto, ha trasladado a la Administración, son calificadas por BELTRÁN DE FELIPE como *definiciones formales o negativas*, esto es, que definen la discrecionalidad por su apariencia, por los rasgos de las normas que contienen la facultad, en contraste con las que el mismo autor denomina *definiciones materiales o positivas* de la discrecionalidad, que la caracterizan en función de su contenido u objeto y la identifican con la posibilidad para la Administración de “apreciar el interés público o general en relación con otros múltiples y heterogéneos presentes en el ordenamiento”.

Así las cosas, desde el punto de vista finalístico, la administración debe propender porque sus actuaciones materialicen el interés general de la comunidad y de las personas; En efecto, ZAGREBELSKY en su obra *El derecho dúctil y el propio* PAREJO ALFONSO con *Administrar y Juzgar*, han puesto presente que esa materialización obedece a la necesidad para

la Administración de tener en cuenta, al adoptar sus decisiones, multiplicidad de factores de carácter técnico y, también, de criterios de índole político que influirán en la priorización de objetivos, en la fijación de políticas de actuación y en la disposición de medios y recursos orientados a alcanzar aquellos mediante la ejecución de éstas, todo lo cual se traduce en un reforzamiento del poder de decisión del Ejecutivo, concretamente de la Administración frente al tradicionalmente ejercido por el Parlamento.

Sin embargo, tal posición no es ni mucho menos unánime en la doctrina, en la que no son pocos los autores que, como hemos dicho, continúan manteniendo la imperiosidad de la determinación exhaustiva y/o exclusiva por parte del legislador de lo que haya de considerarse constitutivo de interés general. Así mismo, se afirma que si bien es indiscutible en cuanto constitucionalmente consagrado, por ejemplo, el art. 209 de la C.N, que la Administración o la función administrativa se han instituido con el fin de servir a los intereses generales, ello no quiere en manera alguna significar que dicha Administración “pueda decidir por sí misma cuáles son esos intereses generales que debe servir. Los intereses generales se definen por los órganos de dirección política, que tienen legitimación democrática directa, es decir, por el binomio Parlamento-Gobierno”, respecto de los cuales la Administración “tiene un deber de fidelidad institucional” según lo cita SANCHEZ MORÓN en su libro, El control de las Administraciones Públicas.

En realidad, en los términos planteados se justifica entender la discrecionalidad administrativa planteada como autorización para que la Administración pueda concretar el interés en el caso concreto, lejos de poder ser calificada peyorativamente como “el caballo de Troya del Estado de Derecho” , (expresión de HANS HUBER traída a cuento por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en Curso de Derecho Administrativo) debería ser valorada positivamente, en tanto que herramienta necesaria para que la actividad de la Administración pueda ajustarse, con la ductilidad, flexibilidad y eficacia que se le exigen, a los requerimientos de la sociedad a la que sirve; de acuerdo con los escritores SANCHEZ MORON y M. BULLINGER.

Para el escritor francés PIERRE SUBRA DE BIEUSSES la afirmación de acuerdo con la cual “la potestad discrecional no puede ser, en una actuación dada, sino la ausencia de norma previa (de toda clase de normas, no sólo de la ley)” no está exenta de dificultades toda vez que

pueda dar lugar a cuando menos dos análisis o teorías diferentes. La primera, es el dominante en la doctrina francesa, “cuya fundamentación ha sido desarrollada principalmente por R. BONNARD y CH. ESISENMAN y para la que es la indeterminación de la norma, asimilada a su no imperatividad, lo que engendra la potestad discrecional de la Administración”. La segunda teoría, que critica a la anterior, “considera que no es tanto la indeterminación como la indeterminabilidad de la norma el origen de la potestad discrecional porque, según precisa S. RIALS, que se suma a esta tesis “*la pura y simple indeterminación a priori, en concreto la de los conceptos empleados por los textos legales, no sólo permite sino que implica y exige la interpretación del juez y el ejercicio normal de su control*”. (Cursiva original) (Marín, 2008, p.,155).

Continuando con las diversas posturas doctrinales sobre el particular, digamos que en palabras de tratadista como IBÁÑEZ NAJAR, en Colombia; VEDEL, en Francia y GARCÍA DE ENTERRÍA en España, no es acertado afirmar que la administración, a pesar de sus potestades y poderes exorbitantes, como se expresó en líneas anteriores, pueda actuar de manera discrecional sin atender a criterios y principios superiores, en lo que el profesor Ibáñez Najjar denomina situación de discrecionalidad pura, pues siempre tendrá unos límites y presupuestos que condicionan y reglan la actuación de que se trate, lo cual tampoco supone una competencia reglada pura. Nos referimos, concretamente a la competencia, a los motivos, las finalidades y el precepto legal que autorice, faculte o habilite a la administración para expedir el acto.

Por esta razón, el primero de los autores inmediatamente citados, afirma con rotundidad que la Administración no se encuentra nunca en una situación de puro poder discrecional o de pura competencia reglada. No existe nunca competencia reglada pura: incluso cuando la Administración está obligada a llevar a cabo un acto, dispone en cierta medida de lo que HAURIUO llamaba “elección del momento” [...] Pero, sobre todo, jamás hay un puro poder discrecional. La idea según la cual existirán “actos discretionales” que escapen a todo control de legalidad ha desaparecido hace más de cincuenta años de la jurisprudencia. (Marín, 2008, p., 163).

En efecto, continúa VEDEL, son como mínimo tres (3) son los aspectos en los cuales toda decisión administrativa está reglada: el primero, la *competencia* del órgano actuante, siempre prefijada por la ley, que de forma imperativa establece las atribuciones de cada agente

administrativo; el segundo, los *motivos*, vale decir, los presupuestos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión, que deben ser siempre “*material y jurídicamente exactos*”, aun cuando la Administración disponga de discrecionalidad para apreciarlas consecuencias que se derivan de los mismos; y el tercero, el *fin* perseguido, que debe ser siempre de interés público o general. Además de estas tres reglas, que son constantes, la discrecionalidad de la Administración puede hallarse más o menos reducida por las leyes y reglamentos que regulen el ámbito de la actividad de que se trate.

A manera de conclusión, el tratadista MARÍN HERNANDEZ, dice que con base en todo lo anteriormente expuesto, la manera de definir la discrecionalidad administrativa que resulta más ajustada a los principios que informan el Estado constitucional es la que la concibe como el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de a expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos aun de componente extrajurídico en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico. (Marín, 2008, p., 177).

Vale decir, que la administración en virtud del principio de legalidad, para el cumplimiento de sus tareas o cometidos (funciones) goza, según el caso, de una mayor o menor amplitud para sujetarse a la legalidad formal o darle prevalencia a la satisfacción plena de los intereses estatales a través de mecanismos amplificadores de los criterios de acatamiento a la legalidad.

A pesar de la claridad de las expresiones jurídicas, que sustentaron desde el mismo momento de la institucionalización del poder el principio de legalidad, cierto sector de la doctrina clásica, fundada en meras razones de libertad de acción para la administración frente a determinadas decisiones, proclamó un régimen de excepción al principio, que a todas luces constituyó en su momento una verdadera “quiebra o ruptura a la concepción filosófica del principio de legalidad dentro del Estado de derecho”, consistente en el reconocimiento de una libertad absoluta de actuación para la administración en los casos denominados de “facultades

discrecionales”, que en su conceptualización originaria era entendida como el no acatamiento al orden legal; por tanto como la aceptación por vía de excepción, del absolutismo y de la arbitrariedad (Santofimio, 2003, p., 45)

Continuando con el criterio del tratadista Santofimio, en contra de la idea inicial con que se planteó, la teoría de la discrecionalidad de la administración, libertad absoluta de la administración para disponer, el concepto contemporáneo sostiene en sentido lógico que la atribución y el ejercicio de cualquier potestad sólo es posible ante la existencia previa de un precepto legal superior que habilite a la administración. Es decir, sin negar el ejercicio discrecional de algunas atribuciones por parte de la misma, somete irrestrictamente cualquier competencia de esta naturaleza al principio de legalidad.

Como lo señala con insistencia la doctrina de OELCKERS CAMUS, “... la potestad discrecional no nace ante la ausencia de la ley o de derecho; todo lo contrario, para que la administración detente cualquier potestad, sea o no discrecional, es necesario que exista norma atributiva”.

En consecuencia, debemos admitir que la potestad discrecional obedece a claras políticas legislativas que otorgan facultad a la administración para realizar juicios de valor, apreciaciones y estimaciones con el fin único de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, todo ello de acuerdo con la realidad fáctica que deban realizar. Por razón de las circunstancias y de la inmediación, es forzoso que la ley se desprenda de su regulación concreta y la atribuya a sus ejecutores, es decir, los funcionarios administrativos.

La discrecionalidad, en cuanto potestad abierta, ha sostenido el Consejo de Estado que se caracteriza por esa cobertura de actuación o margen de mayor o menor amplitud para la realización de los objetivos trazados por el legislador. En algunos casos podrá consistir en el análisis de la oportunidad para decidir, facultándola para obrar o abstenerse, según las circunstancias; en otros, la norma podrá otorgar opción para escoger alternadamente entre varias formas de decisión: designar un funcionario de libre nombramiento y remoción en un cargo vacante o encargar otro de la misma condición o uno de carrera. Así mismo, la ley podrá fijar los presupuestos de hecho que autoricen para poner en ejercicio la atribución de que se trate, dando al órgano potestad para adoptar la decisión que más convenga.

La potestad discrecional es, por lo tanto, de evidente y estricta sujeción al bloque de la legalidad, siendo, por su naturaleza de esta misma estirpe, en la medida que se presenta tan sólo en aquellas oportunidades en que la ley o los reglamentos permiten cierto grado de amplitud en la apreciación de los hechos que motiven su aplicación por los funcionarios administrativos.

La discrecionalidad administrativa, no es sinónimo de arbitrariedad, aunque en su concepción clásica u originaria de por sí era arbitraria, al permitirse total libertad a la administración y considerarse por eso mismo incontrolable ante los tribunales contencioso administrativos; todo lo contrario, el funcionario ejecutor de una potestad de esta naturaleza se encuentra evidentemente sometido a los extremos determinados en el bloque de la legalidad y en la finalidad específica del bien común que debe buscar toda ley y perseguir toda actuación de la administración pública. (Santofimio, 2003, p., 46).

Sobre el mismo asunto, GARCÍA DE ENTERRÍA, al ocuparse de la esencia misma del Derecho Administrativo a través de la historia, sostiene precisamente que uno de sus caracteres determinantes ha sido el del sometimiento de la arbitrariedad y, en especial, de la arbitrariedad que lleva envuelta la discrecionalidad absoluta, la cual no es admisible ni tiene espacio institucional dentro de un Estado de derecho democrático, donde la administración está sometida a la ley y al derecho; en consecuencia, todo poder discrecional ha tenido que ser atribuido previamente por el ordenamiento. No hay, por tanto, discrecionalidad en ausencia o al margen de la ley, y, de presentarse alguna hipótesis de desbordamiento de la legalidad en ejercicio de una atribución discrecional, el juez contencioso tendría plena competencia para juzgar este tipo de situaciones, en cuanto que "... el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida..." (García, 2000, p., 69).

Esta posición jurídica en torno a la discrecionalidad ha tenido profundas discusiones a partir de la doctrina, en especial la española, en cuanto se refiere al alcance del control que pueden ejercer las autoridades jurisdiccionales sobre los actos proferidos por la administración, tratándose de facultades de esta naturaleza. Es Fernández (1994), quien retoma radicalmente el problema, sostiene la necesidad de controlar integralmente los actos producto de la discrecionalidad, cuando los mismos desdibujan los marcos que el derecho les concede a las autoridades para su expedición. En concreto, plantea que todas las decisiones de la

administración son susceptibles de control judicial, dentro de las cuales necesariamente están incluidos los actos discrecionales, los cuales de ninguna manera se admite que puedan ser arbitrarios. Para estos efectos incluso este tipo de acto debe caracterizarse por estar motivado, es decir, debe estar basado en razones y no ser la mera expresión de la voluntad del servidor público que lo produce. La discrecionalidad no puede confundirse con el deseo personal o subjetivo del agente público. Los argumentos que justifiquen la decisión discrecional no deben ser contrarios a la realidad, es decir, no pueden contradecir los hechos reales que llevan a la adopción de la misma. Las razones y la decisión administrativa discrecional deben ser coherentes entre ellas; las primeras deben corresponder materialmente a lo que se decide.

Agrega que los anteriores aspectos deben servir de marco para que el juez administrativo controle los actos de carácter discrecional, no solo frente a la simple ley, sino básicamente, y en esto la tesis del autor se ha considerado radical, frente al derecho mismo, por lo que se trata de un control contencioso de juridicidad y no de simple legalidad. Es importante que el juez verifique si realmente se dieron o existieron las razones que la administración invoca para la expedición de un acto discrecional; y, de ser ciertas, que las mismas sean reales y además congruentes con la decisión que se está adoptando. La decisión judicial puede llevar a la nulidad del acto correspondiente o, excepcionalmente, a la sustitución de la decisión administrativa discrecional por una decisión judicial, si no es posible otra solución.

De esta forma reacciona este autor contra la posibilidad de confundir discrecionalidad con arbitrariedad; destaca que, si bien es cierto que históricamente se dio esta posibilidad; en la actualidad es totalmente inadmisibles. Discrecionalidad no sólo no es arbitrariedad, sino que implica, igualmente, la posibilidad de ejercer, como lo advertimos, control sobre cualquier acto fundado en el ejercicio de facultades discrecionales, incluso en cuanto impliquen análisis de oportunidad para la adopción de decisión. “Si en el principio, como hemos visto, fue la excepción, el principio ahora es el sometimiento pleno de toda la actuación administrativa a la ley y al derecho, sometimiento que corresponde verificar, también en toda su plenitud y sin limitación alguna...” (Fernández, 1994., p., 99).

De otra parte, Parejo (2003) Sostiene la necesidad de reivindicar el concepto de la discrecionalidad administrativa dentro del actual Estado de derecho, en la medida en que, si la ley formal no garantiza plenamente la actuación de la administración, a esta le corresponde

actuar para lograr plenamente el cumplimiento de los cometidos asignados dentro del Estado social de derecho (p., 87). En este sentido, propone a través del ámbito de la discrecionalidad se realicen los valores superiores del Estado de derecho, procediendo siempre al ejercicio del control judicial; no obstante “adquiriría en estos casos especiales connotaciones, por cuanto la decisión judicial no podría reemplazar la administrativa si se trata de potestad reglada” (Parejo, 2003, p., 325).

Sobre este aspecto, el tratadista Atienza (1995), en su obra “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa”, al referirse a la polémica entre TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ y LUCIANO PAREJO ALFONSO, precisamente destaca como tema neurálgico de la discrepancia el relativo al alcance de la motivación de los actos discrecionales, resaltando que la mencionada motivación no puede ser de ninguna forma concebida como un componente formal dentro de la estructura de este tipo de acto, sino, por el contrario, de clara estirpe material, en cuanto que lo que está de por medio con su presencia en las decisiones discrecionales no es otra cosa que el respeto al derecho mismo. Constituye el puente para erradicar la arbitrariedad y el subjetivismo de la administración.

En el derecho colombiano, tanto la jurisprudencia como la doctrina están de acuerdo en señalar que la facultad discrecional no es absoluta o pura; de serlo, se quebrantaría el principio rector de la legalidad de los actos en el Estado de derecho, permitiendo que éstos escapen de su control natural: en principio, ningún acto de la administración queda libre entre las personas de tal control, a diferencia de lo que sucede en otros países. Se debe esto al hecho de que, en Colombia, “discrecionalidad no es lo mismo que arbitrariedad”; y ésta reinaría allí donde existieran autoridades cuyos actos carezcan por entero de control por la jurisdicción contenciosa administrativa.

En consideración de lo afirmado, no nos queda otra alternativa que la de reconocer que cualquier proceso de interpretación de la legalidad de un acto nacido del ejercicio de potestades discrecionales implica en primera instancia un acercamiento del mismo para con el bloque de legalidad; por lo tanto, involucra un análisis de necesaria consideración causal, que requiere una interpretación con referencia al ordenamiento jurídico que se debe observar y aplicar. Por otra, implica igualmente el estudio de la finalidad de interés público que al órgano respectivo pueda corresponder, lo mismo que una identificación del grado de apertura interpretativa, de análisis de

subjetividad que la norma le permita al funcionario; a lo que no sobra agregar la necesaria referencia a los demás elementos del bloque de la legalidad.

En el caso colombiano, los anteriores conceptos de la discrecionalidad tienen ya plena claridad legislativa, pues cada día se la ve más limitada, haciendo la carrera la motivación expresa, que no implícita, de los actos administrativos. Los artículos 42 y 80 de la Ley 1437 de 2011, actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA, exigen de manera expresa que las decisiones límite de las actuaciones administrativas, así como las que se tomen respecto de los recursos que frente a ellas proceden, deberán ser *motivadas*; además, se tiene que tener presente la plena identificación de la decisión con la norma que le sirva de sustento; principio que la doctrina conoce como el de la razonabilidad, que implica expresar los motivos que llevan a la administración a proporcionar su decisión, partiendo del contenido de la norma discrecional y llegando a la realidad fáctica.

Es decir que la discrecional tal como se consagraba en el art. 35 del Decreto 01 de 1984, que solo exigía que las decisiones de tal naturaleza fueran adecuadas a los fines de la norma que las autorizaba y proporcionales a los hechos que le servían de causa, materializando los principios de adecuación y proporcionalidad, implícitos en el acto administrativo, se han visto superados por la jurisprudencia y la regla, como se acaba de ejemplificar en líneas anteriores, para darle paso a la exigencia de la motivación expresa; aunque todavía subsisten decisiones discrecionales como lo señala el inciso segundo del art. 2º de la Ley 1437 de 2011, que consagra la inaplicación de las disposiciones de la Parte Primera a los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas; igualmente, para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

La administración debe, necesariamente, expresar las razones que la llevan a adoptar una determinada decisión dentro del amplio esquema de posibilidades que el ordenamiento jurídico le otorga. Esta relación necesaria, lógica y congruente entre lo decidido con lo permitido y la realidad de los hechos, que debe quedar expresada en el respectivo acto administrativo, no solamente constituye a la luz de la doctrina contemporánea una garantía de seguridad jurídica para el ejercicio de competencias discrecionales, sino que proporciona, de igual manera, los

elementos necesarios para el ejercicio de los controles naturales sobre dichas decisiones en la medida en que permite visualizar la equivalencia, adecuación y más lógica y justa tipificación entre los presupuestos del ordenamiento jurídico y la realidad fáctica. (Santofominio. G., 2003, pág. 46 y ss).

Resulta que una de las facultades o poderes más importantes con que cuenta la administración del Estado para cumplir sus funciones son las llamadas funciones discrecionales. Cuando la ley regula una determinada situación de hecho y difiere la consecuencia de esa situación a la voluntad del agente administrativo que debe resolverla, con una competencia discrecional. El funcionario tiene la libertad de optar por una entre varias soluciones posibles respecto de esa determinada situación de hecho. La decisión del funcionario en todo caso queda enmarcada por ciertos límites de razonabilidad y la proporcionalidad de la medida que adopte. Ninguna facultad discrecional equivale a una facultad arbitraria. En determinadas circunstancias, el legislador asigna competencias mediante el uso de los llamados conceptos jurídicos vagos, ambiguos u oscuros tales como: urgencia manifiesta, edificio ruinoso, buen padre de familia, justiprecio etc.

El uso de este tipo de conceptos indeterminados no implica el otorgamiento de una competencia discrecional a favor de los agentes del Estado. Aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia le conceden a la Administración un pequeño margen de discreción para apreciar si se da o no se da el concepto indeterminado en una circunstancia específica, debe entenderse que, en general, la administración no es libre para concluir si se da o no se da el concepto jurídico indeterminado. Así, la administración no es libre para decidir si un determinado edificio es ruinoso o no a efecto de ordenar su demolición. Debe acreditar en el respectivo expediente todos los aspectos y datos objetivos de donde deducir racionalmente que ese edificio era ruinoso o amenazaba ruina. En tal caso, el acto administrativo que ordenó la demolición sería válido.

En otras palabras, siguiendo con el mismo ejemplo, si la Administración no logra demostrar objetivamente el estado ruinoso de un determinado edificio, no puede deducirse que la administración tenía competencia discrecional para deducir si ameritaba o no demolerse la edificación por su estado ruinoso. En igual sentido puede discurrirse sobre, por ejemplo, la urgencia manifiesta para evitar la licitación pública. La Administración no es libre, no tiene competencia discrecional propiamente para decidir cuándo hay o no urgencia manifiesta. Serán

los hechos determinantes (inundaciones sorpresivas, alteraciones inusitadas del orden público, sorpresivos cambios en el mercado etc.) los que indiquen si existió o no urgencia manifiesta. (Bárceñas, 2008, p., 111).

De todas maneras, es necesario hacer énfasis en que para la toma de decisiones discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, debiendo tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo ya que tales circunstancias -de hecho o de derecho - en cada caso particular, la llevan a dictar el acto administrativo que corresponda, por eso se convierten en su causa o motivo, como elemento esencial del acto administrativo; igualmente, existen ciertos elementos esenciales de los cuales depende su validez y eficacia. Esos elementos son el órgano competente, voluntad administrativa, contenido, motivos, finalidad y forma. En lo que se refiere a los motivos ha expresado la Corporación que la administración no puede actuar caprichosamente, sino que debe hacerlo tomando en consideración las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso la determinen a tomar una decisión. En las actividades fundamentalmente regladas, los Actos de la Administración están casi totalmente determinados de antemano; en cambio, en las actividades discrecionales, la administración tiene un margen más o menos amplio para decidir, pero debe tomar en cuenta las circunstancias y los fines propios del servicio a su cargo. Las circunstancias de hecho o de derecho que, en cada caso llevan a dictar el Acto Administrativo constituyen la causa, o mejor, el motivo de dicho Acto Administrativo.

Actos administrativos reglados

Esta modalidad de acto administrativo se ha venido convirtiendo en la regla general de las decisiones de la administración, que producen efectos jurídicos, pues dada la naturaleza constitucional del Estado Social de Derecho y los principios (Art. 209 CPC) que informan la función administrativa, desarrollados a su vez por la leyes 489 de 1998, 1437 de 2011 y 1712 de 2014, la discrecionalidad se ve cada vez más limitada.

En la expedición de los actos administrativos reglados, la Administración se ve limitada y obligada a constatar la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo que se pretende desarrollar o ejecutar, para dar aplicación a la correspondiente

consecuencia jurídica, en razón a la fijación detallada del procedimiento establecido por el precepto en cuestión, que no deja espacio alguno a la más mínima valoración subjetiva, pues frente a los actos administrativos fundamentalmente reglados la Administración de antemano tiene prácticamente determinada la decisión a adoptar y el procedimiento a seguir.

De igual manera, la administración debe, necesariamente, expresar las razones que la llevan a adoptar una determinada decisión en desarrollo de una actuación administrativa, dentro del vasto escenario de facultades que el ordenamiento jurídico que informa sus competencias, le otorga. Por consiguiente, dicha relación imperativa, lógica y adecuada entre la decisión que se adoptada, con la facultad que se ejerce y la realidad fáctica que motivó la decisión (formas del inicio de la actuación administrativa), tiene que quedar plasmada y evidenciado en el acto administrativo de que se trate, de lo contrario, dicho acto sería susceptible de nulidad por falsa motivación o por desviación de poder, según se trate.

A manera de ilustración, la Ley 909 de 2004, establece un procedimiento reglado para la selección de servidores públicos; en el Art. 31, define las etapas de selección, mismas que son imperativas para todas las entidades destinatarias de la misma. Igualmente, en el Art. 41 ibídem específicamente fijó una competencia reglada para efectuar el retiro de los empleos de carrera, según las causales consagradas en la Constitución Política de Colombia y la ley, mediante **acto motivado**, exigencia que también aparece en el Art. 10 del D 1227 de 2005, que se refiere a la posibilidad dar por terminado el encargo, la prórroga o el nombramiento provisional, antes de cumplirse el término de duración de cada uno de ellos, por **resolución motivada**.

Vale decir, que es de tal trascendencia la motivación del acto que da por terminada la provisionalidad y desvincula al servidor público, por parte de la autoridad empleadora, que su ausencia, per se, daba lugar al reintegro del servidor público, dado que éste en tales condiciones, goza de una estabilidad laboral relativa que hace imperativa la motivación del acto de retiro.

En desarrollo de la basta doctrina constitucional, el legislador incorporó recientemente en la Ley 1437 de 2011, conocido como el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- la motivación general de todas las decisiones límite de la actuación administrativa, es decir de los actos definitivos, refiriéndose a todos aquellos que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación; constituyendo la excepción, el acto discrecional; luego la carga argumentativa y explicativa

corresponderá, según el Art. 2º, a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas, a quienes la norma les da el nombre de **autoridades**. Concretamente el Art. 42 ibídem que regula el contenido de la decisión administrativa, precisa que habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será **motivada**.

En este orden de ideas, no opera esta exigencia para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción; sin embargo, el CPACA, advierte que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe observar los principios de i) **adecuación** a los fines de la norma que la autoriza, y ii) **proporcional** a los hechos que le sirven de causa. Como se puede observar, estos principios limitan la propia discrecionalidad de la administración; De ahí que; en la adopción de decisiones discrecionales, la administración además de los principios citados, deba tener en cuenta la satisfacción el interés general, entendido como el logro de las necesidades de la colectividad, en el mejoramiento de los servicios públicos y en general en la buena marcha de la Administración, si se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Como corolario de lo dicho, se debe admitir que la actuación administrativa en Colombia, como manifestación real de la función administrativa, está inspirada en procedimientos reglados que ofrezcan seguridad a los destinatarios de sus decisiones, que se ven afectados en sus derechos por la expresión de la voluntad administrativa, de tal manera que éstos se le protejan, de manera que el ámbito de decisión de las entidades se torna cada vez mucho más rígido y con un ámbito de actuación más reducido por la efectividad de los principios y de las subreglas y su supremacía sobre el tenor literal.

Por consiguiente, es posible afirmar que en los sistemas de empleo, la visión obedece más a una perspectiva de carácter organizacional, la Administración se equipara mucho más a un patrono privado, las posibilidades de movilidad se incrementan y los condicionamientos para afectar la situación concreta de los agentes se reduce. Esto concuerda con la tendencia existente de someter el personal de la Administración Pública al derecho ordinario y no creer que la relación laboral en el ámbito administrativo constituya una isla separada. (CE 2, 03 agst 2000, C.

Góngora Rad. 40425).

Efectos jurídicos de la motivación del acto de terminación de la provisionalidad

Este apartado es considerado la piedra angular del presente trabajo de investigación académica, pues la Constitución Política de Colombia no exige de manera expresa la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se da por terminada la provisionalidad, de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera; tampoco lo exigen expresamente los Art. 25 y 41 de la Ley 909 de 2004. En efecto, el art. 41 impone tal carga argumentativa a la administración, pero, entendiéndose de funcionarios de carrera. Eso es claro, así la jurisprudencia lo haya hecho extensivo a los provisionales.

Por ende, dentro de la normativa general de carrera administrativa vigente, ninguna disposición se ocupa de exigir la motivación del acto administrativo de terminación de la provisionalidad, menos de insinuar, siquiera, los efectos jurídicos que su motivación como regla, podría llegar a producir para la administración, para el particular y para su control de legalidad, que es de lo que se ocupa, concretamente, este ejercicio de investigación. Ciertamente, fue la Corte Constitucional, a través de subreglas la que estableció la exigencia de motivar expresamente dichos actos administrativos, como ocurrió con las sentencias SU- 917 de 2010 y SU- 691 de 2011 y la más reciente, la SU-556 de 2014, pero – se insiste – sin insinuar los efectos jurídicos que de tal exigencia se desprenden.

Efectos procesales.

Este aparte, pretende mostrar los trascendentales efectos jurídicos que produce la motivación del acto administrativo que da por terminada la provisionalidad del servidor público que ocupa un cargo de carrera vacante de manera definitiva. Tal exigencia, que en principio parecía ínsita en toda decisión administrativa, por la aceptación de la teoría según la cual la administración siempre tendrá motivos para actuar, y porque el acto administrativo es la manifestación natural de la voluntad de la administración y la concreción de la función administrativa, adquiere con el presupuesto expreso de la motivación, nuevos alcances

procesales que impactan, fuertemente, tanto la institucionalidad administrativa, como la administración de justicia y al propio servidor o exservidor público, afectado con la decisión que corresponda.

A partir de esta consideración, se han dividido en cuatro (4) aristas los efectos que la motivación produce, a saber: i) con relación al servidor o exservidor público afectado con la decisión; ii) respecto de la actividad procesal, asumida como el ejercicio de los medios de control (efectos en sede jurisdiccional); iii) respecto de la administración (efectos en sede administrativa) y iv) la presunta responsabilidad de los nominadores por la prolongación injustificada de la provisionalidad.

efectos para el servidor o exservidor público.

La trascendencia de los efectos de la motivación de los actos de terminación de la provisionalidad, asignan al particular – servidor público o exservidor – unas cargas excepcionales y adicionales, **que no le correspondería cumplir**, si la exigencia del Art. 41 de la L 909/2004, para los actos reglados, no se hubiera convertido en subregla y en precedente obligatorio a partir de las diversas jurisprudencias proferidas por la Corte Constitucional, primero, y por el Consejo de Estado, después. Así las cosas, el afectado con la decisión, debe satisfacer varios de los requisitos de procedibilidad, como presupuestos previos a la presentación de la demanda o al ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a luz del Art. 161 de la Ley 1437 de 2011. Dichas cargas, se pueden resumir así:

i) Recursos. Como quiera que la motivación expresa del acto debe incluir la fundamentación fáctica que soporta la decisión de insubsistencia, el servidor público cuenta con la posibilidad (exigencia previa si quiere demandar) de interponer los recursos que de acuerdo con la Ley son obligatorios, cuando se pretenda la nulidad del acto administrativo particular; debiendo, en todo caso, aguar el término consagrado en el Art. 86 del CPACA.

Así las cosas, el recurso de apelación podrá interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición y cuando proceda será obligatorio para acceder a la jurisdicción, por cuanto los recursos de reposición y de queja no serán obligatorios, lo que permite afirmar que se podrá demandar directamente en los eventos en que el acto de terminación de la

provisionalidad, haya sido expedido por cualquiera de los funcionarios listados en el inciso primero del numeral 2° del Art. 74 de la Ley 1437 de 2011.

En este orden de ideas, el inciso primero del numeral 2° del Art. 74 del CPACA, reza que no habrá apelación de las decisiones de los Ministros, Directores de Departamento Administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos. Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial.

El memorial que contenga los recursos podrá presentarse por medio electrónico o sino deberá hacerlo personalmente o por intermedio de abogado, por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad; solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.

Adicionalmente, el parágrafo 3° del Art. 2° del D 1716 de 2009, dispone que cuando la acción (medio de control) que eventualmente se llegare a interponer fuere la de nulidad y restablecimiento de derecho, la conciliación extrajudicial sólo tendrá lugar cuando no procedan recursos en vía gubernativa o cuando esta estuviere debidamente agotada, lo cual deberá acreditarse, en legal forma, ante el conciliador.

ii) Cumplimiento del requisito de la conciliación Extrajudicial. Adelantar el trámite de la conciliación extrajudicial cuando se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho. Esta exigencia se verificará por el juez de conocimiento al momento de la admisión de la demanda adjuntando el acta donde conste el fracaso de la conciliación o la conciliación parcial y en todo caso, hasta antes de la firmeza del auto que la inadmita.

Es importante precisar, que al existir un término perentorio para el ejercicio del medio de control judicial del acto cuestionado, la oportunidad para presentar la solicitud de conciliación extrajudicial, será dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la firmeza de la decisión que ponga fin a la actuación, para cumplir con el requisito de procedibilidad y para que la solicitud sea admitida, por cuanto de no hacerlo dentro de este término, el Procurador Judicial de conocimiento tendrá la obligación que rechazar la solicitud, pues no será susceptible de

conciliación, según el párrafo 1º del Art. 2º del D 1716 de 2009, aquél asunto cuya acción (medio de control) haya caducado; decisión que produciría, al menos, tres (3) efectos inmediatos:

Primero, la imposibilidad de llegar a un acuerdo, así sea parcial, con la administración y evitarse la demanda; segundo, el incumplimiento del presupuesto o requisito de procedibilidad para poder demandar, y tercero, puede ocurrir la caducidad o pérdida de oportunidad para demandar, como quiera que el término de los cuatro (4) meses para el ejercicio del medio de control solo se suspende si la solicitud de conciliación extrajudicial, se presentó dentro del término establecido para el ejercicio del control judicial, por expresa consagración del literal b) del Art. 3º del D 1716 de 2009.

iii) Individualización de pretensiones: Al momento de ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que es el idóneo para aspirar al reintegro y a la respectiva indemnización, el ex servidor público, acatando las exigencias del numeral 4) del Art. 162 de la Ley 1437 de 2011, debe expresar (por escrito) sus pretensiones con precisión y claridad, lo que de entrada implicaría pedir la nulidad de los actos que lo separaron del servicio público, bien por falsa motivación o por desviación de poder, que son las causales más frecuentes.

En ejercicio de su derecho de defensa, deberá aportar las pruebas que pretenda hacer valer, que estarán encaminadas a soportar y argumentar las pretensiones, las que a su vez, deben armonizar con la relación de los hechos y omisiones que sirvan de fundamento a las mismas; es decir, desvirtuando una a una las razones (motivaciones) que expresa la administración en los respectivos actos objeto de demanda.

En tal virtud, se le exige indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones y como se trata de la impugnación de un acto administrativo debe indicar las normas violadas y explicarse el concepto de su violación y como se sabe, el concepto de violación de norma debe fundamentarse en gran medida en que la administración decisión sin tener en cuenta el fuero de estabilidad relativo que como provisional ostenta y que desconoció el cumplimiento oportuno y eficaz de todas y cada una de las tareas a su cargo. No es tarea fácil.

Pero como si lo anterior fuera poco, debe, cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, el actor (exservidor público) debe individualizarlo con toda precisión, pues los actos que desatan los recursos ante la administración se entienden demandados con el acto

principal; así mismo, cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda, será lo que es objeto de restablecimiento.

iv) la oportunidad. Si bien el Art. 162 ya citado permite acumular pretensiones de nulidad con nulidad y restablecimiento del derecho, el medio de control idóneo, como se ha sostenido en este capítulo, es nulidad y restablecimiento del derecho y éste, a diferencia de la simple nulidad, tiene un término perentorio para presentar la demanda, es decir, tiene una oportunidad procesalmente definida. Este término se encuentra determinado en el Art. 164 *ibídem*, en los siguiente términos: “la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.

En este sentido, si el acto no es motivado por lo que no proceden recursos en su contra, la oportunidad para demandar se contará a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación; todo lo contrario, si el acto es motivado y se tienen que interponer los recursos, el cómputo para la presentación de la demanda podrá contarse en dos (2) momentos distintos, con los mismos efectos procesales: uno, desde el día siguiente a la notificación o comunicación de la decisión sobre los recursos; dos, desde el día siguiente al cómputo de los dos (2) meses que tiene la administración para resolver los recursos, sopena de producirse el silencio administrativo respecto de los mismos, en la voces del Art. 86 del CPACA.

v) La carga argumentativa para fundamentar la demanda. Este es un aspecto sustancial del proceso contencioso, que supera la mera exigencia formal del cumplimiento de los requisitos de la demanda, y dependerá de alguna manera, del régimen procedimental vigente al momento de la presentación de la demandado; ciertamente, si los actos a demandar fueron expedidos en vigencia del D 01/1984, el inciso 3° del Art. 138 exigía demandar tanto el acto definitivo, como las decisiones que lo modifiquen o confirmen o revoquen parcialmente por haber sido objeto de recursos en la vía gubernativa; pero si fue revocado, sólo procedía demandar la última decisión.

Es decir, que si el acto es motivado, necesariamente se debieron interponer los recursos ante la administración, como se explicó en líneas anteriores, obligándose el particular a

argumentar los motivos de inconformidad frente a cada acto, listando las normas vulneradas el concepto de la validación.

Ahora bien, si la demanda se presentó en vigencia del CPACA, el Art. 163, supera tal exigencia, al consagrar que si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron, lo cual al parecer liberaría al servidor o exservidor público demandante, de individualizar cada acto y los argumentos que pretenden quebrantar la presunción de legalidad; sin embargo, el Art. 162 -4, exige, expresamente, indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones y cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación, lo que claramente, lo compromete con un ejercicio de confrontación entre las actividades desarrolladas durante todo el tiempo que haya permanecido en el cargo y las diversas razones que la administración haya invocado para darle vida a cada uno de los actos administrativos expedidos durante la actuación administrativa.

vi) Registro de tareas y de ejecución de funciones: Los requisitos enunciados exigen del servidor público afectado con la decisión de terminación de la provisionalidad y que lo separa del cargo por declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, contar con una relación precisa y soportada de la ejecución de las funciones propias del cargo o de las que se le hayan asignado, lo que no resulta difícil de realizar si éste aplica el principio de autocontrol y si la entidad cuenta con sistemas de información que permitan establecer la trazabilidad de los documentos; sin embargo, cuando se trata de funcionarios con vinculaciones de tres, cuatro, cinco y más años, no es fácil contar con una bitácora de todas las tareas a cargo.

En vista de lo anterior, para interponer los recursos de Ley, en sede administrativa y para la debe sustentación del medio de control en sede jurisdiccional, deberá adjuntar o por lo menos relacionar e indicar en dónde están las evidencias y/o soportes que demuestren el cumplimiento sin mácula de sus tareas. Deberá, para desvirtuar la presunción de legalidad, demostrar que el mejoramiento del servicio, las funciones propias del cargo y el propósito del mismo, se cumplían de manera eficiente mientras que él desempeñó el cargo, por lo que con las pruebas arrimadas al proceso y con el cumplimiento, además, de los requisitos formales de la demanda, los actos objeto de control judicial, deberán ser declarados nulos, ordenarse a título de restablecimiento del derecho su reintegro de ser viable posible jurídicamente y la respectiva

indemnización, como expresión palmaria de protección de los derechos vulnerados por el acto respectivo.

efectos en sede jurisdiccional.

El naciente Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CAPACA- contenido en la Ley 1437 de 2011, establece en el Título I de la Parte Segunda el objeto y los principios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, disponiendo que los procesos que se adelanten ante ésta, tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico; para lo cual, en su aplicación e interpretación deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal, razón de más para en que en garantía del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.

A causa de ello, el logro de la efectividad de los derechos otorga de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales, para no hablar de una fuerza simbólica, sino de uno de los pilares del Estado social de derecho, que garantice los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado (C Const. T – 406/1992, C.Angarita).

Ahora bien, el Art. 104 ibídem resalta que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa; además, de los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

En vista de lo anterior, los actos administrativos que ponen fin a la provisionalidad de los servidores públicos que los ocupan, son de conocimiento, respecto de su control de legalidad,

de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, competencia que deriva además, de lo establecido en los Art. 236 a 238 de la CPC.

Así las cosas, podría pensarse *prima facie*, que el control de legalidad de los actos tantas veces aludidos es el mismo para los actos sin motivar que para los actos motivados expresamente o que opera *iuris tantum*. En este sentir no, pues para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico, el análisis del acto acusado cambia radicalmente en uno y otro caso aunque la decisión de fondo sea la misma: la nulidad o no del acto y los efectos especiales que de la misma se derivan. Por lo siguiente:

i) el control de legalidad de los actos sin motivar se establece a partir de su cotejo con las normas que le sirven de fundamento, casi que el debate procesal se centra en un mero juicio de valor o de confrontación normativa jerárquica, con muy poca actividad probatoria y de pleno derecho; donde, incluso, por mandato del inciso 2° del Art. 179 del CPACA, por tratarse de asuntos de puro derecho, el juez debe prescindir de la segunda etapa y proceder a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión, quedando instalado el proceso en la audiencia final de fallo.

En tal sentido, al demandante le bastará demostrar la falta de motivación y al juez de conocimiento, tener por probada su ausencia para que se declare la nulidad del acto y el respectivo restablecimiento, según se trate.

ii) Respecto del acto motivado, la confrontación va mucho más allá. Recuérdese que el inciso 3° del Art. 138 del D 01/1984, establecía que si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también debían demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero sí fue revocado, sólo procede demandar la última decisión; exigencia que fue superada por el Art. 163 del CAPACA, que reza: “Si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron”, por lo tanto, el Despacho ya no podrá exigir la integración de todos los actos a controlar judicialmente, sino que tendrá que asumir que los actos confirmatorios o modificatorios, por el solo hecho de mencionarlos y adjuntarlos, hacen parte integral del petitum de la demanda.

iii) al examen de puro derecho o confrontación jerárquica normativa, tendrá el juez que adicionarle el estudio del contenido de fáctico y jurídico de todos y cada uno de los actos

objeto de control, pues los que resuelven los recursos, sean confirmatorios, modificatorios y de cualquier naturaleza, son parte de la decisión, de la expresión de la voluntad de la administración, no consentida por el actor, igualmente reprochable por él. Así mismo, el acto motivado le suministra al juez información valiosa en el instante que proceda a ejercer el control jurídico sobre el mismo, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Por lo tanto, en el acto administrativo reglado se integrará lo que es discrecional y lo que es regla de derecho, para encausarlo, dirigirlo y sobre todo limitarlo.

iv) si la motivación orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, poniendo de manifiesto la vinculación de la Administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la Administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto, tendrá el juez que entrar según los principios de la sana crítica y la recta razón, entrar a desvirtuar la no conformidad de los actos acusados con el ordenamiento jurídico (Corte Constitucional Sentencia SU - 250, 1998).

v) examinar, *in limine*, en el umbral, de entrada, que la administración haya motivado el acto definitivo, o sea, expresado las razones y los argumentos concretos de la decisión, porque de lo contrario, no habrá lugar a exámenes posteriores: la ausencia de motivación expresa nulidad y restablecimiento del derecho ante el Consejo de estado o en sede de tutela. Eso es claro. De lo contrario, la labor de control judicial se amplía y se traslada en su integridad al debate probatorio.

En estos términos, la motivación del acto de retiro de un empleado nombrado en provisionalidad a partir de la vigencia de la Ley 909 de 2004 surge como imperativo objetivo de la legalidad, de indiscutible acatamiento para los jueces de conformidad con el Art. 230 CPC, en el que se predica el sometimiento de los funcionarios judiciales al imperio de la ley; de ahí que, el contenido material de la motivación no puede ser arbitraria y debe obedecer a verdaderas razones que serán indefectiblemente plasmadas en el correspondiente acto y que deberán ser examinadas en virtud del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho.

Cabe anotar que la motivación, entendida como resultado de una actuación reglada que debe ser ajustado al ordenamiento jurídico; sino, podría dar lugar a la nulidad del acto

acusado y al respectivo restablecimiento del derecho por falsa motivación o desviación de poder en la expedición del acto administrativo de insubsistencia, que indudablemente debe ser probada por quien la impetra, por no ser ciertas las razones que se alegan como fundamento de su expedición; sin embargo, con la sola ausencia de motivación, el juez se libera de análisis de fondo adicionales.

vi) probada la falsa motivación o la desviación de poder, deberá el juez de conocimiento ordenar el reintegro del servidor público a su empleo o a uno equivalente, siempre y cuando el cargo que venía ocupando antes de la desvinculación, no haya sido provisto mediante concurso de méritos; no haya sido suprimido o el servidor no haya llegado a la edad de retiro forzoso, sin solución de continuidad y, el pago de salarios y demás prestaciones dejados de percibir.

El juez tiene que exigir la motivación del acto demandado, atendiendo el precedente jurisprudencial, de lo contrario, procede la tutela contra la providencia judicial de que se trate, sobre la base de que ya se ha agotado el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin que allí se obtuviera la protección de los derechos que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional habían sido vulnerados por el acto respectivo.

Vale decir, que bajo estos supuestos procesales la Corte Constitucional ha estimado necesario ordenar –incluso– la nulidad del acto de desvinculación que no había sido motivado, en aras de proteger los derechos a la estabilidad laboral, la igualdad y el debido proceso y consecuentemente, el restablecimiento de los derechos, con el fin de retrotraer los efectos del acto viciado, de modo que el funcionario quedara en la misma posición en la que estaba antes de proferirse éste.

Con tal objeto, se ordenó el reintegro de los funcionarios y el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta su efectivo reintegro, con una precisión: de ese pago debe descontarse lo que la persona desvinculada haya percibido del Tesoro Público o de una fuente privada, por concepto del desempeño de otros cargos públicos (o privados) durante el tiempo que estuvo desvinculada, con fundamento en el artículo 128 de la Constitución. Todos estos criterios se recogieron en la sentencia SU-691/11, en lo que se estima nueva postura y un avance de la alta corporación.

vii) el juez debe calcular el monto de la indemnización que se debe reconocer al servidor público afectado, según la jurisprudencia contenida en la sentencia de unificación – SU- No- 556 de 2014, pluricitada en este estudio, con el propósito de i) garantizar la protección de los servidores públicos irregularmente desvinculados del cargo, y ii) evitar que en razón del transcurso del tiempo, particularmente cuando dichos servidores han acudido, sin éxito, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la suma a pagar resulte desproporcionada, pues el monto de la indemnización debe ser proporcional al daño efectivamente sufrido por el servidor público, el cual debe corresponder a lo dejado de percibir durante el tiempo en que aquél ha permanecido cesante con motivo de su retiro injustificado (CConst. SU – 556/2014, L. Guerrero).

responsabilidad administrativa y disciplinaria.

La consagración preclara de la responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos causados a las personas, el Art. 90 Superior, volcó el deber de ajustar las actuaciones de las autoridades y de los servidores públicos a la Constitución y a la ley; a una obligación de procedimiento y de resultado, pasando de una responsabilidad subjetiva a una casi objetiva; motivo por el cual la acción de repetición desarrollada por la Ley 678 de 2002, en concordancia con el Art. 142 del CPACA, se tiene que promover cuando el Estado haya realizado un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas.

Cabe anotar que aunque el Art. 142 aquí citado prescribe que la pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, no es muy pasible que por un lado, precisamente, se defienda y se alegue la legalidad de los actos demandados y por el otro, se llame en garantía al servidor o exservidor para que responda por los presuntos perjuicios causados al exfuncionario demandante.

Con la anterior explicación se pretende mostrar que el ejercicio de la pretensión autónoma de repetición emerge por dos (2) circunstancias, contra el servidor o exservidor público responsable del daño, generalmente, representante legal de la entidad empleadora que expidió el acto objeto de control de legalidad y demandada por el exfuncionario, a saber:

i) por permitir la prolongación injustificada de la provisionalidad. Sobre el particular, se debe recordar que los nombramientos provisionales, se caracterizan por dos (2) aspectos complementarios. De un lado, su temporalidad, a fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera administrativa se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en el pasado cercano, razón por la cual, se rechazan las prórrogas injustificadas de los nombramientos provisionales; éstas deben durar, cuando exceden el término de Ley, lo estrictamente necesario para que se superen las circunstancias que le dieron lugar.

Del otro, porque la estabilidad (estabilidad relativa) laboral de un empleado que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de encontrarse en provisionalidad, de tal suerte que un empleado provisional no puede asimilarse, para efectos de su retiro del servicio, a un empleado de libre nombramiento y remoción, “dado que es la naturaleza del empleo y el tipo de funciones que desempeñan sus titulares las que se aplican para diferenciar los empleos públicos” (C Const. C – 793/2002, J. Triviño).

En este orden de ideas, la administración y por ende su representante legal, tienen la obligación constitucional de evitar provisionalidades que injustificadamente se renuevan periódica y cíclicamente, y asumir un actuar positivo para proveer por concurso de méritos los empleos de carrera, tal como lo exige el Art.125 constitucional.

Entonces, la limitación temporal que se fije a la vinculación provisional, lejos de establecer una prohibición para que los empleados provisionales puedan permanecer en el servicio, consagra una condición para que la administración culmine el proceso de selección para proveer regularmente y por concurso el respectivo empleo. Siendo así, “con la provisionalidad se permite a la administración garantizar la continuidad del servicio mediante la provisión transitoria, mas no circulante, de los empleos de carrera y, en contraprestación, le exige que adelante los trámites inherentes a la provisión por concurso de los empleos de carrera” (CConst. C – 793/2002, J. Triviño).

Es incuestionable afirmar que la provisionalidad, no puede hacer nugatoria la realización del concurso de méritos, como instrumento previo, idóneo y esencial, para la provisión de los cargos públicos y que tampoco se puede dar por terminada fuera el término inicialmente establecido en la Ley, para menguar los derechos de los servidores públicos que se encuentran en tal condición.

A propósito, la Corte Constitucional en la sentencia aquí inmediatamente citada, sobre este asunto específico, tajantemente, dijo que de no ser así, se daría lugar a la aplicación de la responsabilidad disciplinaria y patrimonial, tanto de la autoridad nominadora que omita la aplicación de las normas de carrera, como de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en el evento de que omita las funciones que la Constitución Política le ha otorgado. Por tanto, se debe garantizar ante todo, la continuidad del servicio público, como quiera que se deben garantizar ante todo, la continuidad del servicio público.

ii) por la expedición irregular del acto declarado nulo. Las normas citadas para justificar la demanda de repetición contra el representante legal de la entidad, en este caso determinado, parten del supuesto que el Estado haya realizado un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público.

En realidad, no es extraño que se asuma como una conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público –representante legal de la entidad demandada- que a sabiendas de que los actos administrativos límite de la provisionalidad, deben motivarse de manera expresa, no lo haga y fuera de ese, provea el cargo vacante, mediante la misma institución de la provisionalidad. De esta manera, corresponderá, en los términos del Art. 26 del D 1716 de 2009 y en lo pertinente la Ley 678 de 2001, a los comités de Conciliación de las entidades públicas realizar los estudios pertinentes para determinar la procedencia de la acción de repetición previa la remisión del acto administrativo de pago total de la obligación y sus antecedentes. Agréguese a lo dicho que la Ley 909 de 2004, no consagró una regla específica en materia de responsabilidad para los nominadores, como sí lo hacía expresamente el Art. 12 de la Ley 443 de 1998, al decir literalmente que la autoridad nominadora que omita la aplicación de las normas de carrera, que efectúe nombramientos sin sujeción a las mismas, o que permita la permanencia en cargos de carrera de personal que exceda los términos del encargo o de la provisionalidad y

los integrantes de las Comisiones del Servicio Civil, incurrirán en causal de mala conducta y responderán patrimonialmente en los términos previstos en el artículo 90 de la Constitución Política.

De todas maneras, estableció en el literal g) del Art. 12 de la Ley 909 de 2004, como obligación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar;

efectos en sede administrativa.

La motivación de los actos administrativos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, como efecto directo de los principios que informan la función administrativa (Art. 209 CPC); como expresión del Estado Social de Derecho y como resultado de líneas jurisprudenciales elaboradas por la Corte Constitucional, recogidas posteriormente por el Consejo de Estado e introducidas expresamente por el legislador en codificaciones como la Ley 1437 de 2011, viene produciendo varios efectos en el mundo del derecho, como se ha explicado en este apartado, incluida, de manera preferente, como se verá, la administración, entendiendo por ésta cualquier entidad de la Rama Ejecutiva, a quienes se les aplique la Ley 909 de 2014, que en un momento determinado pueda fungir como empleadora de un funcionario en provisionalidad.

En el Derecho colombiano, se observa que constitucionalmente la estabilidad en el empleo se identifica con una garantía propia de un régimen laboral diferenciado aplicable a la categoría empleados públicos de carrera. Esta reflexión se encuentra corroborada por el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, en la cual se vincula directamente la carrea como sistema técnico de “administración de personal con la finalidad de asegurar la estabilidad en el servicio, pero para dichos funcionarios, no exactamente para los provisionales” (Moreau, 1995, p., 806).

En tal virtud, se insiste, la motivación cumple con el doble propósito de garantizar, por un lado al servidor público, su debido proceso y la posibilidad de demandar el acto ante la jurisdicción contenciosa, previo conocimiento de las causas de la desvinculación y por otro, que “la desvinculación solo se produzca en razón de la existencia de motivos objetivos, como el

mejoramiento del servicio y la provisión del cargo con funcionarios con derechos de carrera, que debe ser el principal” (C Const. SU – 556/2012, L. Guerrero).

De igual manera, esta exigencia argumentativa demanda para la entidad empleadora a la hora tomar la decisión de dar por terminada la provisionalidad y separar del cargo al funcionario; a la luz de la jurisprudencia citada y del Art. 42 de la Ley 1437 de 2011, por lo menos, las siguientes reglas y acciones positivas, debidamente acreditadas, que es lo que ha denominado en esta investigación: efectos jurídicos de la motivación del acto de terminación de la provisionalidad en sede administrativa.

conocimiento de la actuación. La administración debe permitir que el interesado conozca la actuación, como expresión del principio de publicidad, para lo cual debe iniciar el trámite de notificación personal, informando los recursos que proceden, la oportunidad para presentarlos y la autoridad ante quien se deben interponer, previa entrega gratuita de copia del acto a notificar;

*la obligación de **motivar** los actos administrativos.* Sobre este particular ya se han expuesto varias tesis, por lo que habiendo suficiente ilustración, no será necesario volver sobre lo mismo; sin embargo, recordemos que se trata de explicar las razones de derecho y de hecho: motivación jurídica y fáctica. La administración debe observar la competencia expresa (o por delegación) del funcionario que expide el acto, que la decisión a tomar no tenga reserva de ley dada la naturaleza, que corresponda a los fines de la norma que permite o autoriza la expedición del acto.

La motivación fáctica, además de ser expresa y específica y deberá corresponder a los hechos y circunstancias que motivaron el nacimiento de la actuación o la toma de la decisión, “con base en las pruebas e informes disponibles”, por lo que en materia laboral, la autoridad se enfrenta a un problema mayor a la hora de evaluar y valorar el desempeño de un funcionario en provisionalidad, toda vez que con éste no se concertan compromisos laborales y no es imperativo realizar evaluación de desempeño, por tratarse de procedimientos propios y naturales del funcionario inscrito en el registro público de carrera administrativa.

coherencia jurídica y fáctica. La parte resolutive o el decisum del acto, debe ser el resultado de la combinación analítica entre la motivación fáctica y la jurídica, o sea, la consecuencia lógica de las motivaciones, pues se debe desprender fácilmente de ellas y deben

obedecer, en todo caso a razones objetivas de mejoramiento del servicio o a la provisión del cargo con funcionarios de carrera. Estas razones deben tener los respectivos soportes o evidencias.

congruencia de la actuación. Debe haber una congruencia entre el acto jurídico que da inicio a la actuación administrativa, como son la petición, el cumplimiento de un deber legal, o la decisión de comenzar oficiosamente un procedimiento y la decisión definitiva. La congruencia está regulada por el último inciso el cual expresa que el objeto de la decisión definitiva es resolver la actuación de fondo, “que no es otra cosa que definir los efectos de la relación jurídica sustancial que sirve de sustento al procedimiento” (Arboleda, 2012, p, 76).

decisión motivada de los recursos. Impera para la administración la obligación de dar aplicación al Art. 80 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el Arts. 86 ibídem, que exigen resolver los recursos en un término máximo de dos (2) meses, so pena de que opera el silencio administrativo negativo, mediante resolución **motivada**.

Como se puede apreciar, esta exigencia no opera para los eventos en que el acto administrativo límite de la provisionalidad, no se motiva y por lo tanto no es pacible de los recursos en sede administrativa.

descuentos de salarios percibidos producto de relaciones públicas y privadas. Este efecto en sede administrativa, constituye un avance y una verdadera novedad en materia de pago de indemnizaciones, con mayor razón proviniendo de una decisión de unificación de la Corte Constitucional (a la fecha de este trabajo, no se conoce el texto completo, solo el comunicado de prensa). A la luz de los postulados de la sentencia SU-556 de 2014, tasar el monto de la indemnización según las subreglas allí contenidas y establecer las entidades (públicas y privadas) para las cuales trabajó el exservidor público durante su retiro del servicio y hasta que se verifique el pago total de la obligación; en este sentido, la alta corporación expuso que a título indemnizatorio, pagar el equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta el momento de la sentencia, descontando de ese monto las sumas que por cualquier concepto laboral, público o privado, dependiente o independiente, haya recibido la persona, sin que la suma a pagar por indemnización sea inferior a seis (6) meses ni pueda exceder de veinticuatro (24) meses de salario.

Para continuar con los efectos que produce la motivación de los actos administrativos a que nos hemos venido refiriendo, se considera trascendental afirmar que la administración tiene que hacer esfuerzos superiores, para objetivamente justificar (motivar) la insubsistencia del servidor público nombrado en provisionalidad, pues la frase de cajón llamada mejoramiento del servicio, *per se*, no se acepta como justificación judicial o procesal de la decisión. Ahora bien, si en el desarrollo del control judicial del acto, la administración no logra demostrar la legalidad del mismo, el juez contencioso podrá considerar que el acto adolece de falsa motivación o desviación de poder, **máxime si el cargo fue provisto nuevamente**, con otro servidor bajo la misma modalidad, es decir, en provisionalidad, escenario ante el cual el acto será declarado nulo y procederá el reintegro, con todas las implicaciones que una decisión judicial de tal naturaleza representa para ella y para el funcionario que suscribió el acto.

En este orden de ideas, no parece fácil para la administración “medir” la efectividad del cumplimiento de las funciones del provisional, puesto que para él la Ley no exige concertar objetivos o establecer compromisos laborales, o acuerdos de gestión o la formulación de políticas públicas o las acciones estratégicas propias del cargo y de la entidad o la expedición de instrumentos especiales de evaluación, como quiera que en el primer caso, **los estaría equiparando a funcionario de carrera**, que indudablemente no lo es; y en el segundo, a gerentes públicos, condición que tampoco tiene.

Acorde con lo explicado, algunas entidades, posiblemente dentro de un proceso de mejora continua, han expedido actos administrativos para evaluar el desempeño laboral de los servidores públicos que ocupan cargos de carrera en provisionalidad, con lo cual *prima facie*, podrían estar equiparándolos a funcionarios con derechos de carrera o imponiéndose ella misma cargas administrativas adicionales y el deber de justificar y evidenciar la efectividad y objetividad de los instrumentos de evaluación. A manera de ejemplo, tenemos:

Autoridad Nacional de Licencias Ambientales - ANLA- expidió la Resolución No. 0321 del 02 de abril de 2014, por la cual creó el Sistema de Evaluación de la Gestión, basado en el Art. 2 de la L 909/2004, que señala los principios de la función pública, los criterios básicos a través de los cuales se garantiza la prestación de servicios y establece que la responsabilidad de los empleados públicos por el trabajo desarrollado, se concreta por medio de instrumentos de evaluación de desempeño y de los acuerdos de gestión.

Contraloría de Bogotá D.C., profirió la Resolución Reglamentaria 004 del 22 de enero de 2013, por la cual se establecen los instrumentos y metodología para la medición del rendimiento laboral de los servidores públicos vinculados provisionalmente, la cual se aplicará en la vigencia de 2013.

Alcaldía de Palmira – Valle del Cauca. Este ente territorial expidió la Resolución No-561 del 22 de agosto de 2013, creando el Sistema de Valoración del Rendimiento Funcional y Comportamental de los Servidores Públicos en condición de Provisionalidad. Vale decir, que la motivación es la misma de las anteriores;

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, con la Resolución No- 082 del 09 de noviembre de 2012, adopta el formato para evaluar el rendimiento laboral de los funcionarios vinculados mediante nombramiento en provisionalidad; y,

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF- sancionó la Resolución No.2000 del 03 de abril de 2013, que unifica la implementación del Sistema de la Evaluación de la Gestión de los servidores públicos nombrados en provisionalidad o vinculados como supernumerarios en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y se derogan unas resoluciones. Del análisis de los anteriores cinco (5) casos, que incluyen entidades de diferentes niveles territoriales y sectores, se pueden extraer varias conclusiones, que merecen comentario aparte. Así las cosas, tenemos que:

i) el fundamento legal de todas las resoluciones citadas es el mismo; vale decir, la Ley 909 de 2004, como Régimen General de Carrera Administrativa, al cual todas las entidades citadas le están sometidas y el Art. 7 del D 2539/2005, que establece que todos los servidores públicos deben poseer y evidenciar las competencias comunes relacionadas con: Orientación a Resultados, Orientación al Usuario y al Ciudadano, Transparencia y Compromiso con la Organización. Así mismo, motivan los actos en la Ley 872 de 2003 que dio origen a la Norma Técnica de Calidad NTCGP 1000:2004, la cual fue actualizada con la versión NTCGP 1000:2009, que determina los requisitos que las entidades públicas deben cumplir para implementar el Sistema de Gestión de la Calidad (SGC), para mejorar su desempeño y su capacidad de proporcionar productos y/o servicios que respondan a las necesidades y expectativas de sus clientes.

ii) dicho fundamento es propio de la función administrativa y de los servidores públicos con derechos de carrera, pero no es exactamente igual para los provisionales, luego se trata de una especie de adecuación sustantiva de criterios de evaluación, no de un sistema;

iii) todas las entidades citan como doctrina legal para justificar la creación de los procedimientos de evaluación, el concepto No- CNSC- 02- 16516/2008, de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que si bien no se opone al establecimiento de instrumentos de evaluación del desempeño laboral de provisionales, si es certera en indicar que ésta –la evaluación- resulta procedente siempre y cuando se desarrolle a través de instrumentos específicos diseñados por la entidad para tal fin, **sin que estos puedan corresponder a los establecidos por la Comisión**, para los empleados públicos de carrera o en período de prueba, por lo que esta medición debe generarse como política institucional, dentro de un marco de apoyo y seguimiento a la gestión de cada entidad.

iv) los actos no provienen del Sistema General de Evaluación creado por la Comisión, quien según el literal d) del Art. 11 de la Ley 909 de 2004, es la encargada de establecer los instrumentos necesarios para la aplicación de las normas sobre evaluación del desempeño de los empleados de carrera administrativa; en tal caso no es posible afirmar que ésta, ha incumplido la regla del Art. 40 ibídem pues si bien su obligación es **desarrollar un sistema tipo** de evaluación del desempeño, también lo es que éste solo es imperativo para funcionarios de carrera y en periodo de prueba.

v) los actos no cuentan con el aval o aprobación de la Comisión, ya que lo que el Art. 40 e) ejusdem exige es que las entidades sometidas a su imperio, adopten su propio sistema pero a partir del sistema tipo, mismo que deberá ser aprobado por la Comisión, y como se ha explicado, no existe sistema tipo para evaluar desempeño de provisionales. El Acuerdo 137 de 2010, no es aplicable a provisionales.

En este sentido, tampoco es posible disciplinar a los representantes legales de las entidades o a los jefes de talento humano de las mismas, por no contar con la aprobación de los actos de evaluación de desempeño de provisionales; tampoco por no adoptarlo o por no seguir sus criterios, pues lo que constituye falta disciplinaria grave, a la luz del inciso final del Art. 40 ibídem, es no adoptar un sistema de evaluación acorde con los criterios legalmente establecidos, para funcionarios de carrera o en periodo de prueba, se repite.

vi) las entidades no pueden a partir de la evaluación de desempeño de los provisionales, reconocerles derechos de carrera; ni los privilegios que la ley establece para quienes ostentan esta condición; ni el reconocimiento a los incentivos previstos legalmente para los servidores públicos de carrera administrativa; ni garantizar derecho o estabilidad alguno frente al cargo y menos crear un fuero de inamovilidad.

En este orden de ideas, la pregunta es obvia y forzosa, además de útil: para qué se han aventurado algunas entidades a establecer instrumentos específicos de evaluación de provisionales. Efectivamente, se considera que tales instrumentos se convierten en la base o el fundamento para que la entidad pueda motivadamente, evidenciar las competencias y aportes del servidor público; orientar la toma de decisiones relacionadas con su desarrollo del talento humano como piedra angular de la función pública y lo que es más importante, decidir sobre la permanencia o no, en el cargo del servicio público para proceder a declarar insubsistente su nombramiento, cuyo retiro del servicio no está motivado por el simple vencimiento del término de la provisionalidad o porque el cargo debe ser provisto con alguien que ostenta derechos de carrera. Cabe anotar que, este tipo de instrumentos de evaluación deben convertirse en verdaderos procesos de verificación y calificación de las competencias funcionales o laborales y comportamentales de los servidores públicos provisionales, lo que a su vez contribuye decididamente al cumplimiento de las metas institucionales establecidas en el Plan de Acción de la respectiva entidad, para lograr los fines del Estado y porque no, un país del tamaño de los sueños.

Conclusiones

Según el Art. 125 de la Constitución Política de 1991, la regla general en materia de función pública (relaciones laborales entre entidades públicas y particulares) o servicio civil es que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

El Sistema de Carrera Administrativa, desarrollado en la Ley 909 de 2004 y demás decretos reglamentarios, pretende garantizar y consolidar principios superiores como el mérito, el derecho de todas las personas de acceder a los cargos públicos, la capacidad intelectual y laboral, la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos, la estabilidad en el cargo, la profesionalización del talento humano al servicio de la Administración Pública, y por supuesto, la responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado.

La profesionalización de la función pública, ha de entenderse como la garantía a través de la cual los servidores públicos adoptan una serie de atributos como el mérito, la capacidad, la vocación de servicio, la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracia, para garantizar su eficiencia, eficacia y efectividad.

El principio constitucional del *mérito*, entendido como la capacidad académica, la aptitud y la formación que debe tener toda persona que aspire a ocupar un cargo público, es la base fundamental del ingreso a la carrera administrativa y a la función pública y se cumple, en un primer momento con la verificación del concurso público o abierto de conocimientos.

El ingreso a los cargos de carrera, su permanencia y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Esas normas a las que hace relación la Constitución privilegian el *mérito* sobre cualquier otro requisito formal o material, a tiempo que el concurso público se convierte en el medio o instrumento para la materialización del ingreso a la misma.

La ausencia de motivación del acto administrativo por medio del cual se da por terminada la provisionalidad, *per se*, trae como consecuencia la nulidad del mismo, bien sea en sede de revisión (control concreto de constitucionalidad) o en ejercicio del medio de control de

nulidad y restablecimiento del derecho (control jurisdiccional), de manera tal que el examen de legalidad no abordará otros argumentos como la relación de normas violados y el concepto de la violación.

El acto administrativo de terminación de la provisionalidad, debe ser el resultado de una actuación administrativa reglada, que culmina con la expedición de acto administrativo o resolución motivada fáctica y jurídicamente, requisitos sin los cuales no es posible defender, a la luz de la luz de la jurisprudencia, su legalidad y su permanencia en el ordenamiento jurídico vigente.

Los instrumentos de evaluación de los provisionales, no son imperativos y no tienen la aprobación de la Comisión Nacional del Servicio Civil; tienen como finalidad que la entidad pueda motivadamente, evidenciar las competencias y aportes del servidor público, pero no le confieren derechos de carrera administrativa, ni le garantizan su estabilidad en el empleo.

Los instrumentos de evaluación de los provisionales, orientan la toma de decisiones relacionadas con el desarrollo del talento humano y permiten decidir sobre la permanencia o no, en el cargo del servicio público para proceder a declarar, motivadamente, insubsistente su nombramiento, sin que por ello se pueda alegar en su favor el desconocimiento de los derechos de carrera.

La motivación expresa de los actos administrativos de terminación de la provisionalidad, produce efectos jurídicos en sede administrativa por cuanto obligan a la administración a justificar y respaldar su voluntad fáctica y jurídicamente; en sede jurisdiccional porque el juez debe en primer lugar verificar la pertinencia de la motivación y en segundo lugar, que el acto no esté viciado de falsa motivación o de desviación de poder; y para el servidor o exservidor público destinatario del mismo, afectado con la voluntad unilateral de la administración a ejercer los recursos administrativos pertinentes, promover la conciliación como requisito de provisionalidad y ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación, comunicación o notificación, según se trate.

La decisión jurisdiccional en el proceso de nulidad y restablecimiento, que declare la nulidad del acto de terminación de la provisionalidad, obliga a la administración, no solo al reintegro del exservidor, sino a verificar los salarios devengados por éste, durante la vigencia o duración del proceso contencioso, en que laboró con entidades públicas o privadas, para deducir

los salarios percibidos y de este modo evitar una doble asignación salarial, en lo que se considera un cambio de jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre el particular.

A partir de las conclusiones anotadas, se propone el diseño de una política pública que incluya la asignación de los recursos necesarios, según los estudios y demás proyecciones a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que las entidades a las cuales se les aplica la Ley 909 de 2004, puedan normalizar sus plantas de personal, a través de la realización del concurso público de méritos, de tal manera que puedan proveer los cargos vacantes de manera definitiva, pues todos los funcionarios adscritos a las entidades creadas a partir de la reforma administrativa contenida en la Ley 1444 de 2011, ostentan la condición de provisionales, para solo hablar de las entidades del orden nacional más recientes.

Así mismo que la Comisión, junto con el Departamento Administrativo de Función Pública, promuevan los cambios normativas necesarios para que las distintas entidades cuenten con instrumentos de selección de personal en provisionalidad, como ocurre en España, donde los cargos *interinos*, como allí se les conoce, se proveen luego de una invitación pública y de la realización de pruebas de suficiencia o de conocimientos, sin que dicho proceso de selección genere derecho alguno para los aspirantes y sin que se trate de concursos para proveer cargos en carrera administrativa, pero sí con el propósito de propender por una administración pública más eficiente y eficaz.

En el mismo sentido, las dos instituciones en mención, deben crear instrumentos objetivos de seguimiento, que no de evaluación, para que las entidades con personal en provisionalidad, pueden motivar, objetivamente y dentro del marco de los derechos y garantías constitucionales, para los servidores públicos, los actos administrativos por medio de los cuales se declara insubsistente el nombramiento de los funcionarios en provisionalidad, evitando sentencias condenatorias en materia contenciosa, procesos disciplinarios y acciones de repetición.

Bibliografía

- Alcaldía Mayor de Bogotá. (2003). *Concepto 4383 de 2003 Departamento Administrativo de la Función Pública. Inhabilidades e Incompatibilidades*. Bogotá, D.C: Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Ámbito Jurídico. (4 -17 de Agosto de 2014). Elección de magistrados debe respetar los principios de la función pública. *Ambito Jurídico*, págs. 1 -8.
- Atienza, M. (1995). *Sobre el Control de la discrecionalidad. Comentarios a una polémica..* España: REDA.
- Bárceñas, M. T. (2008). *Diccionario analítico de derecho administrativo*. Bogotá D.C: Ibañez.
- Betancourt, J. C. (2014). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Señal Editora Ltda.
- Blanco, G. C. (2006). *La Carrera Administrativa*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- Comisión Nacional del Servicio Civil. (2008). *Evaluación de desempeño laboral - proceso de evaluación*. Colombia: Radicación 2-16-2008-30613 CNSC.
- Comisión Nacional del Servicio Civil. (2009). *Consulta sobre viabilidad de Comisión a Directivo Docente*. Radicación 2-2008-25622 y 2009-0968-01234. Bogotá, D.C: CNSC.
- Comisión Nacional del Servicio Civil Acuerdo 524. (2014). Bogotá, D.C.: CNS.
- Consejo de Estado. (2011). *Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A*. Bogotá, D.C: Radicación No. 54001-23-31-000-1997-11766-01 (2047-10).
- Consejo de Estado. (2011). *Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A*. Bogotá, D.C: Radicación No. 11001-03-15-000-2011-00558-00 –AC –. Referencia: Acción de Tutela – Tutela contra sentencias.
- Consejo de Estado. (2012). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta*. Referencia: Segunda instancia - Tutela contra sentencias.
- Consejo de Estado. (2012). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A*. Bogotá, D.C.
- Consejo de Estado. (2012). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A*. Radicación No. 11001-03-15-000-2012-00671-01.
- Consejo de Estado. (2012). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B*. 11001-03-15-000-2012-00302-00.

Consejo de Estado. (2013). *Sala de Consulta y Servicio Civil*. Radicación Interna: 11001-03-06-000-2013-00387-00. Bogotá, D.C. .

Consejo de Estado. (2014). *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda subsección B*. Radicación No. 11001-03-25-000-2012-00795-00(2566-12). Bogotá, D.C.

Consejo de Estado. (2014). *Sala plena de lo Contencioso Administrativo*. Radicación número: 110001-0328-000-2013-0006-00. Bogotá, D.C.

Corte Constituciona Sentencia C - 431. (2010). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 942. (2003). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 103. (2003). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 1079. (2002). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 110. (1999). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 175. (2007). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 181. (2010). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 249. (2012). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 319. (2010). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 408. (2001). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 479. (1992). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 487. (1993). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 551. (2003). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 588. (2009). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia C - 793. (2002). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 086. (1999). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 133. (1998). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 250. (1998). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 556. (2012). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 691. (2011). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia SU - 917. (2010). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia T - 148. (2012). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia T - 186. (2013). Bogotá, D.C.

Corte Constitucional Sentencia T - 147. (2013). Bogotá, D.C.

- Corte Constitucional Sentencia T - 329. (2009). Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia T - 378. (2003). Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia T - 406. (1992). Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia T - 754. (1999). Bogotá, D.C.
- Corte Constitucional Sentencia C - 211. (2007). Bogotá, D.C.
- Duque, B. F. (2011). *Compendio de normatividad y doctrina de empleo público y carrera administrativa*. Bogotá D.C.: Publicación de la ESAP y la Comisión del Servicio Civil.
- Estabilidad laboral reforzada. (11 de Noviembre de 2013). *Ambito Jurídico* , pág. 8.
- Fernández, T. (1994). *De la arbitrariedad de la administración*. Madrid: Civitas.
- García, D. e. (2000). *Democracia, jueces y control de la administración*. Madrid: Civitas.
- Georges, V. (1980). *Derecho administrativo*. Madrid: Aguilar.
- Georges, V. (2000). *Derecho Administrativo*. Madrid: Aguilar.
- Gradin, A. (2009). *El proceso de integración de los movimientos desocupados a la gestión del Estado en la Argentina Kirchnerista*. (Tesis de grado). Argentina: Flacso.
- Ibañez, J. (s.f.).
- Jiménez W.G. (2012). Teoría y práctica del sistema de mérito a través de las reformas del Estado en Colombia. *Reflexión política*, 58.
- Jorge, I. (2008). *Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá D.C.: LEGIS.
- José, A. P. (2012). *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Bogotá D.C.: LEGIS.
- Larrañaga, P. (1994). Isonomía. *Revista de teoría y filosofía del Derecho*, 216 - 225.
- Manzoni, A. (12 de Agosto de 2014). *Frases célebres por categorías*. Obtenido de Misfrases.com: <http://www.misfrases.com/blog/2007/es-menos-malo-agitarse-en-la-duda-que-descansar-en-el-error/>
- Marín, A. H. (2008). *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Moreau, J. (1995). *Le Système Français de Fonction Publique*. Paris: Economía.
- Organización de las Naciones Unidas. (2003). *V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado*. Santa Cruz de la Sierra, Bolivia: ONU.

- Parejo, A. (2003). *Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel.
- Puentes, G. G. (2009). *La Carrera Administrativa en el marco de la función pública*. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.
- Rincón, J. I. (2009). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo, M., Escobar, L., Rincón J., y López C. (2012). *Globalización del Derecho Administrativo, Estado regulador y eficacia de los derechos*: Bogotá D.C: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, C. (1999). La decisión judicial EL debate Hart - Dworkin. En C. Rodríguez, *La decisión judicial EL debate Hart - Dworkin* (págs. 48-67). Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez, L. (2011). *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá D.C.: Temis S.A.
- Sánchez, V. R. (2008). *Los principios generales del Derecho y su impronta en la cultura de la legalidad*. México: UNAM.
- Santofimio, J. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Weber, M. (19 de Septiembre de 2014). *Max Weber y la concepción burocrática*. Obtenido de Kukulkan systems: <http://kulkansystems.com/blog/max-weber-y-la-concepcion-burocratica/>