



**Función Pública**

# Concepto Sala de Consulta C.E. 2029 de 2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil once (2011).-

Rad. No. : 11001-03-06-000-2010-00092-00

Número interno: 2029

Referencia: FUNCIÓN PÚBLICA. SERVIDORES PÚBLICOS DEL SENADO DE LA REPÚBLICA. CARRERA ADMINISTRATIVA.

Actor: MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTITICA.

El Ministro del Interior y de Justicia, Dr. Fabio Valencia Cossio, por solicitud del señor Presidente del Senado de la República, consultó a la Sala sobre los derechos de carrera de servidores públicos vinculados a esa Corporación.

Como antecedente cita, en primer lugar, el numeral 2 del artículo 384 de la ley 5 de 1992, relacionado con los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público, clasificados por esa norma, según el origen de su nombramiento, en cargos de elección, de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; menciona también el parágrafo del artículo 384 que establece la aplicación, en lo que sea compatible, del régimen general de carrera administrativa de la Rama Ejecutiva a los empleados de la Rama Legislativa, mientras se expiden las normas que regirían a éstos últimos.

Posteriormente alude a la ley 909 de 2004, sosteniendo que ella se aplica con carácter supletorio a los servidores públicos de las carreras especiales, entre las que se encuentra la del personal de carrera del Congreso de la República.

Agrega que según la autorización concedida por el artículo 392 transitorio de la ley 5 de 1992, las Mesas Directivas del Senado de la República y la Cámara de Representantes expidieron la Resolución No. 001 de 1992, que establecía "el estatuto de carrera administrativa de los empleados de la Rama Legislativa". No obstante, dicho acto administrativo fue declarado nulo por la Sección Segunda -Subsección B- del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de septiembre de 1997, radicación 13397.

Expone que el artículo 6 de la ley 186 de 1995 facultaba a las Mesas Directivas de las mencionadas Corporaciones "para modificar los estatutos  
**Concepto Sala de Consulta C.E. 2029 de** **1** **EVA - Gestor Normativo**  
**2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta**  
**y Servicio Civil**

de administración de personal de los empleados de cada una de las Cámaras”; sin embargo, esa disposición fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C - 830 de 2001.

Relata que igual suerte corrió el artículo 14 de la ley 443 de 1998, cuya inexecutable fue declarada por sentencia C - 372 de 1999.

Por último, menciona los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado radicados bajo los números 1506 de 2003 y 1658 de 2005, sobre los efectos de la declaratoria de ilegalidad atrás referida, y la carrera administrativa especial de las contralorías territoriales, respectivamente.

Con base en lo antecedentes expuestos, solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil absolver los siguientes interrogantes:

1. *“¿Puede la Dirección General Administrativa del Senado de la República nombrar, con carácter provisional y por razones atinentes a necesidades del servicio, a funcionarios que acrediten estudios y previa verificación del perfil, teniendo en cuenta que no existe lista de elegibles?”.*

2. *“¿Tiene competencia la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar la carrera administrativa del Congreso, mientras se expide la ley especial que la regule, si se tiene en cuenta que el artículo 130 de la C. P. no le otorga esta facultad respecto de las carreras especiales?”.*

3. *“Con fundamento en la Resolución 001 de 1992, que reglamentó la carrera de la Rama Legislativa y que fue declarada nula por la Sección Segunda del Consejo de Estado y aplicando de manera retroactiva la ley 443 de 1998 con el fin de convalidar el ingreso a la carrera, un grupo de funcionarios del Senado de la República fue inscrito en carrera con posterioridad a la declaratoria de nulidad antes enunciada. Teniendo en cuenta lo expuesto sobre el particular por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado 1506 de 26 de junio de 2003, que asevero (sic) que dichos funcionarios no tienen derechos de carrera y que no es posible mediante la aplicación retroactiva de la ley 443 convalidar una situación irregular, se pregunta: ¿Cuál es la situación de los funcionarios que, con fundamento en la Resolución 001 de 1992 fueron inscritos en carrera administrativa?”.*

4. *“¿Incurrir los funcionarios directivos del Senado de la República en una conducta irregular, al continuar reconociéndole derechos de carrera a los funcionarios que fueron inscritos en la misma en contravía de lo determinado en las distintas sentencias y conceptos emitidos por el Consejo de Estado, a que se ha hecho alusión?”.*

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La carrera administrativa en el Congreso de la República. Los empleados de la Rama Legislativa de Poder Público: Principios que los rigen y su clasificación.

##### 1.1. Marco Constitucional.

Tal como lo sostuvo la Sala en el concepto 1976 de febrero 4 de 2010, reiterando lo que en su momento se dijo en el concepto 1658 del 31 de agosto de 2005, el artículo 125 de la Constitución Política<sup>1</sup> (C.P.) establece como principio general que los empleos en las entidades y órganos del Estado deben proveerse por el sistema de carrera, de donde se sigue que el ingreso a los cargos de carrera debe fundarse en el mérito y las calidades de los aspirantes a los mismos a través de un concurso público. La norma constitucional exceptúa de lo anterior, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

El mérito, como fundamento de los aludidos concursos, es el reflejo de superiores valores<sup>2</sup> y principios<sup>3</sup> constitucionales como son la justicia, la igualdad (que también es un principio y un derecho) y la participación, así como el respeto a la dignidad humana y el trabajo, respectivamente

(Preámbulo y artículo 1 de la C.P.). Tales valores y principios se concretan normativamente, no sólo en el citado artículo 125, sino en los artículos 40, numeral 74 y 2095 de la C.P.

Lo expuesto está conforme con la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, en particular la sentencia C - 588 de 2009 que reitera pronunciamientos anteriores<sup>6</sup> y constituye el último precedente sobre la materia, comoquiera que declaró la inexecutable del Acto Legislativo 1 de 2008 que, como se recordará, pretendía establecer para los empleados en provisionalidad un derecho de inscripción automática en carrera administrativa.

Ahora bien, tal como lo afirmó la Sala en los conceptos arriba referidos, del artículo 125 C.P., se deriva otra regla que resulta relevante para los fines de este concepto, según la cual existe reserva de ley<sup>7</sup> en materia de regulación de la carrera administrativa y el régimen de administración de personal de los servidores públicos.

En el caso específico del Congreso de la República dicha regla se ve reflejada, además, en el artículo 150, numeral 20 de la C.P. en concordancia con el artículo 135, numeral 5, ibídem, que disponen:

*“ARTÍCULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:*

*(...)*

*20. Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras”.*

A su vez, el artículo 135 C.P., en lo pertinente señala:

*“ARTÍCULO 135. Son facultades de cada Cámara:*

*(...)*

*5. Proveer los empleos creados por la ley para el cumplimiento de sus funciones”.*

De las normas constitucionales citadas puede deducirse que el Congreso de la República, como órgano del Estado, debe seguir el principio general según el cual sus empleos deben proveerse por el sistema de carrera y que lo relacionado con la creación, provisión y supresión de los empleos que requiera para su funcionamiento, será materia de regulación legal.

## 1.2. Marco Legal

La ley 5 de 19928, estableció en el Título V los servicios administrativos y técnicos de la Cámaras Legislativas, señalando en desarrollo de ese asunto, la estructura y organización básica, y planta de personal del Senado de la República (arts. 368 y 369) y de la Cámara de Representantes (arts. 382 y 383), respectivamente.

Por su parte, en el artículo 384 ibídem dispuso los principios y clasificación de los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 384.- Principios que regulan.- Los servicios administrativos y técnicos del Senado de la República y de la Cámara de Representantes que por medio de esta Ley se establecen, se fundamentan en los siguientes principios:

1. Los funcionarios al servicio de las Corporaciones, se denominan empleados de la Rama Legislativa del Poder Público.
2. Por el origen de su nombramiento, los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público se clasifican de la siguiente manera:
  - a) De elección. Secretarios Generales, Subsecretarios Generales, Secretarios Generales de las Comisiones Constitucionales y los Coordinadores de las Comisiones legales de ambas Cámaras y el Director General del Senado de la República.
  - b) De libre nombramiento y remoción. Director Administrativo de la Cámara de Representantes, Jefes de División y Jefes de Oficina del Senado y la Cámara, Secretarios Privados, Profesionales Universitarios, Secretarías Ejecutivas y Conductores de las Presidencias y Vicepresidencias de ambas Cámaras; la Secretaria Ejecutiva, los Conductores, el Profesional II y el Asistente Administrativo de la Secretaría General de ambas Cámaras; el Profesional Universitario, y el conductor del Director General del Senado; conductores de las Comisiones Constitucionales y Legales de ambas Cámaras; el Asistente de Control de Cuentas de la Cámara, los Coordinadores de las Comisiones de Ética de ambas Cámaras y de Derechos Humanos y Audiencias, y de la Comisión adscrita a organismos Nacionales e Internacionales del Senado. Así mismo, los empleados de la Unidad de Trabajo Legislativo de que trata la presente Ley;
  - c) De carrera administrativa. Los demás cargos o empleos no contemplados en los literales anteriores.
3. La función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad y, en general, conforme lo establece el artículo 209 de la Constitución Nacional.

PARÁGRAFO. Mientras se expiden las normas sobre carrera administrativa de la Rama Legislativa, se aplicarán las normas generales de Carrera Administrativa que rigen para la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo que sean compatibles.” (Negrilla textual. Subraya la Sala).

Como lo sostuvo la Sala en el concepto 1997 del 13 de mayo de 2010, de esta norma se pueden extraer los siguientes criterios:

- 1) Los funcionarios al servicio del Senado de la República y la Cámara de Representantes, se denominan jurídicamente *“empleados de la Rama Legislativa del Poder Público”*.
- 2) Dichos empleados son de tres clases:
  - a) De elección: los cargos taxativamente indicados en la norma cuyos titulares son elegidos por las respectivas Corporaciones;
  - b) De libre nombramiento y remoción: los cargos taxativamente enumerados en la disposición;
  - c) De carrera: constituye la regla general y corresponde a los demás cargos o empleos. El párrafo remite expresamente a las normas generales de carrera administrativa de la Rama Ejecutiva del Poder Público, mientras se expiden las normas sobre carrera administrativa de la Rama Legislativa. Dado que a la fecha no se han expedido éstas, se deberán aplicar aquellas, contenidas principalmente en la ley 909 de 2004, según se explica enseguida.

La mencionada ley 909 del 23 de septiembre de 2004, “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, establece en el artículo 55 la aplicación de las normas de administración de personal que ella contempla y las de los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 a los empleados de las entidades a que se refiere el artículo 3 de la misma, entre las cuales se encuentra el Congreso de la República. En efecto:

“ARTÍCULO 55.- *Régimen de administración de personal.*- Las normas de administración de personal contempladas en la presente ley y en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y demás normas que los modifiquen, reglamenten, sustituyan o adicionen, se aplicarán a los empleados que presten sus servicios en las entidades a que se refiere el artículo 3º de la presente ley9.

PARÁGRAFO.- Derogado por el artículo 14 de la ley 1033 de 2006” (Resalta la Sala).

Por su parte, el artículo 3 de la ley 909 dispone:

“ARTÍCULO 3º.- *Campo de aplicación de la presente ley.*

1. (...)

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

(...)

- El que regula el personal de carrera del Congreso de la República.

PARÁGRAFO 2º (sic).- Mientras se expida (sic) las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”. (Destaca la Sala).

Como se observa, las normas precitadas establecen que las disposiciones sobre administración de personal contenidas en la ley 909 y en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, y sus decretos reglamentarios, se aplican a los empleados del Congreso de la República. Y el párrafo 2 del artículo 3 de la ley 909 reafirma lo dispuesto en el párrafo del artículo 384 de la ley 5ª de 1992, en el sentido que mientras se expiden las normas para los empleados de carrera del Congreso de la República, les serán aplicables las disposiciones de la ley 909 de 2004.

De esta manera, puede afirmarse que se trata de la aplicación directa de las normas de la ley 909, por la remisión expresa anotada, y no de su aplicación con carácter supletorio, ya que ésta se dará solamente cuando se haya expedido la legislación del personal de carrera del Congreso y se presente algún vacío que sea necesario llenar con la ley 909.

Establecido el marco constitucional y legal aplicable a los empleados de carrera de la Rama Legislativa del Poder Público, pasará la Sala a examinar el organismo competente para la vigilancia de esa carrera.

2. La administración y vigilancia de la carrera administrativa en la Rama Legislativa del Poder Público.

El artículo 130 C.P. previó la existencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC-, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 130. Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

Por su parte, la ley 909 de 2004 sobre el particular dispone:

“ARTÍCULO 7°. *Naturaleza de la Comisión Nacional del Servicio Civil.* La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio.

Con el fin de garantizar la plena vigencia del principio de mérito en el empleo público de carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil actuará de acuerdo con los principios de objetividad, independencia e imparcialidad”.

Respecto de las carreras especiales y la excepción prevista en el artículo 130 C.P. para que la CNSC administre y vigile tales carreras, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia<sup>10</sup> ha señalado que existen carreras especiales de origen constitucional y de origen legal. Respecto de las primeras, se ha sostenido la existencia de las siguientes, según se desprende de la sentencia C-175 de 2006 de esa Corporación:

- La de las Fuerzas Militares, prevista en el artículo 217 de la Constitución Política<sup>11</sup>.
- La de la Policía Nacional, consagrada en el inciso 3º del artículo 218 de la Constitución Política 12.
- La de la Fiscalía General de la Nación, contemplada en el artículo 253 de la Constitución Política 13.
- La de la Rama Judicial, prevista en el numeral primero del artículo 256 de la Constitución Política 14.
- La de la Contraloría General de la República, consagrada en el numeral 10 del artículo 268 de la Constitución Política 15.
- La de la Procuraduría General de la Nación, contemplada en el artículo 279 de la Constitución Política 16.
- El régimen de las universidades estatales en virtud de lo dispuesto por el artículo 69 de la Constitución Política<sup>17</sup>.

Así las cosas, lo que sostiene dicha jurisprudencia es que frente a las carreras de origen constitucional la CNSC queda excluida de su administración y vigilancia, por mandato del artículo 130 C.P.

En materia de carreras especiales de origen legal, la jurisprudencia constitucional<sup>18</sup>, y particularmente la sentencia C – 753 de 2008, se ha pronunciado en el sentido que es competencia de la CNSC administrar y vigilar tales sistemas de carrera administrativa. En efecto, se afirma en dicha providencia:

“Como fundamento de esta interpretación ha encontrado la Corte la consagración de la carrera administrativa como regla general –art. 125 CN- y la asignación a la Comisión Nacional de su administración y vigilancia, razón por la cual la exclusión de competencia contenida en el mismo artículo 125 Superior sólo puede interpretarse con un alcance excepcional y de manera restrictiva respecto de las carreras administrativas

**Concepto Sala de Consulta C.E. 2029 de 2011 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil**

**6**

**EVA - Gestor Normativo**

especiales de orden constitucional, quedando por tanto las carreras administrativas especiales de orden legal bajo la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para la Corte ello es así, por cuanto de aceptar que el Legislador puede otorgar las funciones propias de la Comisión Nacional del Servicio Civil a otras entidades u organismos en el caso de los regímenes especiales de carrera administrativa de orden legal, se estaría reduciendo y desvirtuando la función de la Comisión y convirtiendo la regla general en excepción”.

Y reiterando lo sostenido en la sentencia C - 1230 de 2005, afirmó:

“...la Constitución del 91 consagró el sistema de carrera como la regla general para el acceso al servicio público (art. 125), y con ese mismo propósito le asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia “de las carreras de los servidores públicos” (art. 130). Si ello es así, no queda duda que la exclusión de competencia prevista en el artículo 130 Superior para la Comisión es de alcance excepcional y de interpretación restrictiva y, por tanto, debe entenderse que sólo opera para los sistemas especiales de carrera de origen estrictamente constitucional, o lo que es igual, para aquellos señalados expresamente por la propia Carta Política, como son el de los servidores públicos pertenecientes a las siguientes entidades estatales: (i) las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (C.P. arts. 217 y 218); (ii) la Fiscalía General de la Nación (C.P. art. 253); (iii) la Rama Judicial del poder público (C.P. art. 256-1°); (iv) la Contraloría General de la República (C.P. art. 268-10°); la Procuraduría General de la Nación (C.P. art. 279) y las universidades del Estado (C.P. art. 69). De admitirse como válida la tesis contraria: que el legislador puede asignarle a órganos distintos la función de administración y/o vigilancia de las carreras especiales de origen legal, la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil se vería desplaza y reducida a la mínima expresión, toda vez que estaría llamada a desarrollarse en forma casi exclusiva únicamente sobre la carrera general u ordinaria, convirtiéndose la regla general en la excepción.

En este mismo sentido, ha encontrado esta Corte que el artículo 130 Superior se refiere a la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil desde dos aspectos puntuales: (i) el primero, hace referencia a la competencia de la Comisión respecto de “*las carreras de los servidores públicos*”, disposición que tiene un alcance general, razón por la cual no se agota en la carrera administrativa general sino que se proyecta sobre otras carreras especiales, excepción hecha de las carreras especiales por voluntad del constituyente. El segundo aspecto, hace referencia a que las funciones asignadas a la Comisión para *administrar y vigilar* las carreras son indivisibles, razón por la cual dichas atribuciones no pueden compartirse o radicarse en otros organismos por voluntad del legislador.

Finalmente, la Corte ha encontrado que esta interpretación respecto de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar las carreras especiales de orden legal, es congruente con los principios, valores, derechos, objetivos y propósitos de la Constitución que informan tanto la carrera administrativa como la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, el principio de la derivación de las carreras especiales de la carrera administrativa general, y los límites a la configuración regulativa del legislador en relación con las competencias otorgadas por la propia Constitución a la Comisión Nacional del Servicio Civil, por cuanto una interpretación distinta contrariaría dichos postulados constitucionales esenciales”.

Por consiguiente, no cabe duda que, a luz de la jurisprudencia constitucional y con fundamento en una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 superiores, los sistemas especiales de carrera de origen legal, deben ser administrados y vigilados por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Expuesto lo anterior, cabe preguntarse: ¿la carrera administrativa para los servidores de la Rama Legislativa del Poder Público es de creación constitucional o legal?

Como se estableció en el punto 1 de este concepto, de las normas constitucionales allí examinadas no se deduce que la carrera administrativa en el Congreso de la República tenga origen constitucional si se considera que esas mismas normas no aluden al tema, limitándose a deferir en la ley la “*creación de los servicios administrativos y técnicos de las cámaras*”. Es más, tampoco la Constitución alude a que en materia de personal, el Congreso esté sometido a un régimen especial de manejo de personal. Simplemente dispone que la provisión de los empleos se hará según lo determine la ley.

Esta tesis se reafirma con lo señalado en su momento en la sentencia C - 830 de 2001 de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable el artículo 6 de la ley 186 de 1995 que facultaba a las Mesas Directiva de las Cámaras para “*expedir el estatuto de personal*” de esas Corporaciones. Allí se manifestó que el régimen de personal del Congreso de la República, ni siquiera es objeto de ley orgánica, sino que debe ser establecido mediante ley ordinaria.

Ahora, tal ley ordinaria es en los actuales momentos la 909 de 2004, que como se concluyó en el numeral anterior es directamente aplicable a los empleados de carrera de la Rama Legislativa del Poder Público.

En consecuencia, la administración y vigilancia de la carrera administrativa en la Rama Legislativa del Poder Público, que es de creación legal y ha sido denominada por la ley 909 como “especial”, es competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con los artículos 125 y 130 C.P. y la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Por último, es preciso manifestar que para la existencia de una carrera “especial”, no basta que la ley le de ese título, sino que de conformidad con los artículos 125, 130 y 150 de la Carta, y la jurisprudencia constitucional citada, el Legislador se encuentra facultado para crear carreras administrativas especiales, siempre y cuando exista una razón suficiente para ello, consistente en que se justifique la creación de la carrera especial por la naturaleza y las atribuciones de la respectiva entidad y que las normas de la carrera general no le permitan cumplir adecuadamente con sus funciones o interfieran negativamente en la consecución de sus objetivos.

### 3. La designación de servidores provisionales en cargos de carrera de la Rama Legislativa del Poder Público.

Como se ha sostenido en el presente concepto, respecto de los cargos de carrera de la Rama Legislativa del Poder Público resulta aplicable de manera directa las normas de la ley 909 de 2004 por remisión expresa de esa ley, en concordancia con el párrafo del artículo 384 de la ley 5 de 1992. Su aplicación con carácter supletorio, se dará solamente cuando en el futuro se expida la legislación del personal de carrera del Congreso y se presente algún vacío que sea necesario llenar con la ley 909 o aquellas que la modifiquen o adicione.

En tal sentido, es preciso reiterar la regla general según la cual la provisión de los empleos de carrera se debe realizar por concurso, previa convocatoria del mismo. Y “*mientras se surte el proceso de selección (...) una vez convocado el respectivo concurso*”, situación administrativa que no podrá prolongarse por más de seis meses, tal como lo establece el artículo 24 de la ley 909, lo jurídicamente procedente es encargar a los empleados de carrera, según se ordena en esa misma norma.

Los empleados de carrera, entonces, tienen derecho a ser encargados de estos empleos si cumplen los requisitos previstos en ese artículo y al efecto se establece un procedimiento conducente a garantizar el cubrimiento de las vacantes internamente con los servidores activos mediante designación sucesiva de quienes desempeñan cargos inferiores, de manera que si quienes tienen mejor derecho no acreditan las condiciones legales, el encargo entonces recaerá en el empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Así las cosas, la Sala reitera lo dicho en el concepto 1652 de julio 14 de 2005, en donde se afirmó que la ley 909 de 2004 restringió los nombramientos provisionales de manera drástica, al punto que redujo su mención en la ley para sólo dos eventos, a saber:

- i) Las vacancias temporales de cargos ocupados por empleados de carrera, por el tiempo que dure la situación, si no fuere posible encargar empleados escalafonados (art. 25) 19
- ii) Mientras se produce la calificación del período de prueba en el caso de los empleados inscritos en carrera administrativa que superen un concurso (art. 31.5).

No escapa a la Sala que respecto de los nombramientos provisionales y sus prórrogas, se encuentra el párrafo transitorio del artículo 8º del decreto 1227 de 2005, tal como está modificado en la actualidad por el artículo 1º del decreto 4968 del 27 de diciembre de 2007, que dispone:

“Decreto 4968 de 2007.- Artículo 1º.- Modifícase el párrafo transitorio del artículo 8º del Decreto 1227 de 2005, modificado por los artículos 1º de los Decretos 3820 de 2005 y 1937 de 2007, el cual quedará así:



"PARÁGRAFO TRANSITORIO. La Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar encargos o nombramientos provisionales, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de la entidad o por razones de estricta necesidad del servicio lo justifique el jefe de la entidad. En estos casos el término de duración del encargo o del nombramiento provisional no podrán exceder de 6 meses, plazo dentro del cual se deberá convocar el empleo a concurso. Cuando circunstancias especiales impidan la realización de la convocatoria a concurso en el término señalado, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá autorizar la prórroga de los encargos y de los nombramientos provisionales hasta cuando esta pueda ser realizada.

El nombramiento provisional procederá de manera excepcional siempre que no haya empleados de carrera que cumplan con los requisitos y el perfil para ser encargados y no haya lista de elegibles vigente que pueda ser utilizada.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá resolver las solicitudes de autorización para encargos o nombramientos provisionales o su prórroga, dentro de los 5 días siguientes al recibo de la solicitud, si en este término la Comisión no se pronuncia, con el fin de garantizar la prestación del servicio, el nombramiento o encargo se entenderán prorrogados o la entidad solicitante podrá proceder a proveer el empleo, según sea el caso.

No se requerirá autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer vacancias temporales de empleos de carrera, tales como vacaciones, licencias, comisiones, encargos o suspensión en el ejercicio del cargo. Tampoco se requerirá de autorización si el empleo a proveer se encuentra convocado a concurso por parte del citado organismo.

En aplicación de los principios constitucionales consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la Comisión Nacional del Servicio Civil podrá delegar en los respectivos nominadores, quienes serán responsables de dar cumplimiento a las normas de carrera administrativa, la función de proveer empleos de carrera de manera transitoria sin su autorización, en los casos y términos antes señalados. El acto mediante el cual se efectúe el encargo o nombramiento provisional debe estar debidamente justificado" (Destaca la Sala).

Se observa que el reglamento introduce variantes en los nombramientos provisionales que permiten enfrentar situaciones que en la práctica pueden presentarse en la actividad administrativa, cuando aún no se ha convocado a concurso, pero obviamente bajo el supuesto de que se trata de situaciones excepcionales, que en manera alguna reemplazan la regla general tantas veces citada.

En tales casos de excepción, la norma reglamentaria es clara en señalar que deben observarse las siguientes exigencias:

- Autorización previa de la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- Que existan procesos de reestructuración, fusión, transformación o liquidación de entidades, o
- Por necesidades del servicio, debidamente justificadas por el jefe de la entidad.

En consecuencia, en el caso excepcional de que resulte necesario realizar nombramientos provisionales o la prórroga de los mismos en cargos pertenecientes a la carrera de la Rama Legislativa del Poder Público, el nominador o su delegado debe cumplir con todos los requisitos indicados en precedencia, salvo que se trate de proveer una de las vacancias temporales exceptuadas de conformidad con la norma transcrita, en concordancia con el artículo 25 de la ley 909 de 2004.

Insiste la Sala que las previsiones del decreto reglamentario arriba copiado son una herramienta para remediar situaciones que pueden comprometer el ejercicio eficiente de la función pública, pero en manera alguna alteran la regla general de carácter constitucional según la cual la provisión de los empleos de carrera se debe realizar por concurso, previa convocatoria del mismo. Igualmente llama la atención sobre la transitoriedad normativa de ese acto administrativo, lo que por definición no puede llegar a convertirse en una regla permanente que lleve a desconocer "los principios de la carrera administrativa establecidos en el sistema de administración de personal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico, con la consecuente lesión de los derechos de los trabajadores escalafonados en contravía de los principios constitucionales que los rigen"20.

4. Reiteración de la Doctrina de la Sala. Cumplimiento de providencias judiciales y deber de obediencia al ordenamiento jurídico.

Subsección B- del Consejo de Estado del 25 de septiembre de 1997, radicación 13397), “y aplicando de manera retroactiva la ley 443 de 1998 con el fin de convalidar el ingreso a la carrera, un grupo de funcionarios del Senado de la República fue inscrito en carrera”.

Sobre el particular, es preciso manifestar que tal hipótesis fue objeto de consideración por la Sala en el concepto 1506 del 26 de junio de 2003, antes de la expedición de la ley 909 de 2004, oportunidad en la que se preguntaba puntualmente por la carrera administrativa en la Cámara de Representantes. No obstante, como quiera que los servidores vinculados a esa Corporación y los del Senado de la República, son considerados por la ley “empleados de la Rama Legislativa del Poder Público”, y que el artículo 384 de la Ley 5 de 1992, se encuentra en el capítulo de “disposiciones comunes”, y por tanto el régimen de carrera comparte los mismos principios y reglas para ambas Corporaciones, la Sala estima que debe reiterar la doctrina allí expuesta por ser directamente aplicable al presente concepto.

Para mayor claridad se transcribirán las preguntas y respuestas dadas en el concepto 1506, que son del siguiente tenor:

1. “¿Cuáles son los efectos del fallo de nulidad proferido por el Consejo de Estado el día 27 de septiembre de 2002, confirmado en sentencia del 26 de noviembre del mismo año, cuya copia se anexa?”

Contestó la Sala: “Las consecuencias del fallo de nulidad proferido por el Consejo de Estado el 27 de septiembre de 1.997 (realmente es del 25 de septiembre), confirmado en sentencia del 26 de noviembre de 2.002, consisten en dejar sin efecto los procedimientos e inscripciones en carrera administrativa, por haber desaparecido el fundamento de derecho que los sustentaba, al ser contrario al ordenamiento constitucional que fija en el legislador la competencia para regular los aspectos relacionados con la carrera administrativa”. (Paréntesis fuera de texto).

2. “¿En qué situación quedan los funcionarios que ingresaron a la Cámara de Representantes bajo el procedimiento establecido en la Resolución No. 001 de 1992?”

Respondió la Sala: “Los funcionarios que ingresaron a la Cámara de Representantes bajo el procedimiento establecido en la Resolución No. 001 de 1.992, no están amparados por el fuero de estabilidad porque dichos procedimientos carecen de fundamento jurídico, al desaparecer el acto administrativo que los sustentaba”.

3. ¿Qué naturaleza tienen los cargos de la Corporación a la luz del artículo 125 de la Constitución y 382 de la Ley 5ª de 1992?

Contestó la Sala: “Los cargos de la corporación, a la luz de los artículos 125 de la Carta Política, 369 y 383 de la ley 5ª de 1.992 que establecen la planta de personal del Senado y Cámara de Representantes, son de elección o libre nombramiento y remoción, si corresponden a los enunciados en los literales a y b del artículo 384 ibídem, en caso contrario, son de carrera administrativa”.

4. “¿Los funcionarios que se amparan en el régimen de carrera establecido en la Resolución 001 de 1992, tienen derechos adquiridos de carrera administrativa?”

Respondió la Sala: “Los funcionarios que se amparan en el régimen de carrera establecido en la resolución 001 de 1.992 no tienen status de escalafonados, sino el de funcionarios de libre nombramiento y remoción que ocupan en provisionalidad empleos de carrera”.

5. “¿Les es aplicable a los funcionarios de carrera administrativa del Congreso el régimen general de carrera establecido en la Ley 443 de 1998?”

Contestó la Sala: “Mientras se expide la ley que regule el régimen de carrera de la Rama Legislativa, son aplicables las disposiciones de la ley 443 de 1.998”.

6. “¿Puede aplicarse retroactivamente la Ley 443 de 1998 para convalidar el ingreso a carrera administrativa de los funcionarios?”

Respondió la Sala: “No es viable la aplicación retroactiva de la ley 443 de 1.998 para efecto de convalidar situaciones ocurridas con anterioridad a su vigencia, no solo por el principio de irretroactividad, sino porque no es viable convalidar situaciones que en virtud del fallo de nulidad de la Resolución 01 de 1.992, se consideran inexistentes en el mundo jurídico”.

7. “¿Qué estabilidad tienen los funcionarios de carrera administrativa de la Cámara de Representantes?”

Respondió la Sala: “Los funcionarios inscritos en la carrera administrativa de la Cámara de Representantes con fundamento en la Resolución 01 de 1.992, no tienen el status de escalafonados y por tanto no gozan del fuero de estabilidad. Su condición es la de funcionarios de libre nombramiento y remoción que ocupan en provisionalidad empleos de carrera”. (Resalta la Sala).

De esta manera, debe concluirse que con posterioridad a la declaratoria de nulidad de la Resolución 001 de 1992 (*sentencia de la Sección Segunda -Subsección B- del Consejo de Estado del 25 de septiembre de 1997, radicación 13397*), no tenía sustento normativo alguno el nombramiento de empleados de la Rama Legislativa del Poder Público en cargos de carrera con base en un acto administrativo declarado nulo, y que tampoco era posible aplicar retroactivamente la ley 443 de 1998 a tales servidores públicos. Y quienes hubieren sido nombrados antes de la declaratoria de nulidad, no están inscritos en carrera administrativa ni gozan del fuero de estabilidad que de ella se deriva.

Estima la Sala que las circunstancias planteadas en la consulta formulada no se presentarían si se hubiere dado estricto cumplimiento a la decisión judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado referida en precedencia y a la doctrina de la Sala vertida en el concepto 1506 de 2003.

En este sentido, la Sala reitera lo dicho en los conceptos 1878 y 1878 A de abril 29 y noviembre 13 de 2008 y 1956 de septiembre 10 de 2009, en el sentido que los fallos judiciales en firme son obligatorios y, por ende, su cumplimiento no se encuentra sujeto a la evaluación de conveniencia de sus destinatarios, más aún cuando éstos son servidores públicos, quienes con más veras están especialmente obligados a acatar las decisiones judiciales<sup>21</sup>.

Igualmente, es preciso recordar el *deber de obediencia al ordenamiento jurídico*, que se encuentra expresamente consagrado en los artículos 4, inciso segundo, y 95 de la Constitución Política, el cual se complementa con el artículo 6 ibídem, cuando dispone que los particulares son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Así las cosas, las normas jurídicas y las decisiones judiciales, independientemente de su jerarquía, obligan a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerlas efectivas; la autoridad a la que se ha encomendado su ejecución incurre en responsabilidad, al violarla, si omite la actividad que para tal efecto le es propia o hace algo que se le prohíbe. De esta manera, tal *deber* rige la operatividad del Estado de Derecho y hace posible el funcionamiento de las instituciones dentro del esquema de la organización jurídica y política previsto en la Constitución.

En el caso de las autoridades públicas el deber de obediencia al ordenamiento jurídico constituye además un presupuesto fundamental para el ejercicio de las competencias, de acuerdo con lo previsto en el artículo 121 de la Carta, según el cual “*Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley*”, lo que además hace que la competencia sea un presupuesto de validez de los actos que se profieren, de manera que si una autoridad pública expide un acto sin ser titular de ella, éste carece de validez, o dicho en otras palabras, es nulo.

En consecuencia, la omisión del deber de obediencia del ordenamiento jurídico en general, y la inobservancia de las decisiones judiciales, en particular, implican para los servidores públicos la responsabilidad que las normas jurídicas establecen, la cual puede ser de diversa índole, esto

es, administrativa, disciplinaria, fiscal e incluso penal, según el caso.

En consideración a lo anteriormente expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil,

RESPONDE:

1. *“¿Puede la Dirección General Administrativa del Senado de la República nombrar, con carácter provisional y por razones atinentes a necesidades del servicio, a funcionarios que acrediten estudios y previa verificación del perfil, teniendo en cuenta que no existe lista de elegibles?”.*

No. Se deberán convocar a concurso los cargos o empleos de la planta de personal del Senado de la República que deban proveerse por el sistema de carrera administrativa y así obtener la lista de elegibles correspondiente. Y mientras se surte el proceso de selección una vez convocado el respectivo concurso, situación administrativa que no podrá prolongarse por más de seis meses, tal como lo establece el artículo 24 de la ley 909, lo jurídicamente procedente es encargar a los empleados de carrera, según se ordena en esa misma norma.

En el caso excepcional de que resulte necesario realizar nombramientos provisionales o la prórroga de los mismos en cargos pertenecientes a la carrera de la Rama Legislativa del Poder Público, el nominador o su delegado debe cumplir con todos los requisitos indicados en el decreto 4968 de 2007, en concordancia con lo dispuesto en la ley 909 de 2004, sin que dicha posibilidad altere la regla general de carácter constitucional según la cual la provisión de los empleos de carrera se debe realizar por concurso, previa convocatoria del mismo.

2. *“¿Tiene competencia la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar la carrera administrativa del Congreso, mientras se expide la ley especial que la regule, si se tiene en cuenta que el artículo 130 de la C. P. no le otorga esta facultad respecto de las carreras especiales?”.*

La Comisión Nacional del Servicio Civil es competente para administrar y vigilar la carrera administrativa de los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público, de conformidad con los artículos 3 y 7 de la ley 909 de 2004, en concordancia con los artículos 125 y 130 de la Constitución Política.

3. *“Con fundamento en la Resolución 001 de 1992, que reglamentó la carrera de la Rama Legislativa y que fue declarada nula por la Sección Segunda del Consejo de Estado y aplicando de manera retroactiva la ley 443 de 1998 con el fin de convalidar el ingreso a la carrera, un grupo de funcionarios del Senado de la República fue inscrito en carrera con posterioridad a la declaratoria de nulidad antes enunciada. Teniendo en cuenta lo expuesto sobre el particular por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado 1506 de 26 de junio de 2003, que asevero (sic) que dichos funcionarios no tienen derechos de carrera y que no es posible mediante la aplicación retroactiva de la ley 443 convalidar una situación irregular, se pregunta: ¿Cuál es la situación de los funcionarios que, con fundamento en la Resolución 001 de 1992 fueron inscritos en carrera administrativa?”.*

La Sala reitera lo dicho en la respuesta dada en el concepto 1506 del 26 de junio de 2003, la cual resulta plenamente aplicable para el Senado de la República, en donde textualmente manifestó: “Los funcionarios que ingresaron a la Cámara de Representantes bajo el procedimiento establecido en la Resolución No. 001 de 1.992, no están amparados por el fuero de estabilidad porque dichos procedimientos carecen de fundamento jurídico, al desaparecer el acto administrativo que los sustentaba”.

4. *“¿Incurrer los funcionarios directivos del Senado de la República en una conducta irregular, al continuar reconociéndole derechos de carrera a los funcionarios que fueron inscritos en la misma en contravía de lo determinado en las distintas sentencias y conceptos emitidos por el Consejo de Estado, a que se ha hecho alusión?”.*

La omisión del deber de obediencia del ordenamiento jurídico en general, y la inobservancia de las decisiones judiciales, en particular, implica

para los servidores públicos la responsabilidad que las normas jurídicas establecen, la cual puede ser de diversa índole, esto es, administrativa, disciplinaria, fiscal e incluso penal, según el caso.

Por Secretaría transcríbese al Señor Ministro del Interior y de Justicia y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

PRESIDENTE DE LA SALA

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

CONSEJERO

WILLIAM ZAMBRANO CETINA

CONSEJERO

LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO

CONSEJERO

JENNY GALINDO HUERTAS

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

1 “ARTÍCULO 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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...” (Se resalta).

2 “Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico y pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política”. Sobre el concepto de valores y principios constitucionales la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades. Cfr. Entre otras, las sentencias T-406 de 1992, C-546 de 1992, T- 079 de 1995, C- 445 de 1999, C-690 de 1996 y C-126 de 1998.

3 “Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional”. Ibídem.

4 “ARTÍCULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse...”.

5 “ARTÍCULO 209. 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...”

6 Cfr., entre otras sentencias de la Corte Constitucional, C - 317 de 1995, C- 306 de 1995, T - 384 y C - 1230 de 2005, C - 211 y C - 315 de 2007.

7 Es decir, la previsión o reserva que hace la Carta Política para que algunas materias solo puedan ser desarrolladas en términos normativos a través de disposiciones de rango legal.

8 “Por la cual se expide el reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes”.

9 La Corte Constitucional mediante la sentencia C-175 del 8 de marzo de 2006, declaró exequible, por el cargo de presunta violación del artículo 130 de la Constitución referente a la Comisión Nacional del Servicio Civil, el inciso del citado artículo 55. Manifestó la Corte:

“(...) En cuanto a la remisión que hace el legislador a los Decretos 2400 y 3074 de 1968, la Corte debe aclarar que la aplicación residual establecida por el artículo 55 de la Ley 909 de 2004, no contraviene la disposición constitucional invocada, pues no se trata de la aplicación directa de estas normas a carreras especiales de origen constitucional sino a una de carácter legal como la docente.

Por consiguiente, el artículo 55 de la Ley 909 de 2004 no viola el artículo 130 de la Constitución, pues el legislador no facultó a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que administre y vigile alguna de las carreras de origen constitucional que es lo que expresamente exceptúa el artículo 130 de la Constitución. Por el contrario, de acuerdo con el desarrollo de la jurisprudencia constitucional el legislador debe facultar a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que vigile y administre las carreras de creación legal”.

10 Sentencias C-391/93, C-356/94, C-507/95, C-746/99, C-725/00, C-517/02, C-313/03, C-734/03 y C-1230/05.

11 Constitución Política, Artículo 217: “(...) *la ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario que le es propio*”.

12 Constitución Política, Artículo 218: “(...) *la ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario*”.

13 Constitución Política, Artículo 253: “(...) *la ley determinará lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación al ingreso por carrera y al retiro por servicio, a las inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidades remuneración, prestaciones sociales y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados de su dependencia*”. En la sentencia C-517/02, la Corte estudió aspectos relacionados con la carrera especial de la Fiscalía General de la Nación.

14 Constitución Política, Artículo 256: *“Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: 1. Administrar la carrera judicial. (...)”*.

15 Constitución Política, Artículo 268: *“El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones: (...) 10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría (...)”*.

16 Constitución Política, Artículo 279: *“La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al concurso de méritos y al concurso del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo”*. En la sentencia C-963/03, la Corte estudió aspectos relacionados con la carrera especial de la Procuraduría General de la Nación.

17 Constitución Política, Artículo 69: *“La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado.”*

18 Sentencias C-1230 de 2005, C-175 de 2006 y C-211 de 2007.

19 Decreto 1227/05, art. 9º. *“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”*.

20 Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Radicación 25000-23-25-000-2005-01341 (0883-08).

21 Para el caso de las sentencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el artículo 174 del Código Contencioso Administrativo, según el cual las sentencias ejecutoriadas *“serán obligatorias para los particulares y la administración”* y, por ello, las autoridades a quienes corresponda su ejecución deberán adoptar *“las medidas necesarias para su cumplimiento”* (Art. 176 ibídem).

---

Fecha y hora de creación: 2024-09-30 16:29:13