



Función Pública

Sentencia 2120 de 2012 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012).-

REF: EXPEDIENTE No. 110010325000200900141 00.

NÚMERO INTERNO: 2120-2009.(acumulado con el No.110010325000200900146 00)

AUTORIDADES NACIONALES.

ACTOR: LUIS FERNANDO ZAMBRANO VALLEJO Y OTROS.

Procede la Sala a proferir sentencia en la Acción Pública de Nulidad formulada en procesos acumulados de los señores Luis Fernando Zambrano Vallejo, Catalina Ramírez Barbosa y Claudia Lucy Martínez Pineros, en los cuales solicitaron la nulidad del Decreto No. 3905 de 8 de octubre de 2009, suscrito por el Presidente de la República.

LA DEMANDA

LUIS FERNANDO ZAMBRANO VALLEJO, CATALINA RAMÍREZ BARBOSA y CLAUDIA LUCY MARTÍNEZ PIÑEROS, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitaron:

- a) Declarar la nulidad del Decreto No. 3905 de 8 de octubre de 2009, suscrito por el Presidente de la República por medio del cual se reglamenta la Ley 909 de 2004.
- b) Decretar la suspensión provisional del Decreto citado *“pues la permanencia de los jubilables o prejubilables será inmediata y después de que se convocó públicamente a esos cargos a través de concurso público y abierto de méritos”*.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Constitución Política, el preámbulo y los artículos 13, 40-7, 86, 125 y 209; y de la Ley 909 de 2004, los artículos 2-1, 23, 27, 28, 29, 30 y 31.

Fundamentaron sus pretensiones, considerando que:

En el proceso No. 2120-09:

A través del decreto reglamentario demandado se fijó una situación de estabilidad y de carrera sin previo concurso público y abierto de méritos, al contemplar la admisión automática a la carrera administrativa de personas nombradas en provisionalidad que, antes del 24 de septiembre de 2004 les faltaran 3 años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación.

Este Decreto violó el artículo 125 de la Constitución Política, ya que la única forma de ingreso a la carrera administrativa, es mediante un concurso público; también violó los principios de igualdad, al conceder privilegios excesivos y exorbitantes a quienes se encuentran vinculados a la administración; el de la buena fe, pues el decreto es posterior a la norma que convocó a los concursos públicos y abiertos en los que los inscritos participaron para esos cargos; el de igualdad de acceso y oportunidad de vinculación, ya que la gran masa de posibles y eventuales concursantes no pueden acceder por esa inconstitucional permanencia.

Indicó que la norma demandada permite que los provisionales queden automáticamente en régimen de carrera sin agotar el mecanismo propio

para ello, como quiera que elevó a mérito el tiempo de servicios y la edad, creó una nueva forma de provisión de empleo (a quienes les faltara 3 años o menos para pensionarse) y permitió que la permanencia en el cargo se diera por el trascurso del tiempo y no por el mérito y las calidades de la persona.

En el proceso No. 2125-09:

Señalan las demandantes que el Decreto viola principios constitucionales tales como el derecho al trabajo que implica el derecho a obtener un empleo; el acceso a cargos públicos; los derechos de carrera administrativa; el principio de la función pública el cual debe estar al servicio de los intereses generales y no de la lesión grave a los intereses de los particulares; se apartó del concepto de mérito para llegar a los cargos y de los plazos fijados por la Ley 909 de 2004, pues restringe ciertos cargos sacándolos de la oferta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de la Protección Social, en el proceso No. 2120-09, se opuso a las pretensiones de la parte demandante indicando que el decreto acusado no inscribió en carrera administrativa a las personas que están próximas a pensionarse sino que lo que buscó fue proteger *“a los llamados pre pensionados quienes no tienen meras expectativas, sino unas muy próximas a realizarse, las cuales gozan de un privilegio especial proveniente de la Constitución Política”* (fls 40-49).

Este decreto, lejos de vulnerar normas constitucionales lo que hace es garantizar los derechos de personas que de alguna manera están en situación de vulnerabilidad ya que al estar a tres (3) años de pensionarse, quedarse sin trabajo dificultaría su situación; igualmente consideró que no se puede predicar violación del principio de igualdad, por cuanto no están en condiciones similares los que están empezando la vida laboral con los que llevan más de la mitad de su vida cotizando para ello.

El Departamento Administrativo de la Función Pública (fls. 53-57) indicó que la protección de los pre pensionados constituye una aplicación de las garantías Constitucionales en cuanto a los derechos que puedan resultar conculcados con las actuaciones de las autoridades públicas, es decir, la implementación de este tipo de medidas responde a imperativos superiores que representan en sí mismo, el desarrollo material de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

No es cierto que las personas que participaron en los procesos de selección no pueden aplicar a los cargos para los cuales concursaron, porque la protección constitucional otorgada por las disposiciones del Decreto acusado, sustraen transitoriamente de convocatoria a concurso los empleos ocupados por empleados que acreditan la condición de pre pensionados y una vez causado el derecho, tales empleos serán ofertados por los respectivos organismos en las mismas condiciones que consagra la ley.

En el proceso No. 2125-09:

El Ministerio de la Protección Social indicó que el artículo 13 de la C.P. *“faculta al Estado para promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, para adoptar medidas a favor de grupos poblacionales discriminados o marginados y proteger especialmente a personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”* (fls. 72-79).

Igualmente, el inciso 2 del artículo 2 de la norma superior, establece que las autoridades están instituidas para asegurar los deberes sociales del Estado.

Por lo tanto, la protección consagrada en el inciso 1 del Decreto No. 3905 de 2009 fue razonable y pertinente para salvaguardar a aquellos que tuvieran expectativas legítimas de causar su derecho a la pensión.

Concluyó que este Decreto no desconoció derechos frente a concursos finiquitados pues, la misma Comisión del Servicio Civil en la Circular 054 de 2009 informó que los empleos que se estén desempeñando por pre pensionados conforme con el Decreto demandado, serán convocados sólo cuando causen el derecho a la pensión de jubilación. Igualmente señaló *“que los cargos sacados a concurso público mediante la convocatoria 001 de 2005, aplicaciones I, II y III y que fueron escogidos por los aspirantes dentro de la misma, no se encuentran en la situación descrita en el Decreto 3905 de 2009”*.

Propuso las excepciones de ejercicio de la facultad reglamentaria ya que el decreto fue expedido por el Presidente de la República de acuerdo con las atribuciones que la Constitución y la ley le conceden; falta de fundamento jurídico, pues no se precisaron las presuntas causales de legalidad del acto, sólo se transcribieron en la demanda algunos apartes de sentencias como fundamentos jurídicos; y la nominada.

- El Departamento Administrativo de la Función Pública, previa solicitud de acumulación de procesos la cual fue aceptada por auto de 12 de diciembre de 2011 (fl. 78), señaló que el decreto demandado no es un acto de clientelismo, favoritismo o nepotismo como lo afirman los demandantes, sino que es una regulación de profundo contenido social y ético que busca proteger transitoriamente a un grupo específico de servidores que se encuentran en circunstancias especiales de indefensión laboral, que ameritan e imponen una especial protección del Estado y de sus autoridades (fls. 83-87).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio de la Protección Social, en ambos procesos, reiteraron sus argumentos especialmente en lo referente a la falta de claridad y precisión de los hechos de la demanda, de las normas violadas y el nexo causal entre

estos, circunstancias que impiden un pronunciamiento de fondo tanto para el fallador como para la entidad.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Segundo Delegado ante el Consejo de Estado, en el proceso No. 2120-09, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda por extralimitación del ejercicio de la facultad reglamentaria y contrariedad de las normas en que debía fundarse (fls. 68-73).

Consideró que una vez confrontado el texto del Decreto demandado con los principios constitucionales y disposiciones legales citadas como infringidas, desconoció, desatendió y reglamentó materia privativa de regulación legal, porque la carrera administrativa es un pilar fundamental de la función pública que cuenta con principios y elementos normativos que le dan forma, entre ellos, la igualdad de factores para ingresar al servicio, aspectos éstos suspendidos en su aplicación, debido a los efectos contenidos en la norma acusada.

La Constitución Política revistió la carrera administrativa de elementos de protección con el fin de garantizar la eficiencia de la administración pública y la igualdad que en el acceso, ascenso y permanencia dentro del sistema, basadas en el mérito y las calidades de los aspirantes; por ello, cualquier regla que sustituya, suspenda o de cualquier forma afecte el normal desarrollo de la carrera administrativa, contraría la voluntad del constituyente y del legislador.

En el caso concreto, al establecerse una suspensión de la aplicación efectiva del ingreso por méritos de las personas que hubieren concursado o aún fueren a concursar por los cargos afectados por la decisión del ejecutivo, quebrantó las bases del régimen de carrera administrativa como la infracción a la igualdad de oportunidades para acceder al servicio público con acatamiento de las reglas previstas en la Constitución y la ley, pues si se culminaron unos procesos de selección y no se puede hacer efectivo el nombramiento en período de prueba por encontrarse el empleo ocupado con personas que no participaron en el concurso o que, habiendo participado en él, no lograron mejor acomodación en la lista de méritos, se haría inexistente o precaria la aplicación del sistema de carrera que informa el ordenamiento jurídico, se perdería el esfuerzo administrativo para seleccionar a los mejores y se conculcarían los derechos de los ganadores.

No tienen que ver limitada sus aspiraciones los que se enlistaron para aspirar a un cargo específico y han atravesado etapas del proceso de selección, pues no se deja la posibilidad libre a los aspirantes de señalar sus preferencias y, en caso de ganar, ver frustrados o suspendidos sus logros por lo ordenado en el Decreto demandado.

El acto acusado no hizo diferencia alguna sobre los cargos destinatarios de la medida de suspensión de los resultados del concurso, sino que señaló los empleos vacantes en el régimen general de carrera y en los sistemas específicos. Por lo tanto, incluyó todos los cargos vacantes creando la posibilidad de que muchos de ellos quedaran excluidos.

Los regímenes de carrera son de creación Constitucional, legal y de regulación reglamentaria, por lo que es improcedente que a través de la facultad reglamentaria del artículo 189-11 de la C.P. se modifiquen, suspendan o alteren aspectos estructurales del sistema de carrera administrativa.

Otra cosa es que pudieran, quienes se encuentran en dichas circunstancias, ser beneficiarios por normas de protección a su estabilidad en el cargo a través del llamado “reten social”, normas que guardan relación directa con los fines del Estado de Derecho.

Por su parte la Procuradora Tercera Delegada, dentro del proceso No. 2125-09, rindió concepto solicitando negar la pretensión de nulidad solicitada, por cuanto se demostró en el proceso que la norma fue expedida con sujeción a la materia legal reglamentada (fls. 99-105).

Hizo un recuento de la potestad reglamentaria que le corresponde al Presidente para concluir que no hay razón válida para dejar de aplicar los principios a que se refieren *“los artículos 24, 25, 27 y 28, que a su vez se sustentan en los valores constitucionales que irradian todo el ordenamiento jurídico, a los temporales, provisionales, libre nombramiento y remoción, pero matizándolos en atención a cada caso en particular y observando que, de todas maneras, los inamovibles relativos tienen la prevalencia respecto de los demás empleados”*.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Para resolver, la Sala se ocupará inicialmente de establecer si esta Corporación es competente para conocer de la Acción de Nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad impetrada por el actor.

Competencia.

La atribución del Consejo de Estado relativa al conocimiento de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad, comprende aquellas demandas contra actos del Gobierno Nacional cuyo cotejo con la ley se debe establecer mediante confrontación directa con la respectiva preceptiva legal.

Según lo establece el artículo 7-7 del Decreto Extraordinario 2288 de 1989, modificado y adicionado por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, el conocimiento de estas normas cuando se denuncian inconstitucionales o ilegales, le ha sido atribuido a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y a las Salas de Decisión de las Secciones de lo Contencioso Administrativo, según corresponda, como lo ha definido el Consejo de Estado:

“La Constitución asignó al Consejo de Estado en el numeral 2 del artículo 237 la función de “Conocer de las acciones de nulidad por

*inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.*¹

El reglamento de la Corporación, contenido en el Acuerdo No. 55 de 2003, consagra:

“Artículo 13. Distribución de los negocios entre las secciones. Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

Sección Primera

*1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones.
[...]*

Sección Segunda

1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.”

Ahora bien, sobre el particular dijo la Sala Plena:

*“El Consejo de Estado ejerce sus competencias jurisdiccionales por medio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, ya sea en Sala Plena, ya a través de alguna de sus secciones. Tratándose de la decisión de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, el artículo 97-7 del CCA (según fue modificado por el art. 33 de la Ley 446) distribuyó la competencia entre la Sala Plena y las Secciones, reservando a la Sala Plena las concernientes a decretos (i) de carácter general, (ii) cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con el ordenamiento jurídico, y (iii) que no obedezcan a función propiamente administrativa. Cuando el decreto acusado no reúna estas tres condiciones, el fallo corresponde a la Sección respectiva.”*²

Así las cosas, el Consejo de Estado es competente para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad ejercida por el actor contra el Decreto No. 3905 de 2009 expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria en tanto se trata de un acto administrativo de carácter general, que versa sobre asuntos de carácter laboral.

El problema jurídico.

El problema jurídico se contrae a determinar si el Acto Administrativo, Decreto Reglamentario No. 3905 de 2009, expedido por el Presidente de la República, está incurso en violación de normas constitucionales y legales.

Decreto acusado:

*“DECRETO 3905 DE 2009
Diario Oficial No. 47.496 de 8 de octubre de 2009*

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Por el cual se reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004,

DECRETA:

ARTÍCULO 1o. Los empleos vacantes en forma definitiva del sistema de carrera general, de los sistemas específicos y especial del Sector Defensa, que estén siendo desempeñados con personal vinculado mediante nombramiento provisional efectuado antes del veinticuatro (24) de septiembre de 2004 a cuyos titulares a la fecha de expedición del presente decreto les falten tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación, serán ofertados por la Comisión Nacional del Servicio Civil una vez el servidor cause su respectivo derecho pensional.

Surtido lo anterior, los empleos deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004, en los Decretos-ley 765, 775, 780, 790 de 2005, 91 de 2009 y en sus decretos reglamentarios.

ARTÍCULO 2o. Los jefes de los organismos o entidades deberán reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación del presente decreto, los empleos que se encuentren en la situación antes señalada.

ARTÍCULO 3o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y modifica las normas que le sean contrarias”

Análisis de la Sala.

Previamente ha de advertir la Sala que se limitará al estudio del acto demandado única y exclusivamente en relación con los cargos planteados en la demanda y que se sintetizan así:

Primer cargo: Violación del principio de igualdad, buena fe y el derecho al trabajo.

- Violación del principio de igualdad al conceder privilegios a servidores públicos quienes se encontraban vinculados en provisionalidad.

- La buena fe de los servidores públicos nombrados en provisionalidad como quiera que el Decreto demandado fue expedido con posterioridad a la norma que convocó el concurso.

Segundo cargo: Violación del artículo 125 de la Constitución Política.

- Al considerar que se otorga una estabilidad laboral a unos servidores públicos que habían sido nombrados en provisionalidad y que fueron admitidos automáticamente en carrera administrativa sin previo concurso de méritos.

Para resolver el caso puesto a consideración, la Sala se ocupará de analizar los principios de igualdad, buena fe, de carrera administrativa, de la función pública y acceso al trabajo relacionados con el tema objeto de la demanda y expuestos por los actores como fundamento jurídico de su impugnación, para así determinar si en *sub lite* fueron desconocidos con el acto demandado, o si por el contrario, el mismo se expidió conforme a las normas legales y constitucionales que le sirvieron de soporte.

De la igualdad.

Una simple aproximación a la idea de igualdad como concepto, como principio o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, permite deducir que no responde esencialmente a una definición ni alcance único e impersonal, sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades propias de cada caso (sentencia C-410 de 1994).

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho de relación que se desarrolla en distintos niveles de análisis, que involucra cargas, bienes, o derechos constitucionales o legales cuya efectiva garantía no se traduce en la comparación sistemática sino en el otorgamiento de un trato igual en condiciones de compatibilidad con las condiciones de cada persona. De esta manera podría entonces afirmarse que la vigencia y aplicación del derecho a la igualdad no excluye, necesariamente, la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas que de acuerdo con las condiciones hacen razonable la distinción, o aún en los casos en que haya enfrentamiento por una misma situación existan motivos que determinen hacer particularizaciones.

Hay entonces la necesidad de precisar el concepto y alcance de este principio fundamental dándole una noción de criterio sustancial como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia C-021 de 1993 en la que dijo:

“Debe aplicarse en todo su esplendor la filosofía esencial del Estado Social de Derecho, que se traduce en medidas que debe tomar el estado en favor de los débiles y necesitados, de los particulares con condiciones especiales y de todos aquellos que de una u otra manera necesiten especial protección, para hacer que la igualdad sea efectiva y real.

El derecho a la igualdad no impide un tratamiento diferenciado si existe justificación objetiva y razonable.”

Así pues, dentro del ordenamiento jurídico no puede resultar extraña la presencia de normas que tengan en cuenta las características propias de ciertos individuos o grupos, que por sus condiciones de vida económicas, familiares, laborales o de cualquier otra índole necesiten una protección especial dentro de las circunstancias que normalmente se desenvuelven. En estos casos podría el legislador diseñar mecanismos que hagan posible el ejercicio de unas prerrogativas a todos los ciudadanos.

En sentencia C-258 de 2008 dijo la Corte: *“En efecto, el artículo 13 de la Constitución establece un principio general de igualdad, sin embargo, en la medida en que en la práctica no todas las personas gozan de idénticas condiciones materiales, ni se encuentran en la misma posición personal o institucional, la realización de la igualdad no se garantiza siempre tratando a todos como iguales, tampoco se materializa con la simple exigencia de una igualdad formal ante la ley, en tanto que de esa forma, simplemente se mantendrían en el tiempo las situaciones de desigualdad existentes en un momento dado.”*

Por tanto, bajo el presupuesto inicial de que todas las personas son iguales ante la ley, no se puede concluir que el legislador tiene prohibido

tener en cuenta criterios de diferenciación para proveer un trato especial frente a situaciones que en esencia no son iguales; entonces, si hay diferencias relevantes, los sujetos en comparación no son iguales, son susceptibles de recibir un trato diferente siempre que exista una justificación y la medida no sea desproporcionada.

Esta situación se presenta especialmente cuando se trata de la repartición de bienes materiales imposible de conceder por igual a todas las personas, es válido que el legislador establezca mecanismos o criterios para una distribución equitativa entre quienes aún no han logrado la satisfacción del derecho o tienen una necesidad mayor en lograr su efectividad. Así por ejemplo, la Corte Constitucional ha declarado exequible normas que han permitido reconocer a favor de grupos de especial protección constitucional, como las establecidas en materia laboral para garantizar y proteger el trabajo de los padres y madres cabeza de familia, las personas con minusvalías y de quienes están próximos a pensionarse: “*reten social*”.

Entonces en relación con los destinatarios de la ley, es de notarse que la máxima de la igualdad se entiende quebrantada, no por el hecho de que el legislador haya previsto un trato desigual entre unos y otros individuos, sino como consecuencia que tal diferencia normativa resulta arbitraria y desprovista de una justificación objetiva razonable lo que genera discriminación, aspecto éste considerado como verdadera razón para violar la normativa constitucional.

“Puede afirmarse que el legislador goza de un cierto margen de libertad de configuración normativa para regular de manera diferente una determinada situación jurídica, diferencia que solo resulta discriminatoria si no se encuentra razonablemente justificada” (sentencia C-1115 de 2004).

De la buena fe.

El mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma.

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.

Ahora bien, en numerosas ocasiones, la Corte se ha pronunciado respecto del principio de la buena fe, por lo que en la actualidad se cuenta con una sólida línea jurisprudencial en la materia. Al respecto, ha indicado que el principio de la buena fe no es absoluto, por cuanto no es ajeno a limitaciones y precisiones, y que, igualmente, su aplicación en un caso concreto, debe ser ponderado con otros principios constitucionales igualmente importantes para la organización social como lo son, por ejemplo, la seguridad jurídica, el interés general o la salvaguarda de los derechos de terceros. Así mismo, el Juez Constitucional ha considerado que el principio de la buena fe no implica que las autoridades públicas deban regular los asuntos suponiendo que las personas se portan siempre bondadosamente y que cumplen voluntariamente con todas sus obligaciones legales. Tampoco se opone a que, con el propósito de salvaguardar el interés general, el legislador prevea la posibilidad de que se den ciertos comportamientos contrarios a derecho y adopte medidas para prevenir sus efectos ni a que se establezcan determinadas regulaciones y trámites administrativos.

Se destaca la vigencia del principio de la buena fe de la administración en el marco de las relaciones laborales. En sentencia T-174 de 1997 y reiterada luego en la sentencia T-489 de 1999, se señaló, en criterio plenamente aplicable al caso que se analiza, *“que el principio de la buena fe es predicable tanto de los particulares como de la administración pública, en la forma de pilar del Estado Social de Derecho y de la convivencia pacífica, siendo exigible en un grado mayor para la administración, en razón a su poder y posición dominante que mantiene sobre los gobernados y la indefensión de éstos, para así evitar caer en abusos. Al peticionario en este caso no se le puede atribuir responsabilidad en la eventual irregularidad configurada en la situación en comento, ni debe asumir las consecuencias de la negligencia de la administración en su actividad. Todo lo contrario, su permanencia en los centros docentes relacionados, no obstante la precariedad de las órdenes de trabajo emitidas por los representantes del ente territorial demandado, obliga a la Sala a no estar ajena al reconocimiento de los derechos derivados de la relación laboral, cuya existencia, con suficiencia, se ha demostrado en este proceso. Por lo tanto se hace necesario que se disponga en sede de revisión la revocatoria del fallo de tutela y el amparo en garantía de la protección de principios atinentes a la primacía de la relación laboral y el derecho sustancial sobre las formas, así como el de la solidaridad social y la vigencia de un orden justo, por virtud de la indefensión que muestra el accionante frente a la entidad demandada.”*.

Concurso y carrera administrativa.

El régimen de carrera permite, en primer lugar, cumplir con los fines de transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa y, de manera más amplia, del servicio público. Esto debido a que el concurso público de méritos permite la selección de los ciudadanos más idóneos para el ejercicio de la función pública, lo que redundará indefectiblemente en el cumplimiento de dichos objetivos, que se encuadran a su vez en las finalidades esenciales del aparato estatal.

Como lo ha expresado la jurisprudencia, *“se debe recordar que la finalidad misma de la carrera administrativa es reclutar un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública”*. Con el propósito de garantizar el cumplimiento de los fines estatales, la carrera permite que quienes sean vinculados a la administración bajo esta modalidad, ejerzan de manera calificada la función pública que se les asigna, ya que dicho sistema está diseñado para que ingresen y permanezcan en él aquellas personas que tengan suficientes calidades morales, académicas,

intelectuales y laborales para asumir con eficiencia y honestidad dicho servicio. Existe entonces una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera administrativa, que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan.

En segundo lugar, el sistema de carrera administrativa está íntimamente vinculado con la protección del derecho político a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40-7 de la C.P.) en condiciones que satisfagan la igualdad de oportunidades. La exigencia de un concurso público de méritos permite, a partir de un procedimiento abierto y democrático, que los ciudadanos, sin distinción ni requisitos diferentes a las calidades profesionales que se exijan para el cargo correspondiente, pongan a consideración de las autoridades del Estado su intención de hacer parte de su estructura burocrática. Además, como se ha indicado, dicho mecanismo de selección debe responder a parámetros objetivos de evaluación, lo que impide tratamientos discriminatorios injustificados en el acceso al servicio público.

Finalmente, la carrera administrativa otorga eficacia a los derechos subjetivos de los trabajadores, entre ellos los servidores públicos, en especial la estabilidad laboral (artículo 53 de la C.P.). En efecto, el mandato según el cual el ingreso, ascenso y retiro en los cargos del Estado se realizará bajo condiciones que, i) valoren el mérito y calidades de los aspirantes o servidores; y ii) para el caso del retiro del servicio, deban estar relacionadas con la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario o por las demás causales que expresamente prevea la Constitución o la ley, permite predicar derechos adquiridos de permanencia en el empleo a favor de los trabajadores que ingresan bajo el cumplimiento de los requisitos de la carrera administrativa.

De la provisionalidad.

El artículo 125 de la Constitución establece la carrera administrativa basada en la evaluación del mérito, a través de concurso público, como el mecanismo general y preferente para el ingreso de los ciudadanos al servicio público. En efecto, la norma constitucional prescribe distintas reglas que corroboran esta conclusión. Así, indica que (i) los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera; (ii) se exceptúan de ello los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; (iii) para el caso de los cargos en que ni la Constitución ni la ley haya fijado el sistema de nombramiento, este se realizará mediante concurso público; (iv) el ingreso y ascenso en los cargos de carrera, se harán previo cumplimiento de los requisitos que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes; y (v) en ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento, ascenso o remoción en un empleo de carrera.

El artículo 121 de la Constitución Política expresa que ninguna autoridad del Estado puede ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Esta disposición obliga a que las actuaciones administrativas estén reguladas en la ley y los reglamentos; sin embargo, hay casos en que es necesario que la misma ley excepcionalmente faculte a los funcionarios para obrar discrecionalmente, para tomar decisiones o abstenerse de hacerlo, para apreciar o juzgar circunstancias de hecho, de oportunidad y conveniencia. Pero, esa discrecionalidad no puede ser absoluta, sino relativa, en orden a garantizar la responsabilidad del Estado Social de Derecho y de sus funcionarios.

Provisionalidad y carrera administrativa.

El ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad, cuando se presentan vacancias definitivas o temporales y mientras éstos se asignan en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal. Este tipo de nombramiento tiene un carácter eminentemente transitorio, con el fin de impedir que los nombramientos provisionales en los cargos de carrera se prolonguen de manera indefinida y se conviertan en institución permanente, tal como lo fue en pasado cercano.

Efectivamente, el poder discrecional de la administración se ve limitado, cuando media un concurso de méritos para proveer un cargo de la administración, pues la provisión de empleos públicos a través de la figura del concurso, obedece a la satisfacción de los altos intereses públicos y sociales del Estado, en cuanto garantiza un derecho fundamental como es el acceso a la función pública, realiza el principio de igualdad de tratamiento y de oportunidades de quienes aspiran a los cargos públicos en razón del mérito y la calidad y constituye un factor de moralidad, eficiencia e imparcialidad en el ejercicio de la función administrativa. Por lo tanto, la oportuna provisión de los empleos, con arreglo al cumplimiento estricto de las reglas del concurso y el reconocimiento efectivo de las calidades y el mérito de los concursantes asegura el buen servicio administrativo y demanda, cuando se presenten controversias entre la administración y los participantes en el concurso, de decisiones rápidas que garanticen en forma oportuna la efectividad de sus derechos, más aún cuando se trata de amparar los que tienen el carácter de fundamentales.

Del caso concreto.

Hace referencia a la inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto No. 3905 de 2009, expedido por el Presidente de la República, por el cual se *"reglamenta la Ley 909 de 2004 y se dictan normas en materia de carrera administrativa"*.

A folios 11 y 24 respectivamente, los demandantes solicitaron la suspensión del Decreto demandado. Dicha solicitud fue negada por autos de 10 de junio y 4 de agosto de 2010 (fs. 13 y 37) por cuanto el mismo no cumplía los requisitos establecidos en el artículo 152 del C.C.A.

El Decreto impugnado tuvo como fundamento jurídico para su expedición, la Ley 909 de 2004 de Carrera Administrativa y la facultad reglamentaria del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

De la potestad reglamentaria.

De acuerdo con el mandato del artículo 189-11 de la Constitución Política, le corresponde al Presidente de la República “*ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes para la cumplida ejecución de la ley*”, texto que le impide sobrepasar su contenido, límites y procedimientos para el ejercicio de la ley que dice reglamentar, con la exclusiva finalidad de conseguir que la misma sea entendible y fácilmente aplicable, de donde se colige que el reglamento administrativo que expide en virtud de tales facultades no puede exceder la competencia constitucionalmente a él conferida.

Al mismo tiempo es importante señalar lo consagrado en la Ley 790 de 2002 “*Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el Programa de Renovación de la Administración Pública y se otorgan unas facultades extraordinarias*”, que en su artículo 12, señaló:

“Protección especial: De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.”.

Así las cosas huelga decir que fue la misma ley quien se ocupó de señalar los aspectos generales sobre la carrera administrativa y en ella a unos sistemas específicos, a los que le dio un tratamiento legal diferente en relación al ingreso, permanencia, capacitación, ascenso y retiro al de los regulados en ejercicio de la función pública, por lo que es dable concluir que aún existiendo un sistema de carrera administrativa en Colombia, debe darse aplicación estricta, en este aspecto, a los grupos de servidores públicos que, según la ley, hacen parte de esos sistemas específicos; por lo que es preciso señalar que sólo es competencia del Presidente de la República reglamentar los que son de su propio ejercicio funcional, mucho más cuando los temas que nos ocupan estaban directamente señalados en la normatividad legislativa.

Ahora bien, respecto de la especialidad de algunos regímenes de origen legal, ha precisado la jurisprudencia que éstos pueden existir, es decir, que son en principio constitucionalmente admisibles, toda vez que su configuración e implementación hace parte de la competencia asignada al legislador para regular todo lo atinente a la función pública y, particularmente, a la carrera administrativa.

En efecto, a través de distintos pronunciamientos sobre la materia, la Corte se ha ocupado de definir cuál es el ámbito de competencia del legislador en el campo de la regulación del sistema de carrera administrativa, precisando que, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 125, 130 y 150 de la Constitución Política, aquél se encuentra habilitado para establecer regímenes especiales de carrera distintos a los de origen constitucional, conocidos en el argot legislativo como sistemas específicos, los cuales pueden ser creados directamente por el Congreso o por el Ejecutivo a través del otorgamiento de facultades extraordinarias. El Legislador está plenamente habilitado para instituir sistemas especiales de carrera, sin perjuicio de que éstos se encuentren debidamente justificados y observen los principios y reglas que orientan el régimen general de carrera, esto es, la filosofía que inspira el sistema general de acceso a los cargos públicos; presupuestos que, para los efectos del control de constitucionalidad, sólo pueden ser evaluados a la luz de las regulaciones legales que en forma concreta y específica implemente el legislador -ordinario o extraordinario- para cada una de las entidades descritas en el artículo 4° de la Ley 909 de 2004, beneficiarias de los sistemas específicos de carrera.

Es bien conocido que el establecimiento de la carrera administrativa es un excelente instrumento para proveer los cargos públicos, dentro del Sistema General de Carrera, como también para los sistemas específicos constitucional y legalmente establecidos, constituyéndose este mecanismo como una garantía democrática para el ejercicio de la función pública en el Estado Social de Derecho. Y es que un cargo de carrera accedido a él con el cumplimiento de los requisitos y preceptos jurídicamente normados, desde luego origina no sólo estabilidad laboral, sino que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrece estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y ascenso al servicio público; por lo tanto, para alcanzar estos objetivos de la función pública, el ingreso y 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, sin discriminación alguna; sin embargo, no por ello puede aceptarse el dicho del actor cuando al referirse a los destinatarios de la norma impugnada afirma que no han demostrado los méritos a través de un concurso público y abierto de acceso al cargo, por cuanto la permanencia es a través del mérito y no por el simple transcurso del tiempo. Y es que en relación a este planteamiento, debe señalarse que el hecho de no haber ingresado a ejercer los cargos a través del respectivo concurso, sea elemento suficiente para cuestionar la capacidad y mérito que puedan poseer los funcionarios que hoy ostentan tal dignidad, como quiera que no obra prueba en el expediente que permita deducir tal afirmación del actor.

Además, el hecho de que el acto cuestionado les diera una permanencia en el cargo, esto es, por tres (3) años, no indica que se les hubiera otorgado derechos de carrera, como equivocadamente lo afirman los actores ni tampoco aconteció un ingreso automático a la carrera, pues sólo amparó transitoriamente unos beneficios a quienes estuvieran ad portas de obtener una pensión.

Es más, podría inferirse que la responsabilidad de no haber concursado no es de la órbita del funcionario sino que corresponde única y exclusivamente a la administración hacer las respectivas convocatorias y cumplir los preceptos que sobre la carrera administrativa están consagradas jurídicamente. Como puede observarse, en ningún aparte de la demanda se hace consideración alguna sobre la negligencia o negativa de los funcionarios a concurrir al concurso o al cumplimiento de los requisitos exigidos para tal fin, lo que en definitiva puede asegurarse es que la administración al nombrar en provisionalidad a los hoy cuestionados funcionarios, conocía de la obligación jurídica de realizar las convocatorias y concursos correspondientes para llenar las vacancias de los cargos de carrera, actuación que no se produjo manteniendo en ese estado a los funcionarios que a la fecha podrían ostentar esa calidad.

En suma, los cargos que ocupaban los pre pensionados amparados por el Decreto demandado, en provisionalidad, no fueron objeto de la convocatoria I, II y III, tal como lo manifestó la entidad demandada, afirmación esta que no fue controvertida en el presente proceso, por lo que mal harían en argumentar los demandantes que se les violó el derecho al trabajo pues ni siquiera concursaron para dichos cargos.

Bien vale la pena señalar que no se trata de cualquier tipo de funcionario, más bien por lo contrario, se trata de unos funcionarios especiales que durante un determinado tiempo han prestado sus servicios al Estado en diferentes cargos y ejerciendo distintas funciones, tanto así que la norma hoy impugnada consagra restricciones en lo que hace referencia al tiempo necesitado para adquirir la calidad de pensionados, lo que deja entrever a *prime face* que estos funcionarios estarían próximos a solicitar el reconocimiento de su pensión de jubilación para adquirir dicho estatus, es decir, habrían logrado la calidad de pre pensionados, como bien lo ha consagrado la ley y lo ha sostenido la jurisprudencia.

Debe entenderse entonces que el Decreto cuya nulidad se solicita, fue expedido con el objeto de proteger la estabilidad laboral de unos funcionarios en provisionalidad, de su futuro venidero, adquiriendo el estatus de pre pensionados, criterio que comparte la Sala dentro del marco institucional y social del Estado de Derecho; pero además, se vislumbra que el alcance del mismo era garantizar los derechos casi constituidos de unos funcionarios que estaban próximos al reconocimiento de su pensión y que ya no se consideraban como de *"mera expectativa"*, sino que habían entrado a formar parte de la órbita de derechos adquiridos por el tiempo de servicio y edad de quienes serían sus titulares, acorde con lo señalado en la ley para tener derecho al reconcomiendo y pago de la pensión de jubilación, junto con la garantía y protección de los derechos consagrados constitucionalmente en los artículos 25 y 53.

La Corte Constitucional ha elaborado una sólida jurisprudencia de protección de aquellas expectativas próximas a realizarse, estableciendo una diferencia inequívoca entre las meras expectativas y aquellas expectativas legítimas y previsibles de adquisición de un derecho, para concluir que mientras las primeras no son objeto de protección constitucional, las segundas gozan de un privilegio especial proveniente de la Carta *"Los mecanismos de protección de las expectativas legítimas de adquisición de derechos legítimos se fundan en el reconocimiento de la calidad de los aspirantes. En efecto estos mecanismos protegen las esperanzas de personas que ingresaron a trabajar con anticipación considerable, que han cotizado al sistema por lo menos la mitad de su vida laboral y han cifrado parte de su futuro en un retiro próximo, con el anhelo de disfrutar del mismo hasta una edad probable promedio. No son, pues, las expectativas lejanas de quienes apenas se vinculan al mercado laboral, empiezan a cotizar al régimen de pensiones o guardan energías para diseñar su retiro en un futuro incierto"*.

Aunque en este punto es evidente que al legislador le corresponde determinar quiénes están más cerca o mas lejos de adquirir el derecho a la pensión, también le corresponde establecer la diferencia, los principios de proporcionalidad, razonabilidad e igualdad que ameriten un tratamiento más benigno para quienes estén más cerca a pensionarse, de allí que se justifique que sus expectativas de adquisición sean protegidas con mayor rigor que la de otros tipos de servidores.

La protección constitucional a las expectativas de quienes están próximos a pensionarse tuvo origen cuando la Corte Constitucional analizó la exequibilidad del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en sentencia C-168 de 1995, sostuvo *"Considera la Corte que las expectativas pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador, quien en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales. [...] Advértase, como el legislador con estas disposiciones legales va mas allá de la protección de los derechos adquiridos para salvaguardar las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que, en lugar de violar la Constitución se adecua al artículo 25 que ordena dar especial protección al trabajo"*.

Podríamos entonces afirmar que la jurisprudencia Constitucional deja en claro que los derechos de quienes están próximos a pensionarse, gozan de una especial protección y que por lo tanto quienes demuestren tal condición deben ser estrictamente amparados por el legislador y reglamentado por el ejecutivo, expidiendo las normas que aseguren su condición y les permita tener un más fácil y eficiente acceso al reconocimiento de sus derechos, no de otra manera se justificaría nuestra condición de Estado Social de Derecho.

De la misma manera, la Sala considera que con la norma acusada no se vulnera el principio de igualdad, extensamente considerado en el texto de la presente providencia, en razón a que las personas que tienen una expectativa próxima de pensión no se pueden comparar con aquellas que hasta ahora si inician su vida como servidores públicos o tienen como objetivo inscribirse en los concursos públicos a ser convocados para ocupar los cargos que ofrece el Estado, como quiera que mientras que en aquellos ya están consolidadas una serie de condiciones laborales y prestacionales, en éstos sólo si se inicia un proceso de vida laboral y sus expectativas de pensión aún son inciertas.

La Sala considera que a través del Decreto No. 3905 de 2009 por *"el cual se reglamenta la ley 909 de 2009 y se dictan normas en materia de carrera administrativa"*, lo que se pretendía era garantizar la estabilidad laboral y, por lo tanto, unos derechos que ya no eran una mera

expectativa a unos funcionarios que se encontraban vinculados mediante nombramiento provisional, efectuado antes del 24 de septiembre de 2004, a quienes les faltare tres (3) años o menos para causar el derecho a la pensión de jubilación a la entrada en vigencia del decreto, garantía que ya ha sido objeto de análisis y discusión en diversos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional, por ejemplo en la sentencia C-991 de 2004, al decidir una demanda de inconstitucionalidad sobre la Ley 790 de 2002, que en su artículo 12 desarrolló el tema de un régimen especial para quienes estaban próximos a obtener el derecho a la pensión de jubilación, tema denominado comúnmente como “*retén social*”, de amplio conocimiento y aplicación en el medio jurídico, figura que ha permitido la garantía y protección de una situación laboral para quienes en cumplimiento de los requisitos determinados en la ley tienen derecho a ese reconocimiento.

En el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, se consagró: “*Protección especial: De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración pública [...] y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.*”

Por lo tanto, la Sala considera que el Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria a él conferida en el artículo 189-11 Constitucional, no extralimitó el ejercicio de las competencias asignadas y tampoco violó norma superior alguna, como lo quieren hacer ver los accionantes al impugnar el decreto tantas veces citado, más bien por lo contrario lo que se hizo a través del Decreto fue no sólo cumplir lo establecido en la norma constitucional en relación con la estabilidad laboral de los servidores públicos sino respetar unos derechos que habían venido obteniendo por su vinculación laboral durante muchos años al servicio del Estado, siendo su objetivo el lograr prontamente el reconocimiento de su pensión de jubilación siendo ésta aspiración un elemento fundamental a ser protegido y garantizado por las autoridades en el Estado Social de Derecho, como se percibe en el caso que nos ocupa y tratado *in extenso* en esta providencia.

La Sala considera que los temas referentes a la conformación, aplicación, convocatoria y concursos, junto con la determinación de prerrogativas especiales frente a los servidores públicos que hacen parte de ella, ya sea en provisionalidad o estén sometidos al régimen general o específico de la carrera administrativa es de exclusiva regulación del Legislativo, pero le corresponde al Ejecutivo la reglamentación de la misma.

Y eso fue precisamente lo que hizo el Presidente de la República al expedir del Decreto hoy impugnado, reglamentar la Ley 909 de 2004; proceder de manera diferente era desconocer no sólo el mandato legal sino el Constitucional del artículo 189-11 a él atribuidos.

Así las cosas, es por lo que el acto administrado objeto de la impugnación no será declarado nulo, como resultado del control de constitucionalidad y legalidad efectuado por esta Corporación, en cumplimiento de la competencia a ella asignada por la normatividad vigente y atendiendo a los únicos cargos planteados en la demanda.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Niéguese la nulidad del Decreto No. 3905 de 8 de octubre de 2009, suscrito por el Presidente de la República por medio del cual se reglamenta la Ley 909 de 2004, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y archívese. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

USTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

¹Consejo de Estado, Sección Segunda, expediente No. 1100103150002001019401, Auto del 11 de octubre de 2001, Consejero Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE, actora ROSALBA INÉS JARAMILLO MURILLO.

²Sentencia del 15 de enero de 2003. Expedientes: 6414/ 6424/ 6447/ 6452/ 6453/ 6522/ 6523/ 6693/ 6714/ 7057. Actores: Franky Urrego Ortiz y otros.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 04:05:20