



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1025 de 1997 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

EMPLEADO DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA - Régimen Prestacional Aplicable / EMPLEADO DE CARRERA / INCORPORACION AL EMPLEADO DEL DISTRITO CAPITAL DE SANTA FE DE BOGOTA - Régimen Prestacional Aplicable / EMPLEADO DE CARRERA / INCORPORACION AL SERVICIO / PROCESO DE SELECCION / EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Ocupación / EMPLEO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION - Régimen Prestacional Aplicable / EMPLEADO PUBLICO DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO

Un servidor público de libre nombramiento y remoción vinculado al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá con anterioridad a la vigencia de los decretos 1133 y 1808 de 1994, que es vinculado y continúa por designación en otro cargo de inferior, igual o superior jerarquía, tiene derecho a permanecer en el régimen prestacional de los empleados distritales, conforme al inciso 2o. del art. 1o. del decreto 1808 de 1994, siempre y cuando la incorporación o ascenso sea efectuada como resultado de un proceso de selección. Se excluye de la respuesta el caso de los empleados carrera, porque jurídicamente no es viable desvincular al servidor para designarlo en otro cargo de inferior jerarquía, ni hacer pronunciamientos condicionados a la aprobación del concurso de méritos. A los servidores públicos que con anterioridad a la vigencia de los decretos 1133 y 1808 de 1994 ocupaban cargos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción y que con posterioridad pasan a ocupar otro cargo de libre nombramiento y remoción en el Distrito Capital, no se les aplica el régimen de las prestaciones establecidas para los empleados distritales porque les corresponde el señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público.

Autorizada la publicación con oficio No. 628 del 14 de noviembre de 1997.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

Santafé de Bogotá, D.C, octubre treinta de mil novecientos noventa y siete.

Radicación número: 1025

Actor: MINISTRO DEL INTERIOR

Referencia: Régimen prestacional de los servidores públicos del Distrito Capital. Aplicación de los decretos 1133 y 1808 de 1994.

El señor Ministro del Interior a solicitud del Contralor de Santafé de Bogotá, formula a la Sala la siguiente consulta:

"1. Si un servidor público vinculado al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, con anterioridad a la vigencia de los decretos 1133 y 1808 de 1994 y es desvinculado del cargo que ejercía y designado en un cargo inferior, igual o superior de la misma entidad, con la condición de que aprobara un concurso de méritos para mantenerse en el mismo, sin que a éste último se acceda por motivo de incorporación o de ascenso como resultado de un proceso de selección reglado, tiene derecho a mantener el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital, o por el contrario tiene derecho al régimen prestacional de los empleados de la rama ejecutiva del poder público?"

2. A los servidores públicos, que con anterioridad a la vigencia de los decretos 1133 y 1808 de 1994 ocupaban en el Distrito Capital un cargo de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, y que con posterioridad a la vigencia de los citados decretos pasan a ocupar otro cargo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad se les aplica lo normado en los decretos 1133 y 1808 de 1994.

3. A los servidores públicos que con anterioridad a la vigencia de los decretos 1133 y 1808 de 1994 ocupaban en el Distrito Capital un cargo de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, y que con posterioridad a la vigencia de los citados decretos pasan a ocupar otro cargo de libre nombramiento y remoción en la misma entidad, continuarán gozando de las prestaciones que a nivel Distrital se les venía reconociendo y pagando, o pasan a gozar de las prestaciones establecidas para los funcionarios de la rama ejecutiva del poder público?"

LA SALA CONSIDERA:

Carrera Administrativa.

El artículo 125 de la Constitución Política determina que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que excluya la ley.

vinculados por concurso público y que 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.

Con fundamento en el artículo 150 numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política de 1991, la ley 4ª de 1992, estableció que el régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales es el fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas que determinan los criterios y objetivos contenidos en dicha ley; puntualiza en consecuencia, que las corporaciones públicas territoriales no podrán arrogarse esa facultad con lo cual reitera lo ordenado en la norma superior (art. 12).

El decreto 1133 de 1994.

En ejercicio de la facultad emanada de la ley 4ª de 1992, el régimen prestacional de los empleados públicos del Distrito Capital y sus entidades descentralizadas se determinó en el decreto 1133 de 1994, el cual dice :

"ART. 1º. Las personas que se vinculen al servicio público en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas a partir de la vigencia del presente decreto y que conforme a las disposiciones vigentes tengan el carácter de empleados públicos, gozarán del régimen prestacional señalado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público.

ART. 2º. - Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando.

Lo señalado en el inciso anterior se aplicará para los empleados públicos siempre y cuando continúen desempeñando los cargos para los que fueron nombrados en el momento de la vigencia de este decreto, como para los trabajadores oficiales mientras mantengan esa calidad.(la parte destacada en negrilla fue declarada nula por el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de junio de 1997, expediente 10426).

ART. 3º. - El presente decreto se entiende sin perjuicio de lo establecido por la Ley 100 de 1993 y normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten".

El decreto 1808 de 1994.

Por el cual se modificó el artículo 2º del decreto 1133, tiene el siguiente texto:

"Las personas que se hubieren vinculado como empleados públicos o trabajadores oficiales al Distrito Capital y a sus entidades descentralizadas antes de la vigencia de este decreto continuarán gozando de las prestaciones que se les venían reconociendo y pagando.

Lo señalado en el inciso anterior se aplicará a los empleados públicos que continúen desempeñando los cargos que ocupan a la fecha de la vigencia de este decreto u otros empleos cuando a ellos se acceda por motivo de incorporación o de ascenso como resultado de un proceso de selección, como para los trabajadores oficiales mientras mantengan esta calidad".

Respecto del control jurisdiccional de legalidad contra los decretos 1133 y 1808 de 1994, la Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció en la sentencia del 19 de junio de 1997, expediente 10426, la cual anuló el aparte del artículo 2º del decreto 1133 destacado atrás en negrilla. En la parte pertinente dice:

"El inciso 2º quebranta la obligación de respetar la carrera administrativa prevista en el literal b) de la ley 4ª de 1992, cuando restringe y limita el goce de las prestaciones que se venían reconociendo y pagando al hecho de permanecer en el mismo cargo para el cual fueron nombrados los empleados públicos, al momento de comenzar a regir el decreto.

Es claro, entonces, que la disposición acusada quebranta el artículo 125 de la Carta Política, conforme al cual el ingreso y ascenso en los cargos de carrera exige el cumplimiento previo de los requisitos y condiciones señalados en la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Esto es, que lesiona los derechos de los empleados de carrera en cuanto tendrían que permanecer estáticos en sus empleos, sin posibilidades de ascenso o promoción, para conservar el régimen prestacional correspondiente; o sea, que hace nugatorio el sistema de carrera".

La corporación también se ha pronunciado en esta misma materia en las sentencias del 6 de diciembre de 1995, expediente 10505; julio 17 de 1997 expediente 13178 y julio 31 de 1997, expediente 10342.

La Sala ha proferido los conceptos 881 y 893 del 5 de septiembre de 1996, los cuales se refirieron a los radicados bajo los Nos. 675, 678 y 785, relacionados con el régimen de prestaciones de los servidores públicos del distrito capital dispuesto por los decretos 1133 y 1808 de 1994. Sin embargo, debe anotarse que son anteriores a la sentencia de nulidad del 19 de junio de 1997, expediente 10426 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El decreto 1421 de 1993.

El Estatuto de Santafé de Bogotá, en el título VIII, regula lo relacionado con sus servidores públicos en los artículos 126, 127 y 129, cuyos textos dicen lo siguiente:

"Artículo 126. Carrera Administrativa. Los cargos en las entidades del Distrito son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, período fijo, 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.

Son aplicables en el Distrito Capital y sus entidades descentralizadas las disposiciones de la ley 27 de 1992 en los términos allí previstos, y sus disposiciones complementarias.

Artículo 127. Selección de trabajadores. La selección de los trabajadores oficiales se hará mediante convocatoria pública que deba realizarse con la antelación y publicidad suficientes para garantizar el mayor número posible de candidatos. El aspirante seleccionado se vinculará mediante contrato. El Concejo dictará la reglamentación correspondiente.

Artículo 129. Salarios y prestaciones. Regirán en el Distrito y sus entidades descentralizadas, las disposiciones que se dicten en desarrollo del artículo 12 de la ley 4ª de 1992.

Sin perjuicio de las disposiciones que conforme al inciso anterior dicte el Gobierno Nacional, los empleados y trabajadores del Distrito y sus entidades descentralizadas podrán acogerse al régimen de cesantías fijado en la ley 50 de 1991 (sic) y las disposiciones que la desarrollen o modifiquen" (La Sala estima que la norma se refiere a la ley 50 de 1990).

La ley 27 de 1992 por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución, es el régimen de carrera administrativa aplicable al Distrito porque las disposiciones que expresamente lo excluían fueron derogadas tácitamente por la remisión del artículo 126 del Decreto 1421 de 1993, arriba transcrito, tal como lo expresó esta Sala en el concepto 586 del 15 de abril de 1994.

Respecto a la provisión de empleos, la ley mencionada dispone:

"Artículo 10. - De la provisión de los empleos. La provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción se hará por nombramiento ordinario. La de los de carrera se hará, previo concurso, por nombramiento en período de prueba o por ascenso.

Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de carrera, los empleados inscritos en el escalafón de la carrera administrativa, tendrán derecho preferencial a ser encargados de dichos empleos si llenan los requisitos para su desempeño. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales.

El término de duración del encargo no podrá exceder del señalado para los nombramientos provisionales.

Artículo 21. - De la responsabilidad de los nominadores. La autoridad nominadora que efectúe nombramientos sin cumplir con las normas establecidas en la presente ley y en las normas reglamentarias, y los integrantes de las Comisiones Seccionales del Servicio Civil que por acción y omisión lo permitan, incurrirán en causal de mala conducta y responderán patrimonialmente en los términos previstos en el artículo 90 de la Constitución Política.

Las comisiones nacional y seccionales del Servicio Civil, de oficio o a solicitud de cualquier ciudadano, adoptarán las medidas pertinentes para verificar el hecho y solicitar que se aplique la sanción correspondiente.

El artículo 22 que establecía los requisitos para los empleos del nivel territorial dispuso con relación a los empleados del nivel territorial que por virtud de ella llegaren a desempeñar cargos de carrera administrativa de conformidad con las normas vigentes, debían acreditar dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en los manuales para los respectivos cargos o en las equivalencias establecidas en el decreto 583 de 1984, ley 61 de 1987 y decreto reglamentario 573 de 1988.

La Corte Constitucional declaró inexequibles los artículos 5º y 6º de la ley 61 de 1987 y 22 de la ley 27 de 1992, arriba comentado.

La Corte Constitucional en la referida sentencia, dijo:

"Estas normas facilitan el ingreso y permanencia en la carrera administrativa de cierto grupo de personas que, por estar en cierta condición (desempeñando un cargo de carrera), no requieren someterse a un proceso de selección para evaluar sus méritos y capacidades. Así se desconocen, no sólo el mandato constitucional contenido en el artículo 125 de la Constitución, que exige la convocación a concursos públicos para proveer los cargos de carrera, sino los principios generales que este sistema de selección tiene implícitos, tales como la igualdad y la eficacia en la administración pública (artículos 13 y 209 de la Constitución).

La excepción que establecen las normas acusadas para el ingreso a la carrera administrativa, desnaturaliza el sistema mismo, pues se dejan de lado conceptos como el mérito y capacidades, para darle paso a otros de diversa índole, permitiendo que la discrecionalidad de los nominadores rijan este sistema, e impidiendo que todos aquellos que crean tener las condiciones para desempeñar un empleo de esta naturaleza a nivel nacional o territorial, tengan la oportunidad de acceder a ellos, simplemente porque no hay un mecanismo que permita la evaluación de sus méritos y capacidades" (C - 030, del 30 de enero de 1997).

Respecto de los efectos de la declaración de inexequibilidad, la Corte Constitucional en la misma providencia expresó:

"(. . .) a los empleados que accedieron a la carrera administrativa con fundamento en las normas que serán declaradas inexequibles, no pueden desconocerles los derechos que en virtud de ello adquirieron. Es decir, quienes en desarrollo de los artículos 5º y 6º de la ley 61 de 1987 y 22 de la ley 27 de 1992, lograron obtener su inscripción en carrera administrativa, mantendrán esa situación, a pesar de esta declaración de inexequibilidad. Si bien no se agotó un proceso de selección adecuado, estos empleados, que al entrar en vigencia las normas acusadas, una vez cumplidos los requisitos allí señalados, fueron inscritos en carrera, adquirieron unos derechos que no pueden ser desconocidos por este fallo.

Derechos como el de permanecer en la carrera a pesar de que su ingreso a ella no cumplió todos los requisitos para el efecto.

Pero aquellos funcionarios que aún continúan vinculados a la administración ocupando un cargo de carrera, sin hallarse inscritos como tales, no podrán solicitar su inscripción, pues para ello deberán someterse al correspondiente proceso de selección que cada entidad a nivel nacional o territorial adopte, a efecto de proveer cargos de esta naturaleza".

Provisión de empleos en el Distrito Capital.

La condición de empleo de carrera o de libre nombramiento y remoción, es fijada por la ley y tal calidad es determinante para la clase de nombramiento que es procedente efectuar, como lo disponen los artículos 10 de la ley 27 de 1992 y 125 a 127 del decreto 1421 de 1993; por consiguiente, se trata de una competencia reglada, pues no son ni la administración ni el empleado los cuales tienen la facultad de definir la clase de nominación que se debe hacer. Por esta razón, no es pertinente realizar nombramiento sujeto a futura aprobación de concurso y menos aún establecer que el mismo es condición para mantener el régimen salarial y prestacional aplicable.

La designación en empleo de libre nombramiento y remoción implica una facultad discrecional de la administración, la cual está investida de la presunción de legalidad que supone la escogencia de la persona que reúne las mejores condiciones para la prestación del servicio; además la administración tiene libre facultad de su remoción. En tanto que para la designación de los empleos de carrera, la administración está limitada en el proceso de selección exclusivamente a quienes participaron en el concurso.

El Distrito Capital al efectuar los nombramientos debe observar las normas sobre carrera administrativa contempladas en los artículos 125 de la Constitución Política y 126 del Estatuto de Santafé de Bogotá. Por ello, si la designación se realiza sin observancia de dicha regulación, el nombramiento está viciado de nulidad, y puede generar responsabilidad pues el artículo 41, numeral 22 de la ley 200 de 1995 eleva a prohibición para los servidores públicos: "nombrar o elegir para el desempeño de cargos públicos, a personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios".

El artículo 4º de la ley 61 de 1987 dispone que los nombramientos en provisionalidad no pueden tener duración superior de cuatro (4) meses, salvo cuando se provee empleo cuyo titular se encuentre en comisión de estudios o cuando la respectiva comisión del servicio civil lo prorrogue a solicitud motivada del Distrito y en el acto que se disponga la prórroga no podrá exceder de cuatro (4) meses". En ningún caso podrá haber más de una prórroga, ni hacerse nombramiento en provisionalidad a un empleado que haya ingresado a la carrera administrativa".

La obligación de permanecer en el mismo cargo para tener derecho a las prestaciones que venía reconociendo y pagando el Distrito.

La Sala advierte que es nulo el condicionamiento de permanecer en el mismo cargo para el cual fueron nombrados empleados del Distrito en vigencia del aparte contenido en el artículo 2º del decreto 1133 a fin de tener derecho a continuar en el régimen salarial y prestacional del Distrito Capital de los empleados que permanecen o se incorporan a la carrera, según la providencia citada de la Sección II de esta Corporación; además la norma se modificó con el decreto 1808 de 1994, desde el 3 de agosto de 1994 y señaló que para tener derecho al régimen del Distrito los empleados públicos deben continuar en los cargos que ocupaban.

Antes de analizar cada uno de los aspectos comprendidos en las preguntas formuladas, debe hacerse precisión sobre los pronunciamientos tanto de esta corporación como de la Corte Constitucional, en el sentido de que en materia laboral los derechos adquiridos solamente pueden invocarse respecto de aquéllos que el funcionario ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependen del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene derecho.

Dijo el Consejo de Estado:

"De manera que el derecho invocado en la legislación anterior no tiene sustento constitucional y legal; los derechos adquiridos solo pueden determinarse en cada caso particular, cuando frente a un cambio de legislación, quien tenga un derecho causado invoque la ley vigente para cuando nació su derecho (Sección II, exp. 13178, julio 17 de 1997).

Por su parte la Corte Constitucional había precisado:

"En varias ocasiones, la jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal" (Sentencia C - 279 de 1995).

Respecto de los empleados públicos del Distrito Capital que estaban vinculados con anterioridad a la vigencia del nuevo régimen prestacional y que con posterioridad han pasado a desempeñar otros cargos, se presentan distintas situaciones respecto al derecho a conservar el anterior régimen prestacional del Distrito Capital conforme a las siguientes hipótesis:

1. Los que antes de la vigencia de los decretos 1133 y 1808 de 1994 eran empleados públicos de libre nombramiento y remoción y pasan a ocupar otro cargo distrital de libre nombramiento y remoción, no conservan el régimen salarial y prestacional del Distrito Capital, y en su lugar entra a regir el señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público.

2. Los que antes de la vigencia de la normatividad, estaban nombrados en provisionalidad y han consolidado su situación laboral por concurso o mediante nombramiento en provisionalidad, es decir, con agotamiento del proceso de selección correspondiente a la carrera y sin solución de continuidad, conservan el régimen salarial y prestacional del Distrito Capital, conforme al artículo 1º del decreto 1808 de 1994, porque estos servidores no ingresaron con posterioridad a su vigencia.

3. Los servidores públicos que con anterioridad a la vigencia de la normatividad ocupaban un cargo de carrera y con posterioridad pasan a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, no conservan el régimen salarial y prestacional del Distrito Capital, porque conforme al artículo 1º del decreto 1133 de 1994 ingresaron con posterioridad a su vigencia.

4. Los servidores que con anterioridad a la normatividad fueran de libre nombramiento y remoción y que conforme al artículo 22 de la ley 27 de 1992, llegaron a desempeñar cargos de carrera administrativa, en este caso conservan el régimen salarial y prestacional del Distrito Capital, conforme al artículo 1º del decreto 1133 de 1994, ya que no continúan desempeñando el cargo que ocupaban a la vigencia del decreto 1808 y tampoco acceden al servicio por motivo de incorporación o ascenso sino mediante el ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

Y dentro de esta misma hipótesis de los empleados de libre nombramiento y remoción, es posible la incorporación o ascenso como resultado de un proceso de selección donde el servidor conserve la aplicación del régimen de prestaciones que se le venía reconociendo y pagando (artículo 1º del decreto 1808 / 94).

En síntesis, los servidores públicos que estuvieren vinculados al Distrito Capital con anterioridad a la vigencia de los decretos 1133 y 1808 de 1994, continúan beneficiándose del régimen prestacional a que tenían derecho, siempre y cuando no se presente solución de continuidad y el nombramiento posterior a la vigencia de dicho régimen se realice conforme al orden jurídico de la carrera vigente, es decir, con el agotamiento de un proceso de selección para los empleados públicos, como lo ordenan los artículos 125 a 127 del decreto 1421 de 1993.

LA SALA RESPONDE:

Primera. Un servidor público de libre nombramiento y remoción vinculado al Distrito Capital de Santafé de Bogotá con anterioridad a la vigencia de los decretos 1133 y 1808 de 1994, que es desvinculado y continúe por designación en otro cargo de inferior, igual o superior jerarquía, tiene derecho a permanecer en el régimen prestacional de los empleados distritales, conforme al inciso 2º del artículo 1º del decreto 1808 de 1994, siempre y cuando la incorporación o ascenso sea efectuada como resultado de un proceso de selección.

Se excluye de la respuesta el caso de los empleados de carrera, porque jurídicamente no es viable desvincular al servidor para designarlo en otro cargo de inferior jerarquía, ni hacer nombramientos condicionados a la aprobación del concurso de méritos.

Segunda y tercera. A los servidores públicos que con anterioridad a la vigencia de los decretos 1133 y 1808 de 1994 ocupaban cargo de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción y que con posterioridad pasan a ocupar otro cargo de libre nombramiento y remoción en el Distrito Capital, no se les aplica el régimen de las prestaciones establecidas para los empleados distritales porque les corresponde el señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del poder público.

Transcríbese al señor Ministro del Interior. Igualmente envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

CESAR HOYOS SALAZAR
Presidente de la Sala
LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

JAVIER HENAO HIDRON
AUGUSTO TREJOS JARAMILLO
ELIZABETH CASTRO REYES
Secretaria de la Sala

Fecha y hora de creación: 2025-06-17 12:35:12