

	ARTÍCULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-03
		Versión: 01
		Página 1 de 21

EQUILIBRIO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES LABORALES PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS ELEGIDOS EN PROVISIONALIDAD Y A TRAVÉS DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN

RAFAEL BOLÍVAR
E-mail: bolirh@hotmail.com

SANDRA MILENA SIERRA BETANCUR
E-mail: sandramilenasierra0620@gmail.com

MARTA ELENA RESTREPO OCHOA
E-mail: martarpo05@hotmail.com

Institución Universitaria de Envigado
2016

Resumen: El propósito del presente escrito se centra en determinar el equilibrio e igualdad de oportunidades laborales para los empleados públicos elegidos en provisionalidad y a través de carrera administrativa en el municipio de Medellín; para ello se parte del establecimiento de los antecedentes históricos, normativos y de derecho comparado de la figura de la carrera administrativa; de igual forma, se identifican las diferencias y similitudes de la provisión de empleo de carrera y del nombramiento en provisionalidad; y por último, se analiza la posición doctrinal frente al equilibrio e igualdad de oportunidades laborales para los empleados públicos elegidos en provisionalidad y a través de carrera administrativa en el municipio de Medellín.

Palabras clave: *carrera administrativa, derecho administrativo laboral, empleados públicos, equilibrio, igualdad de oportunidades laborales, provisionalidad.*

Abstract: The purpose of this paper is focused on determining the balance and equality of employment opportunities for civil servants elected provisional and through administrative career in the city of Medellín; for it is part of establishing the historical background, regulatory and law compared to the figure of the civil service; similarly, the differences and similarities of providing employment and career identify provisional appointment; and finally, the doctrinal position is analyzed against the balance and equality of employment opportunities for civil servants elected provisional and through administrative career in the city of Medellín.

Keywords: *civil service, labor administrative law, public employees, balance, equal employment opportunities, provisional.*

1. INTRODUCCIÓN

Según Villegas (2013), la carrera administrativa se instituye como una institución jurídica, la cual se encuentra direccionada al logro de la eficiencia de la administración pública, la prestación de un adecuado servicio a la ciudadanía y el logro

de la profesionalización de los diferentes empleados públicos, mediante un sistema encargado de velar por el cumplimiento de funciones administrativas de personal, el cual reglamenta los diferentes deberes y derechos, tanto de la administración como del empleado, en el que el ingreso y los ascensos se encuentran determinados, tanto en

igualdad de oportunidades como de condiciones, por la capacidad o mérito, que sea demostrable mediante concurso, y su permanencia debe ser medible en el tiempo a través de la calificación del servicio prestado y el cumplimiento de sus diferentes deberes y obligaciones.

Por las características técnicas de la carrera administrativa, ésta institución se encuentra ampliamente reglamentada por la legislación colombiana, destacándose la Ley 909 de 2004, la cual establece las disposiciones específicas para el empleo público, la carrera administrativa y gerencia pública; a su vez, la norma se encuentra reglamentada por los Decretos 1227 de 2005, Decreto 1567 de 1998 y Decreto 1572 de 1998, todos ellos basados en un referente constitucional establecido en la Carta Política de 1991, en cuyo artículo 209 se establece lo siguiente:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Ahora bien, tanto en el Decreto 1227 del 2005, así como en los decretos 1937 y 4968 del 2007, se establece que por razones de estricta necesidad, para evitar la ocurrencia de algún tipo de afectación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, puede autorizar encargos en empleos de carrera, sin la necesidad de convocatoria a concurso, y en las vacancias temporales generadas por el encargo, para que se efectúen los nombramientos provisionales que amerite cada caso, siempre y cuando no existan empleados de carrera para ocupar el cargo.

Es claro que existe una diferencia entre las condiciones de nombramiento de un empleado de carrera y uno de provisionalidad; sin embargo, ambos cargos están designados para cumplir idénticas funciones, por lo que su diferenciación radica en el tipo de estabilidad laboral de que gozan; de esta manera, mientras que los provisionales gozan de una estabilidad

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 3 de 21

intermedia, el servidor inscrito en carrera no posee esa misma estabilidad ya que no pueden ser desvinculados como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción.

Es por lo anterior que se hace necesario determinar el equilibrio e igualdad de oportunidades laborales para los empleados públicos elegidos en provisionalidad y a través de carrera administrativa, teniendo como referente el municipio de Medellín, apuntando con ello, no tanto al abordaje de la figura de la estabilidad laboral para ambas figuras, tema éste abordado ampliamente abordado por la doctrina y la jurisprudencia, sino a conocer por qué no existe un equilibrio e igualdad en las condiciones laborales, aún a pesar de que ambos cargos deben cumplir igualdad de funciones.

Es por ello necesario que debe existir absoluta claridad sobre los diferentes criterios sobre ingreso y retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción, los empleados de carrera administrativa y los empleados en provisionalidad, ya que el hecho de que un

funcionario ejerza un cargo de en provisionalidad no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, por lo que no tiene cabida la excepción de no motivar el acto de su insubsistencia.

En el ámbito del derecho administrativo laboral, ¿se puede establecer un equilibrio e igualdad de oportunidades laborales para los empleados públicos elegidos en provisionalidad y a través de carrera administrativa?

2. ANTECEDENTES DE LA FIGURA DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA

De acuerdo con Villegas (2013), los primeros antecedentes de la figura de la carrera administrativa se plantean en el ámbito del pensamiento alemán, a finales del siglo XIX, cuando el pensador Max Weber analizó los modos racionales de un tipo de Estado y de burocracia capacitada y especializada, de una administración pública y un servicio civil organizado jerárquicamente.

Es la racionalidad funcional y burocrática, un cambio desde la

organización y la acción, orientada a valores y objetivos basados en reglas, en un estatuto legal de profesionalización, regulador de la capacidad objetiva de los servidores del estado (Villegas, 2013, p. 297).

La carrera administrativa también ha sido consagrada por el derecho internacional, como derecho humano, destacando el derecho ciudadano de acceso a la función pública bajo condiciones de igualdad. Así por ejemplo, en la Declaración Universal de los derechos humanos se preceptúa que toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se estipula que todos los ciudadanos deben tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país; y en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales se determina que los empleados públicos tienen derecho a ser amparados en la carrera administrativa, de modo que se les garantice, mientras cumplan con sus deberes, la permanencia en el empleo, el derecho al ascenso y los beneficios de la seguridad social.

En Colombia, el tema de la regulación de la carrera cobra vida con el establecimiento de la Ley 165 de 1938, el primer estatuto sobre carrera administrativa adoptado con base en el régimen francés.

Desde el punto de vista sustantivo y en su funcionalidad estructural, constituía un buen logro normativo. Sin embargo, debido al carácter incipiente de una cultura social y administrativa del mérito y la prevalencia de la arraigada costumbre de la política de clientela, dicha ley no tuvo trascendencia alguna.

De acuerdo con Cruz (1968),

De un total de cerca de 50.000 empleados con que cuenta actualmente el gobierno, menos de 1.500 han ingresado a la carrera administrativa desde cuando ésta se estableció y de ese número solo unos 1.000 figuran como empleados del Gobierno. Más aún, del reducido número de empleados que han sido admitidos a la carrera, solo un total insignificante, 42, han ingresado con base en exámenes. Todos los demás han ingresado debido a una serie de dispensas de los funcionarios ejecutivos... (p. 147).

La consagración constitucional de la carrera administrativo se dio en Colombia a

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 5 de 21

través del Plebiscito de 1957, ello como producto de la violencia bipartidista de la época, fenómeno que evidenció la necesidad de la carrera administrativa como factor de reconciliación en la vida política y administrativa del país.

Posteriormente, y para desarrollar el precepto constitucional de la carrera administrativa, se expidió la Ley 19 de 1958, la cual consagró una estructura de apoyo a la carrera, integrado por organismos como el Departamento Administrativo del Servicio Civil para la Administración de la Carrera, la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Luego se dictó el Decreto 1732 de 1960, el cual reglamentó la Ley 19 de 1958 y constituyó un completo estatuto de la carrera administrativa para su aplicación, tanto en lo correspondiente a empleos públicos del nivel nacional como territorial.

Más adelante se estableció el Decreto legislativo 2400 de 1968; para los empleados territoriales continuó vigente el Decreto

1732, ya que así lo dispuso expresamente el Decreto 3074 de 1968; sin embargo, “continuó la postración real por las mismas causas del clientelismo bipartidista, sumada a la dilación de varios años en la expedición del correspondiente decreto reglamentario para la cumplida ejecución del Decreto 2400 de 1968” (Villegas, 2013, p. 300).

Luego de varios años, se expidió el Decreto Reglamentario 1950 de 1973, el cual se constituyó en un cuerpo estatutario completo y suficiente desde el punto de vista normativo, que en lo fundamental quedó igualmente escrito, sin cumplimiento, dada la subversión clientelista ejercida por el bipartidismo de la época.

Sin embargo, el futuro de la carrera administrativa iba a quedar truncado cuando en marzo de 1976, a raíz del paro del magisterio, mediante el Decreto 527, se declaró el estado de sitio, para luego, expedirse el Decreto 528 por el cual se suspendían todas las garantías de las carreras.

El propio Álvaro Gómez (1980), para la época se refería a la política de “usufructo

electoral de la nómina”, a la costumbre de “clientela de los barones electorales” y la denominaba “gran cáncer nacional”. Propone una “carrera administrativa bien estructurada” pero se queja que “ésta es la única reforma que no entusiasma a gobernantes ni políticos” (p. 42).

Hacia mediados de 1982, mediante el Decreto 674, se levantó el estado de sitio y, en consecuencia, perdió vigencia el Decreto 2132 de 1976; aún así, el gobierno de la época, según interpretación hecha a partir de los planteamientos realizados por el Consejo de Estado, se dio continuidad a la política clientelista de gobiernos anteriores:

Según ese criterio todos los empleados no inscritos en la carrera, con 20, 15, 10 o varios años de servicios, eran provisionales, regulados por el artículo 5o del Decreto 2400 de 1968, que estatuye la precaria figura de la provisionalidad, que no podrá exceder de cuatro meses (Villegas, 2013, p. 303).

Con la expedición del Decreto Reglamentario 1083 de 1982 se disponía el proceso de inscripción extraordinaria en la carrera de los actuales empleados públicos, en un período de un año. Luego de sendas

movilizaciones sindicales durante la época, finalmente se dictó el Decreto 583 de 1984, que, aunque limitado al orden nacional, ampliaba el plazo de inscripción a tres años y sin garantía de estabilidad expresa mientras se regulaba la inscripción.

Luego, se dictó la Ley 61 de 1987, la cual estuvo dirigida a restringir los empleos de carrera, ampliar los de libre nombramiento y remoción, y señalar la pérdida de derechos de carrera por conversión en de libre nombramiento y remoción. Por estos aspectos fundamentales, era una ley de estirpe clientelista.

Ya con la Constitución Política de 1991 las cosas cambiaron drásticamente; en materia de Carrera Administrativa preceptuó:

Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera.

Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: 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.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Habrà una Comisión Nacional del Servido Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

A ello siguió la Ley 27 de 1992, cuyos aspectos básicos fueron la extensión de la carrera a nivel territorial la aplicación de las normas de la Ley 27 en los sistemas especiales de carrera, la continuidad de las normas predicables en las entidades y sectores con carreras especiales o sistemas específicos, entre otros aspectos; sin embargo, la norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-306 de 1995).

Con la Ley 443 de 1998, se establecieron procesos de selección o concursos y

vigilancia del cumplimiento de la misma; aún así, la norma no alcanzó grandes logros, por ello se declaró su inconstitucionalidad a través de la Sentencia C-372 de 1999.

Como resultado del anterior pronunciamiento de la Corte Constitucional, se estableció la actual Ley 909 de 2004, la cual dejó a salvo el elemento esencial de la estabilidad y el mérito como factor de permanencia.

Estableció a su vez que la carrera administrativa es 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.

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.

3. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES DE LA PROVISIÓN DE EMPLEO DE CARRERA Y DEL NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD

3.1. LA PROVISIÓN DE EMPLEO DE CARRERA

Para establecer las diferencias y similitudes de la provisión de empleo de carrera y del nombramiento en provisionalidad es necesario tener presente la trascendente labor realizada por la Corte Constitucional en la defensa del orden jurídico de carrera administrativa, en su elaboración jurisprudencial y en su estructuración doctrinal. Por ello, es necesario partir de una mayor precisión conceptual de cada una de las nociones que se abordarán en este capítulo para determinar su diferenciación.

De conformidad con la Sentencia C-514 de 1994, la finalidad de la carrera administrativa es la realización de los principios de eficiencia y eficacia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base

en estos principios, y en la honestidad en el desempeño de los mismos.

En este sentido se busca que la carrera administrativa permita al Estado 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, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública.

Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, 1994, C-514).

De igual forma, la carrera administrativa se encuentra determinada por el mérito, el cual, según Villegas (2013), corresponde a la capacidad o eficiencia en el buen servicio administrativo, por ello será el mérito la medida para que el mejor o el más meritorio en el concurso u oposición de méritos, ingrese al servicio, e igualmente por calificación de mérito sea inscrito en carrera y pueda luego permanecer, situación a la que bien puede acceder un funcionario nombrado en provisionalidad.

Señala la Corte que “en el Estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológica-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional (Corte Constitucional, 2000, C-563).

Los objetivos de la regulación de la carrera administrativa se encuentran delimitados por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La regulación de la carrera administrativa, está delimitada por tres objetivos fundamentales a saber: i) La búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, ya que la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por el mérito y su capacidad profesional empleando el concurso de méritos como regla general para el ingreso a la carrera administrativa; ii) La garantía de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas; y iii) La protección de los derechos subjetivos consagrados en los artículos 53 y 125 de la Carta, pues esta Corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos subjetivos adquiridos que deben ser protegidos y respetados por el Estado (Corte Constitucional, 2008, C-753).

De igual forma, la carrera administrativa exige ciertos criterios de excelencia, y es por ello que se busca que ésta le permita al Estado contar con servidores públicos cuya experiencia, conocimiento y educación garanticen su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos.

Con relación al concurso,

es el mecanismo considerado idóneo para que el Estado, dentro de criterios de imparcialidad y objetividad, mida el mérito, las capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, con el fin de escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, apartándose en esa función de consideraciones subjetivas, de preferencias o animadversiones y de toda influencia política, económica o de otra índole (Corte Constitucional, 1998, SU-136).

De la lectura de la Sentencia C-372 de 1999, se puede establecer que el propósito que promueve el sistema de carrera por concurso público es el de sustraer los empleos del Estado, de factores subjetivos de valoración, como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, los cuales chocan

con el adecuado ejercicio de la función pública.

Según Villegas (2013), la estabilidad como elemento esencial del sistema de carrera se explica con relación al mérito, la capacidad, la eficiencia, el buen servicio administrativo. En Colombia consagran la estabilidad en el empleo los Artículos 53 y 125 de la Constitución, el primero alusivo a todos los trabajadores y el segundo aplicable a los servidores del Estado. Este principio se erige en factor primordial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se traduce también en un forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado.

El principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo.

Esa estabilidad, claro está, no significa que el empleado sea inamovible, como si la administración estuviese atada de manera irreversible a sostenerlo en el puesto que ocupa aún en los casos de ineficiencia, inmoralidad, indisciplina o

paquidermia en el ejercicio de las funciones que le corresponden, pues ello conduciría al desvertebramiento de la función pública y a la corrupción de la carrera administrativa. En nada riñen con el principio de estabilidad laboral la previsión de sanciones estrictas, incluida la separación o destitución del empleado, para aquellos eventos en los cuales se compruebe su inoperancia, su venalidad o su bajo rendimiento. Pero esto no se puede confundir con el otorgamiento de atribuciones omnímodas al nominador para prescindir del trabajador sin relación alguna de causalidad entre esa consecuencia y el mérito por él demostrado en la actividad que desempeña (Corte Constitucional, 1992, C-479).

Según la Corte Constitucional, “la carrera es uno de los mayores baluartes para la defensa de la independencia de los funcionarios” (Corte Constitucional, 1999, C-368). Constitucional y legamente la capacidad, el mérito y la eficiencia acreditables por concurso, por la calificación de servicios, son el fundamento para el ingreso, ascenso y permanencia. Ello significa subordinación del empleado exclusivamente a la ley, e independencia personal frente al nominador y los jefes de clientelas.

3.2. NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD

Como ha quedado establecido, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, pero se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

De conformidad con el artículo 6 de la Ley 909 de 2004, adicionado por la Ley 1093 de 2006, los empleos de los organismos y entidades son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:

a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices....

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funciones, siempre y cuando

tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos, así...

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos;

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las mesas directivas de las asambleas departamentales y de los concejos municipales;

f) Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los directores jefe departamento administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, distrito capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

Dada la regulación contenida en la Carta Política, la Corte Constitucional ha señalado:

Dedúcese de lo expuesto que, siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones

del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata. Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.

Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el *intuitu personae* (Corte Constitucional, 1994, C-514).

De otra parte, señala la Corte que “los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley” (Corte Constitucional, 1992, C-479), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o

implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometido a su permanente vigilancia y evaluación.

La regla, o el principio general es el de que los empleos son de carrera y “se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley” conforme al artículo 125 constitucional y al artículo 5° de la Ley 909 de 2004. La excepción, como toda excepción, ha de asumirse con carácter restrictivo y expreso, con carácter de reserva de ley.

Los cargos de libre nombramiento y remoción están sometidos a reserva de ley, por lo que solo podrán incorporarse en el conjunto de empleos de las entidades del Estado cuando exista expresa disposición legal que así lo determine: “la potestad que tiene el legislador para definir cargos de libre nombramiento está limitada desde dos

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 13 de 21

perspectivas” (Corte Constitucional, 2010, C-533).

Lo preceptuado en el artículo 125 de la Carta Política, que exige la determinación del legislador sobre los cargos que se excluyan del mandato constitucional según el cual “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera... Además, toda excepción es de interpretación restrictiva, lo que en esta materia se traduce en que las previstas por el legislador deben hallarse plenamente justificadas” (Corte Constitucional, 2010, C-533).

Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política.

Las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función... cabe la exclusión de la carrera por vía legal... para que la función del legislador tenga cabal desarrollo con estricto apego a la normativa fundamental, es necesario que al expedirse la ley (Corte Constitucional, 1994, C-514).

Ahora bien, ha existido en Colombia una tendencia abusiva a ampliar la excepción del libre nombramiento y remoción. De esta forma, a la luz de la Constitución se pueden establecer unas excepciones al principio general de la carrera administrativa, pero siempre conservando la prioridad del sistema de carrera, connatural con los principios no solo de eficacia y eficiencia y estabilidad administrativas, sino con la justicia misma de la función pública, que no es compatible con la improvisación e inestabilidad de quienes laboran para el Estado, y por el contrario establece el principio del merecimiento, como determinante del ingreso permanencia, promoción y retiro del cargo.

Por tanto, como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero además, dicha facultad del

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 14 de 21

legislador “no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción” (Corte Constitucional, 1999, C-368). En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometido a su permanente vigilancia y evaluación.

Así las cosas, “no es tolerable desde la perspectiva constitucional que todos los funcionarios de un departamento administrativo y de sus entidades adscritas,

sean clasificados como de libre nombramiento y remoción, independientemente de la labor que desempeñen (Corte Constitucional, 1999, C-368).

La norma acusada quebranta los ordenamientos superiores, pues ella en lugar de hacer la clasificación y determinación concreta de los empleos que por vía exceptiva deben determinarse como de libre nombramiento y remoción, lo que hace es realizar una regulación genérica para darle el carácter de tales a todos los del primer nivel jerárquico (...).

La anterior determinación, lejos de establecer la clasificación de empleos de libre nombramiento y remoción regidos por un sistema distinto al de la carrera administrativa, excluye ciertamente de esta a algunos cargos que por su naturaleza no pueden tener la categoría de libre nombramiento y remoción, con lo cual queda desvirtuado el propósito del constituyente de mantener vigente el principio constitucional según el cual, por regla general “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” (Corte Constitucional, 1996, C-387).

De otra parte, agrega la Corte:

De acuerdo con la clasificación, que establece los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, hay que señalar que los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si un empleo es de libre nombramiento y remoción son los

niveles directivos y excepcionalmente los otros, siempre y cuando impliquen un grado considerable de confianza. Los demás, es decir, la regla general, son de carrera. En consecuencia, los empleos señalados en la norma acusada como de libre nombramiento y remoción se juzguen válidos, en el entendido de que se trate de empleos de dirección y confianza (Corte Constitucional, 1994, C-195).

Posteriormente, la misma Corte precisó:

Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades (Corte Constitucional, 1994, C-514).

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en fallo de 2009, estableció:

Para la Sala es claro, que un servidor público cuya función básica según el manual o reglamento de funciones cuyo oficio sea servir de taquillero de un teatro o establecimiento similar, de manera alguna puede equipararse a un empleado de confianza y manejo, a los que alude la norma legal, dado que el taquillero ni administra ni maneja los recursos que recauda en ejercicio de sus funciones, simplemente se limita a recibirlos o

recaudarlos... no es cierto que el cargo correspondiera a la naturaleza de libre nombramiento y remoción, sino de carrera (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2009, Exp. 2003-08625).

A ello se suma lo establecido por la Corte en sentencia de 2010:

La potestad que tiene el legislador para definir cargos de libre nombramiento está limitada desde dos perspectivas. La primera, relativa a que el ejercicio de la citada facultad es excepcional, por lo que solo podrá ser utilizada para determinados cargos específicos, sin que pueda convertirse en la regla general o en sucedáneo de la aplicación del régimen ordinario de carrera administrativa. La segunda, consiste en reafirmar que la definición de cargos de libre nombramiento y remoción debe responder a un criterio de razón suficiente, que para el caso objeto de análisis tiene carácter calificado, pues debe referirse a la naturaleza de las funciones del empleo o al grado de confianza que deba depositarse en el servidor público que lo ejerce (Corte Constitucional, 2010, C-533).

Es necesario reiterar que la ley, si bien puede plasmar excepciones a dicho precepto, no está autorizada para convertirla en regla general, en cuanto, si le fuera posible hacerlo, resultaría desvirtuado un principio superior fundamental.

Además, toda excepción es de interpretación restrictiva, lo que en esta materia se traduce en que las previstas por el legislador deben hallarse plenamente justificadas. De otro lado, la integración de cargos, sin distinciones funcionales ni de rango, al sistema de libre nombramiento y remoción -que según la Carta, es extraordinario- vulnera el principio de igualdad, ya que implica un trato idéntico para hipótesis que pueden ser -y en este caso son- divergentes.

3.3. DIFERENCIA ENTRE EMPLEADOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN Y DE CARRERA ADMINISTRATIVA

De conformidad con los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales hasta aquí tenidos en cuenta, al igual que según la normatividad, precisar y deslindar el origen, la causa y razón de ser esencial que determina y explica la distinción o diferencia entre empleos de libre nombramiento y remoción, no pertenecientes a la carrera y sujetos a la discrecionalidad o regulados por el estatuto de la carrera, constituye tal

distinción el eje principal de la carrera y su trascendencia real.

De esta forma, los empleos cuya funciones sean de naturaleza técnica administrativa o de simple ejecución, son o pertenecen a la carrera, en tanto, por el contrario, si se trata de empleos cuya funciones son de naturaleza política, directiva o de confianza especialísimo están excluidas de la carrera, son de manejo discrecional o de libre nombramiento y remoción.

Así las cosas, en términos generales son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, siendo el vínculo laboral de los funcionarios y empleados públicos, de derecho público, legal y reglamentario y contractual el de los trabajadores oficiales.

Dentro de la categoría de los funcionarios, se tiene que su nominación o designación es por elección o por nombramiento ordinario; dentro de la primera categoría se encuentran el presidente de la república, los congresistas,

los diputados, los concejales, los gobernadores y los alcaldes; dentro de la segunda los ministros, los directores de departamentos administrativos, superintendentes, gerentes, directores de entidades descentralizadas, los cuales son nombrados y removidos libremente por el presidente de la república, como suprema autoridad administrativa.

Por otra parte, la ley además de establecer los requisitos para cada empleo público, también establece lo que pueden y no pueden hacer los servidores y lo que ello genera, amen que limita los nombramientos de personas con quienes el nominador tenga parentesco.

En este orden de ideas, fundamental viene a ser, aprender a diferenciar quienes son servidores públicos y quienes trabajadores oficiales, pues ello marca la diferencia, tanto para su vinculación a la administración, como para salir de ella, de igual forma hay que saber quienes hacen parte del régimen de carrera administrativa.

4. EQUILIBRIO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES LABORALES PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS ELEGIDOS EN PROVISIONALIDAD Y A TRAVÉS DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL MUNICIPIO DE MEDELLÍN

En razón de lo establecido hasta el momento, en el municipio de Medellín es posible hablar de equilibrio e igualdad de oportunidades laborales para los empleados públicos elegidos en provisionalidad y a través de carrera administrativa; pero dicho equilibrio e igualdad conlleva elementos diferenciales que se determinan de acuerdo al tipo de acceso al empleo público.

En este sentido, el grado de estabilidad en los empleos pertenecientes a la carrera administrativa en el marco de la administración del municipio de Medellín, se expresa en que los empleados inscritos en el registro de carrera tienen fuero de carrera, en tanto los no inscritos o provisionales, carecen de dicho fuero, pero sin que por ello queden excluidos del principio constitucional de estabilidad en el empleo, o queden

 <p>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO Ciencia, educación y desarrollo</p>	<p>ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO</p>	<p>Código: F-PI-32</p>
		<p>Versión: 01</p>
		<p>Página 18 de 21</p>

convertidos en de libre nombramiento y remoción o sujetos a la insubsistencia discrecional.

De esta forma, quienes en el municipio de Medellín desempeñan empleos pertenecientes a la carrera, sin estar inscritos en provisionalidad, sí tienen un grado de estabilidad, aunque menor por ausencia del fuero propio de los inscritos. Así, el que desempeñe empleo de carrera en provisionalidad en el municipio de Medellín, no significa que deje de desempeñar empleo de carrera y se convierta en funcionario de naturaleza política, de libre nombramiento y remoción, en sujeto de tratamiento político o discrecional.

Situación opuesta se da, en su factor objetivo, según el grado de estabilidad o de los derechos subjetivos de los empleados titulares de empleos pertenecientes a una carrera, según esté o no, inscritos en el registro de carrera.

Se dice grado de estabilidad, dado que el principio constitucional es el de “estabilidad en el empleo” (art. 153, C.P.), y por ello, el

grado será mayor o menor, según su inscripción o no.

Pero lo que no es correcto jurídicamente es confundir, competencia objetiva sobre empleos pertenecientes a una carrera, reglados por la carrera y excluidos de la competencia discrecional, para so pretexto de la no inscripción del empleado que desempeña empleo perteneciente a una carrera o de limitación en sus derechos subjetivos, prorrogar mediante interpretación, la excepcionalísima competencia discrecional exclusivamente autorizada por la ley sobre empleos no pertenecientes a una carrera, a empleos pertenecientes a una carrera, reglados y sobre los cuales la ley no autoriza la competencia discrecional, convirtiendo así el empleo perteneciente a una carrera en empleo de libre nombramiento y remoción o de competencia discrecional.

De esta manera, es preciso establecer que en el municipio de Medellín, “el nombramiento en provisionalidad para cargos de carrera Administrativa, no convierte el cargo en uno de libre

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 19 de 21

nombramiento y remoción” (Corte Constitucional, 1998, T-800).

En resumen, no es procedente jurídicamente, confundir o refundir la competencia determinada en su factor material u objetivo sobre empleo que no pertenezca a una carrera, con otro aspecto distinto, cual es el de la existencia en mayor o menor grado de derechos subjetivos de estabilidad del empleado, que no es un factor legal de competencia autorizada para la procedencia de la potestad discrecional.

5. CONCLUSIONES

Conforme al artículo 125 constitucional, la distinción entre carrera y libre nombramiento y remoción se predica es en relación con los empleos como concepto objetivo-funcional de carácter singular, lo que impide que la excepción de libre nombramiento-remoción pueda devenir por vía indirecta en razón una generalización referida a una entidad o dependencia o a un nivel administrativo.

De no operar la carrera, el empleado queda sometido a la arbitrariedad personal del nominador, a la conveniencia politiquera del clientelismo o tráfico de empleos, a la corrupción que comporta el pago recíproco de favores: del toma y dame.

De esta manera, se hace necesario superar un Estado privatizado por el neoclientelismo que lo tiene a su servicio, para hacer realidad el precepto constitucional de un Estado eficiente al servicio de la comunidad, pasa, como uno de los requisitos, por la vigencia real de las carreras, del sistema técnico de administración de personal estructurado sobre el mérito.

Resulta claro que la falta de inscripción en carrera no puede generar que los cargos determinados por la ley como de carrera, se conviertan en de libre nombramiento y remoción; por ende, no puede dársele el mismo tratamiento a un empleo provisional que a uno de libre nombramiento y remoción.

REFERENCIAS

Álvarez C., A. (2009). *La historia del sistema de mérito y la aplicación de la*

- carrera administrativa en Colombia.* Bogotá: Escuela Superior de Administración Pública.
- Corte Constitucional. (1992). *Sentencia C-479*. M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-195*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1994). *Sentencia C-514*. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C-306*. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (1996). *Sentencia C-387*. M.P. Hernando Herrera Vergara.
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia SU-136*. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia T-800*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-368*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. (1999). *Sentencia C-372*. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-563*. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-753*. M.P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-533*. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Cruz S., A. (1968). *Finanzas públicas*. Bogotá: Ediciones Lerner.
- Dueñas Q., C. (2009). La carrera administrativa: 70 años después todo sigue igual. *Actualidad Laboral y Seguridad Social*, (152), 39-48.
- Gómez H., A. (1980). El escandaloso exceso burocrático. La carrera administrativa una ilusión. En Solano S., J. (2005). *Nuevo régimen de carrera administrativa*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- González S., E. (2004). La carrera administrativa: experiencias y perspectivas. *Administración y Desarrollo*, (42), 6-29.
- Jiménez B., W. (2012). Teoría y práctica del sistema de mérito a través de las reformas del Estado en Colombia. *Reflexión Política*, 14(28), 142-157.
- Martínez C., E. (2010). La carrera administrativa en Colombia: 70 años de ficción. *Opinión Jurídica*, 9(18), 107-125.
- Moreno B., C. (2006). La carrera administrativa, el empleo publico y la gerencia publica en Colombia. *Revista Centroamericana de Administración Pública*, (50-51), 115-129.
- Puentes G., G. (2009). *La carrera administrativa en el marco de la función pública*. Bogotá: Universidad

	ARTICULO DEL TRABAJO DE GRADO	Código: F-PI-32
		Versión: 01
		Página 21 de 21

del Rosario; Centro de Estudios Políticos e Internacionales (CEPI).

Quintero, R. (2009). *Reglas y principios orientadores de la carrera administrativa: Ley 909 de 2004*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Saldarriaga S., K. (2009). *La desviación de poder en la evaluación del desempeño laboral realizada a los agentes de tránsito de Medellín que se encuentran vinculados en carrera administrativa*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca. (2009). *Sentencia del 8 de octubre, Exp. 2003-08625*. Sección II, Subsección A.

Vargas G., W., y Delgado O., J. (2006). *Los cambios en la carrera administrativa a partir de la Constitución Política de 1991*. Medellín: Universidad de Antioquia.

Vergara M., H. (2006). *Elementos de derecho administrativo y de administración pública: temas para preparar el concurso público de méritos que se realizará para la carrera administrativa*. Medellín: L. Vieco e Hijas.

Villegas A., J. (2013). *Derecho administrativo laboral*. Bogotá: Temis.