

Principios que regulan las relaciones laborales en el sector público colombiano: análisis de las subreglas de la jurisprudencia

Principles governing labor relations in the colombian public sector: analysis of subrules in jurisprudence

Francisco Edmundo Paz Obando*

Fecha de recepción: 27 de noviembre del 2014

Fecha de aceptación: 28 de diciembre del 2014

RESUMEN

El concepto de empleo público es de incontrovertible importancia tanto para el Derecho Laboral como para la ciencia de la Administración Pública, por lo tanto no puede desatenderse el hecho de que el servicio civil, en cualquiera de sus manifestaciones, constituye una pieza básica del andamiaje administrativo, de ahí que su estudio sea importante, sobre todo cuando se abordan las materias atinentes a la no siempre bien entendida *función pública* (tratada principalmente por el capítulo II del título V de la Constitución Nacional de 1991).

Es claro entonces que la función pública se encuentra regulada por principios rectores constitucionales que la ley materializa en normas

especiales, pero fragmentarias, cuya interpretación ha quedado en manos de la jurisprudencia nacional. Se ha identificado que de esos pronunciamientos fluyen una serie de *subreglas*, dotadas de un carácter genérico y abstracto, por lo que no pueden inferirse de manera directa, sino que requieren de un proceso de hermenéutica judicial, luego del cual surgen como principios del empleo público en nuestro país. El estudio de estos pronunciamientos judiciales a lo largo de la vigencia de la presente Carta Política y la correspondiente estructuración de los principios decantados, a través de trazos jurisprudenciales, es el objeto central de esta investigación.

Palabras clave: principios, función pública, líneas, jurisprudencia, derecho laboral

* Coordinador de este proyecto. Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la misma institución, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Docente CIESJU (Udenar), miembro del grupo de investigación DEJURE del CIESJU, Correo electrónico: paz.obando@yahoo.com

ABSTRACT

The concept of public employment is of incontrovertible importance both for labor law and for the science of public administration. The fact that any manifestation of civil service constitutes a basic part of the administrative framework cannot be disregarded. Thus, the study of civil service is important, especially when the subjects pertaining to the poorly understood *public function* (mainly treated by Chapter II of Title V of the National Constitution of 1991) are addressed.

The public function is governed by constitutional guiding principles that the law specially embodies. However,

fragmentary norms are interpreted based on national jurisprudence, and pronouncements often flow from a number of “*subrules*” that are equipped with a generic and abstract nature. These subrules cannot be inferred directly but require a process of judicial hermeneutics, and only then do they arise as principles of public employment in our country. The focus of this research is to study these judicial pronouncements when a charter policy was in effect. The study relies on jurisprudential lines to describe the corresponding structuring of the chosen principles.

Keywords: principles, function, public, lines, jurisprudence, laboral law.

Introducción

Al contrario de lo que sucede en otros ordenes normativos extranjeros, como ocurre por ejemplo con la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (Ley 25164 de 1999) y su Decreto Reglamentario 1421 de 2002, en Argentina; el Estatuto Básico del Empleado Público en España o Ley 7 de 2007, modificada por el Real Decreto Ley 20 de 2012; La Ley Marco del Empleo Público en Perú o Ley 28175 de 2004, por citar algunas, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe una ley estatutaria única que abarque los saberes del empleo público en su sentido amplio, ya que si consideramos los contenidos de la Ley 909 de 2004, estamos ante una norma dedicada exclusivamente al servicio profesional de carrera administrativa, la cual es insuficiente a la luz de la argumentación jurídica, para resolver determinadas situaciones planteadas, sin acudir a otros ámbitos de la razón práctica como los principios.

Sin embargo, esta situación se presenta como algo sumamente interesante, pues si bien el modelo colombiano en este punto del derecho cuenta con una regulación normativa extremadamente fragmentaria, en ningún caso por ello resulta menos densa o más fácil de abordar, puesto que se encuentra integrada incluso por normas previas a la Carta de 1991. Esto, de alguna manera, favorece que en los últimos 20 años sus mayores desarrollos hayan llegado de la mano de la actividad judicial de las altas cortes, que muchas veces al momento de decidir una controversia acuden a la técnica de la ponderación de principios extraídos de las *ratios* subreglas, donde se priorizan los derechos frente a los objetivos sociales (Bernal, 2007).

Por supuesto, se debe recordar que según la propia Corte Constitucional, la facultad otorgada al legislador para regular lo relativo al empleo público:

Se sustenta en el hecho de que la función administrativa es una actividad que, por su naturaleza y alcances, debe estar orientada al interés general y al cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En tal virtud, debe desarrollarse con fundamento en los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, con el fin de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, asegurando así el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. (Corte Constitucional, C-041 de 1995, C-474 de 1999)

Hoy más que nunca y al tenor de las recientes reformas judiciales, es claro que el mero positivismo ya no puede regular la complejidad del mundo jurídico en acción (casos de derecho atípico). Por lo tanto, resulta importante desarrollar los contenidos de las normas, no sólo por medio de actos administrativos reglamentarios y objetivos (decretos), sino principalmente a través de los pronunciamientos de los altos tribunales, con su precedente y consecuente.

En nuestro ordenamiento, un estándar jurídico existente para solucionar un caso es un concepto que abarca mucho más que la interpretación de una simple norma (Atienza, 2005), puesto que el operador jurídico debe contar con todas las herramientas para tomar una decisión argumentativamente válida. Entonces, aquellos "mínimos" contenidos en la Constitución, la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945, el Código Sustantivo del Trabajo, los Decretos 2400 y 1868 de 1968 y 1969, respectivamente, así como el Decreto 1042 de 1978 y la Ley 909 de 2004 –por citar algunas normas–, sólo deben ser considerados como criterios orientadores de la función pública. En este sentido, vale decir que esta investigación avanzó en una caracterización jurisprudencial de algunos de los principios que regulan las relaciones laborales en el sector público colombiano, siguiendo la tradicional y respetada línea de investigación en principialística que maneja el CIESJU.

Redondeando el anterior planteamiento, se recuerda que Ronald Dworkin (1977) trata el tema de los principios luego de observar que los abogados argumentan no solo a partir de leyes, sino también a partir de otro tipo de estándares que definitivamente no son normas. Entre estos, el autor señala dos (aunque deja ver que puede haber otros): *principles* y *policies*. Aquí interesan solo los primeros, los cuales define así:

Llamo "principio" a un estándar que es respetado, no porque constituya un avance o el aseguramiento de una situación económica, política o social considerada conveniente, sino porque es un requerimiento de justicia o equidad o alguna otra dimensión de moralidad. (*I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed*

desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality). (p.22)

Ahora bien, los principios toman sus matices y formas específicas dependiendo de los campos del derecho en que ellos se apliquen. Por esta razón, este trabajo investigativo se enfocó hacia el fascinante ámbito de los servidores públicos, no sólo por la importancia para el mundo del estudio y codificación, es decir de la adecuada narración del derecho jurisprudencial, sino también por la imperiosa necesidad de generar avances significativos en las corrientes que propugnan por rescatar el carácter *principialístico* del Derecho Laboral Administrativo; evitando así que su estudio caiga en el excesivo ritualismo dogmático, tan común en este medio. La anterior consideración, explica en si misma por qué esta investigación se realizó mediante el análisis documental de un variado número de providencias (autos y sentencias) proferidas en la jurisprudencia nacional, ejercicio hermenéutico que permite la construcción de diagramas de flujo o trazos jurisprudenciales sobre cada uno de los principios identificados en materia del empleo público.

El estudio de dichos pronunciamientos, la evaluación de sus desarrollos y aplicaciones, así como la construcción de los precedentes judiciales que deben aplicar los jueces y litigantes en sus reclamaciones administrativas y judiciales, ha sido el trabajo característico de esta investigación, pues nada mejor que recurrir a *los estándares*, que menciona Ronald Dworkin, como eje articulador de la dispersión normativa y jurisprudencial existente.

Tal emprendimiento se nutre por supuesto, de los fallos judiciales de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que al resolver los problemas cotidianos de los colombianos, recurren a principios que subyacen a la Carta Política, los cuales, se han incorporado al ordenamiento jurídico nacional por vía de la figura denominada “bloque de constitucionalidad”, cuyo origen se remonta al recordado fallo del Consejo Constitucional francés en la *Décision Liberté d'association*, o Decisión no 71-44 DC de 16 de julio de 1971, y que etimológicamente responde al término *bloc de constitutionnalité*, acuñado por el profesor Louis Favores en 1990 en la famosa *Revue française de droit constitutionnel*.

Historia aparte, en este punto se recuerda que la *nocióncastiza* de esta expresión “puede ser formulada recurriendo a la siguiente imagen paradójica...” Uprimmy (2003): “un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental” Bidart Campos (1995, p. 264). Lo que le permite afirmar a Valencia Restrepo (2005): “El bloque de constitucionalidad no es otra cosa que un bloque principal o un bloque de *principialidad*”.

Resulta sencillo deducir que al estudiar los principios rectores, se está frente a una esclusa comunicante entre los valores constitucionales y las normas positivas contenidas en cada ordenamiento jurídico, situación que transcurre más en pre-

dios del Derecho Constitucional que en terrenos del Derecho legal. Lo anterior nos recuerda por supuesto, que para el positivismo, el derecho sólo es científico en la medida que tenga en cuenta los hechos, dejando de lado cualquier carga axiológica, es decir que centra la validez de la norma en la posibilidad que se le otorga al individuo de acudir a pretensiones jurídicas para hacer valer sus derechos. Sin embargo, en este contexto, es la propia dinámica del mundo jurídico la que impone la necesidad urgente de armonizar la amorfa regulación normativa, lo que ha conducido a reencontrar ese hilo conductor que son precisamente los principios, debido a su carácter fundante.

Con toda validez se afirma, que ahí donde la volatilidad de las normas es un hecho cotidiano, es donde adquieren mayor relevancia los principios, como construcción teórica, como sustento unificador de la administración de justicia. Mas esos estándares, hay que buscarlos en la jurisprudencia de los organismos de cierre del sistema jurídico y deben ser recogidos por el trabajo doctrinal de base académica. No es tautológico decir que estas normas rectoras representan la materialización de los ideales constitucionales dentro del ordenamiento legal, irradiando sus contenidos a las especificidades de cada rama del derecho.

Así, y en palabras del jurista americano Félix Cohen (1933, p. 11 - 12): “Las sentencias particulares son significativas en el contexto de las sentencias sistemáticamente relacionadas (...) en las prácticas reales de los tribunales pueden encontrarse uniformidades y relaciones sistemáticas”, las cuales, en materia de *principles*, el desarrollo de este proyecto ha ido identificando, estudiando y articulando, para contribuir en el conocimiento del derecho vigente, atendiendo a su naturaleza axiológica.

1. DISCUSIÓN

El proyecto de Investigación “Principios que regulan las relaciones laborales en el sector público colombiano: análisis de las subreglas en la jurisprudencia” se planteó como una iniciativa académica que impulsa una verdadera investigación sociojurídica, con impactos reales, no sólo por los resultados esperados, sino también porque estuvo dotado de la capacidad de colaborar en la transformación de la realidad de los estudiantes de la tercera cohorte de la Especialización en Derecho Laboral y Seguridad Social del CIESJU–UDENAR, al serles ofrecido este proyecto como alternativa válida para adquirir competencias investigativas básicas, fundamentales a la hora de afrontar y desarrollar su trabajo de grado.

Su objetivo general se centró en identificar los principios que rigen el sistema del empleo público en Colombia y establecer los precedentes constitucionales y jurisprudenciales correspondientes. Sus objetivos específicos contemplaban: 1) identificar las sentencias T, C y SU expedidas por la Corte Constitucional entre 1992 y 2012, en relación con los empleados públicos de periodo, carrera administrativa, libre nombramiento y remoción, y también con los trabajadores oficiales; 2) determinar las normas-tipo principios que han sido reconocidos implícita o explícitamente

por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con los servidores públicos –excluyendo a los miembros de las corporaciones públicas–, y 3) elaborar los trazos jurisprudenciales pertinentes, extrayendo de su texto los precedentes constitucionales.

En igual sentido, el presente proyecto es en sí mismo innovador en el sentido de avanzar en la divulgación directa del derecho judicial colombiano. Aún no existe en el país una cultura jurídica con suficiencia y solidez, que valore en su justa dimensión la importancia que tiene para el ordenamiento jurídico de un Estado Social de Derecho el adecuado manejo de la doctrina jurídica producida por los altos tribunales. Además, toda providencia tiene una eficacia en el tiempo: empieza a surtir efectos en un momento determinado y a veces deja de tenerlos en otro distinto. Es obvio que ni en el derecho comparado, ni las posiciones doctrinales son unánimes, ni la jurisprudencia de un mismo país ha demostrado ser constante y coherente con sus propias justificaciones. Pero las peculiaridades de los procesos en las altas cortes han contribuido a desfigurar el debate y a acrecentar la complejidad del precedente nacional. Éste se origina ni más ni menos que en la satisfacción de pretensiones o declaraciones de voluntad petitoria, basadas, ante el Tribunal Constitucional, en normas contenidas en la Carta Magna y referidas en muchos casos a leyes o a normas con rango de ley, y ante el Consejo de Estado, vinculadas a actos o disposiciones que pueden vulnerar directamente derechos subjetivos e incluso fundamentales. Es clara pues, una variedad de procesos que se tuvo en cuenta al desarrollar este proyecto.

Por lo demás, el tema de los principios que gobiernan el empleo público en Colombia es todavía desconocido, aún entre los propios tratadistas del derecho laboral y la seguridad social. Hacía falta en el país un proyecto que trabaje la temática de los servidores públicos desde la principalística, razón por la cual, establecer cuáles son los principios, bajo el prisma de la jurisprudencia nacional, será de gran utilidad, debido a la decantación que se pueda extraer de las vivencias ciudadanas. Más ahora, ante la entrada en vigencia de la legislación administrativa establecida por la Ley 1437 del 2011, que le dio a la jurisprudencia un valor distinto al tradicional, y que sin duda, ya se está viendo reflejado en el ordenamiento positivo. Tal es el caso de la Ley 1564 del 2012, según la cual se acepta que el juez está sometido al imperio de la ley y de las fuentes formales del ordenamiento jurídico, pero que al mismo tiempo (art.7) hace imposible entender estos orígenes sin una adecuada interpretación, que es el precedente. Por ello se puede afirmar que finalmente se ha reconocido positivamente que el juez está vinculado también a dicho precedente.

No van a ser meras reflexiones teóricas las que se expondrán a continuación, sino realmente estudios con inmediatas consecuencias prácticas, porque en ellas están implicados directamente valores, y claro está, principios constitucionales, pero también situaciones y relaciones jurídicas individuales, con lo que la eventual e inevitable discrecionalidad de los operadores jurídicos podría filtrarse.

Se busca consolidar un modelo de comprensión de la actividad judicial, en este caso a nivel nacional, pero siempre con el firme propósito de responder con eficacia a las necesidades de la realidad jurídica nariñense, de contar con profesionales investigadores capaces de generar conocimiento válido desde la provincia, y de orientar ese aprendizaje hacia la construcción desde nuestra academia de propuestas, para así concebir un tipo de justicia que promueva la aplicación de los principios como orientadores del Estado Social de Derecho.

2. METODOLOGÍA DE LA EXPERIENCIA

Toda vez que la presente investigación socio-jurídica tiene un enfoque eminentemente académico y una naturaleza cualitativa, para su desarrollo se han ejecutado las siguientes estrategias metodológicas:

1. Se realizó una nivelación conceptual de los estudiantes que participan en el desarrollo del proyecto, con el fin de que todos compartan conocimientos básicos en cuanto a las técnicas de recolección y adecuado análisis del universo jurisprudencial en que está apoyada esta propuesta.
2. Se puso a disposición del grupo de trabajo un *amplio* universo citacional, conformado por los fallos más representativos en materia laboral administrativa de los últimos cinco años, a partir del cual los estudiantes, en parejas, fueron identificando y proponiendo las temáticas en las cuales profundizarían su investigación.
3. Cada pareja investigadora precisó el principio, objeto de estudio, y procedió a delimitar el universo jurisprudencial en el tiempo y en el espacio, etapa que incluyó iniciar la recolección de providencias y clasificarlas según su importancia. Por ejemplo, en Sentencias C, T, SU, o en autos, si se está hablando de pronunciamientos de la Corte Constitucional; y en Sentencias de Sección o de importancia Jurídica (Sala Plena), si se toman los fallos de Consejo de Estado
4. Se hizo el riguroso análisis documental cualitativo (*Obiter, Ratios, y Decisum*) de las providencias pertinentes, que bien podían ser expedidas por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y ocasionalmente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el lapso comprendido entre 1991 y 2012, periodo de vigencia aproximado de la actual Constitución.
5. Levantamiento del trazado jurisprudencial: se debe afirmar que como estrategia pedagógica e investigativa novedosa, se recurrió al diseño y elaboración de los trazos jurisprudenciales respectivos para cada principio, como mecanismo para sintetizar el trabajo desarrollado. A continuación (tabla 1), se esquematizan los contenidos mínimos de esta estrategia:

Tabla 1. Contenido estrategia para elaboración del trazado jurisprudencial

Primera etapa	Exploratoria
Se ubica la...	Providencia o punto terminal del trazo
Y a través del...	Razonamiento abductivo
Se crea el...	Universo – Conjunto – Acumulado jurisprudencial
Y se marcan los...	Puntos de anclaje jurisprudencial
Segunda etapa	Proactiva
Se establece la...	Providencia madre o Inicial del trazo
Y a través del...	Razonamiento abductivo
Se identifican las...	Providencias de anclaje jurisprudencial
Que finalmente permiten hallar las...	Providencias fijadoras de criterio o Providencias de precedente redundante

6. Redacción de una disertación jurídica: elaboradas las distintas líneas de los principios, se procede a definir su núcleo, o lo que es lo mismo, consolidar una propuesta conceptual de cada uno de ellos, a través de la cual se materializa la investigación y la crítica, siendo obvio que este es el punto en donde se estructura el nuevo conocimiento. Este documento presentado a manera de informe, no solamente busca sintetizar la recolección de la información sobre el tema investigado, sino que además trata de estimular el desarrollo de un pensamiento constructivo que lleve a los partícipes de esta investigación a emprender un análisis jurídico de su experiencia, de tal manera que desde una perspectiva propia, didáctica, pero necesariamente técnica y jurídica, puedan sustentar toda la amplitud y complejidad del problema planteado.

170

3. RESULTADOS

A continuación (ver tabla 2) se relacionan los principios de la función pública en Colombia y los grupos responsables:

Tabla 2. Principios de la función pública

Grupo	Principio	Nombre de la disertación
Alfa	Debido proceso	La motivación de los actos administrativos como el elemento esencial para garantizar el principio del debido proceso en el retiro de empleado públicos en provisionalidad de acuerdo a la jurisprudencia constitucional en los años 1998 a 2012
Beta	Primacía de la realidad	Exigencia para el reconocimiento del principio constitucional de la primacía de la realidad en la jurisprudencia colombiana en las dos últimas décadas
Gamma	Igualdad	Apoderamiento del principio de igualdad en lista de elegibles para proveer cargos de carrera administrativa. Análisis jurisprudencial 1992-2013

Grupo	Principio	Nombre de la disertación
Delta	Protección Discapacitados	Principio de la protección laboral reforzada del discapacitado en el sector público. Trazo jurisprudencial 1992- 2013
Epsilon	Protección Maternidad	Principio de la estabilidad laboral reforzada en la protección a la madre cabeza de familia. Trazo jurisprudencial 1998-2013.
Zeta	Imparcialidad	Principio de imparcialidad en la vinculación a la función pública. Trazo jurisprudencial 1992-2013.

Para efectos de este artículo se presenta un resumen de los resultados de los Grupos Alfa, Beta y Gamma.

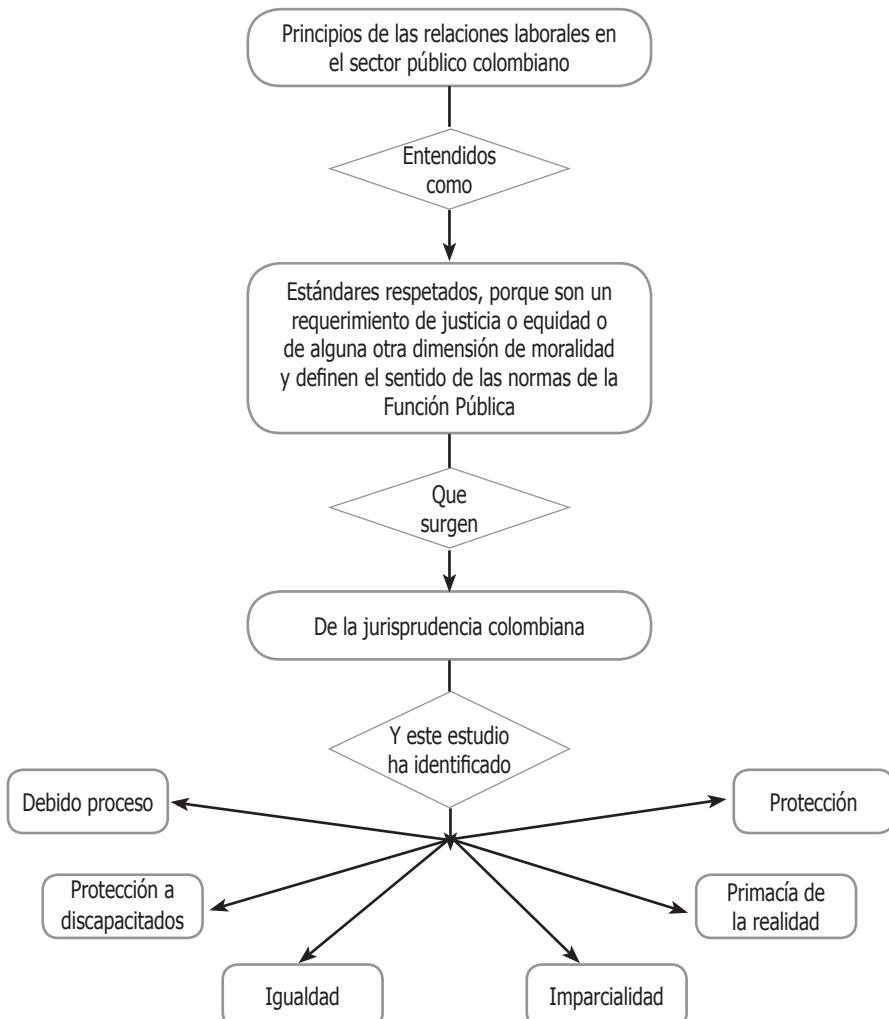


Figura 1. Principios de las relaciones laborales en el sector público

3.1. La motivación de los actos administrativos como el elemento esencial para garantizar el principio del Debido Proceso en el retiro de empleado públicos en provisionalidad de acuerdo a la Jurisprudencia Constitucional de los años 1998 a 2012

Del trazo jurisprudencial se puede concluir que se hace necesaria la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira del servicio público a los empleados en provisionalidad, porque lo contrario significaría la vulneración de derechos fundamentales tales como el debido proceso, el derecho a la igualdad, el derecho al acceso a la administración de justicia, los principios de estabilidad laboral, legalidad, publicidad, transparencia y el principio democrático.

Se puede observar como la Corte Constitucional, realizando una interpretación sistemática y teleológica garantiza derechos fundamentales como el debido proceso al exigir la motivación de los actos administrativos para el retiro de empleados públicos en provisionalidad; pues está íntimamente conectada con derechos y principios *ius* fundamentales de carácter constitucional.

La jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través del Consejo de Estado, en contraposición a lo decantado por la Corte Constitucional realiza una interpretación más exegética del ordenamiento jurídico, sin tener en cuenta la Constitución de 1991 ni el precedente constitucional, y consideró hasta el año 2010 que no era necesaria la motivación de los actos administrativos por los cuales se retira a empleados públicos en provisionalidad y que solo es exigible dicho requisito cuando se trata de cargos de carrera administrativa. Con la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004 y su Decreto Reglamentario 1227 de 2005, la Sección Segunda del Consejo de Estado dio un nuevo matiz a su interpretación adicha norma, manifestando que sí es necesaria la motivación para la terminación del vínculo laboral de los empleados en provisionalidad, pero por razones del cambio normativo, y no atendiendo los argumentos expuestos en forma contundente por la Corte Constitucional, como se evidencia en los diagramas de flujo jurisprudencial objeto de este trabajo.

Tabla 3. Universo citacional de la Corte Constitucional sobre la motivación del acto de retiro de empleados públicos en provisionalidad, del año 1998 al 2006.

AÑO	1998	1999	2000	2002	2004	2005	2006
	SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL						
Su-250 M.P.	C-371 M.P.	C-734 M.P.	T-884 M.P.	T-1206 M.P.	T-031 M.P.	T-254 M.P.	
Alejandro Martínez Caballero	Jose Gregorio Hernan- dez Galindo	Vladimiro Naranjo Mesa	Clara Inés Vargas Hernández	Jaime Araújo Rentería	Jaime Córdoba Triviño	Marco Gerardo Mon- roy Cabra	
T-800 M.P.					T-222 M.P.	T-633 M.P.	
					Clara Inés Vargas Hernández	Humberto Antonio Sierra Porto	

Tabla 4. Universo citacional de la Corte Constitucional sobre la motivación del acto de retiro de empleados públicos en provisionalidad, de 2007 al 2012.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL						
AÑO	2007	2008	2009	2010	2011	2012
T-132 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto	T-007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa	T-251 M.P. Cristina Pardo Schlesinger	C-431 M.P. Mauricio González Cuervo	Su-691 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto	T-206 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva	
C-279 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa		T-736 M.P. Juan Carlos Henao Pérez		Su-917 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio		



Entre *las subreglas* que arroja la presente investigación se pueden advertir las siguientes:

1. La motivación es elemento esencial del debido proceso para los actos administrativos por los cuales se decide el retiro de un funcionario en provisionalidad, dado que se deben precisar las circunstancias de hecho y derecho por las cuales la administración sostiene la legitimidad de su decisión.
2. Todo acto administrativo, que no sea expresamente excluido por norma legal, debe ser motivado.
3. La no motivación de actos administrativos por los cuales se retira a los servidores en provisionalidad genera violación a derechos fundamentales como el debido proceso, la igualdad, el principio de estabilidad laboral, la legalidad, la publicidad, entre otros.
4. La forma de retiro de empleados públicos de carrera solo puede ser prevista constitucional y legalmente y no puede ser regulada por normas de inferior jerarquía.
5. La falta de motivación configura una causal autónoma de nulidad, susceptible de ser reclamada ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en la medida que desconoce normas constitucionales (derecho fundamental al debido proceso, principio de publicidad y el derecho a la tutela judicial efectiva). Esto en razón a que el acto administrativo en su expedición debe observar prioritariamente la Constitución y no solo la ley o el decreto reglamentario.
6. La estabilidad laboral para funcionarios en provisionalidad es mayor que la de los de libre nombramiento y remoción, siendo precaria para los últimos, y por ello la discrecionalidad para el retiro no puede ser la misma, toda vez que para los provisionales se exige la motivación del acto administrativo.
7. La acción de tutela se constituye como una petición autónoma y un mecanismo idóneo para el solo efecto de exigir la motivación del acto administrativo de retiro de empleados provisionales, en aras de propender la protección del debido proceso, ya que no existe otro mecanismo jurídico como la pretensión contencioso-administrativa para lograr este fin.

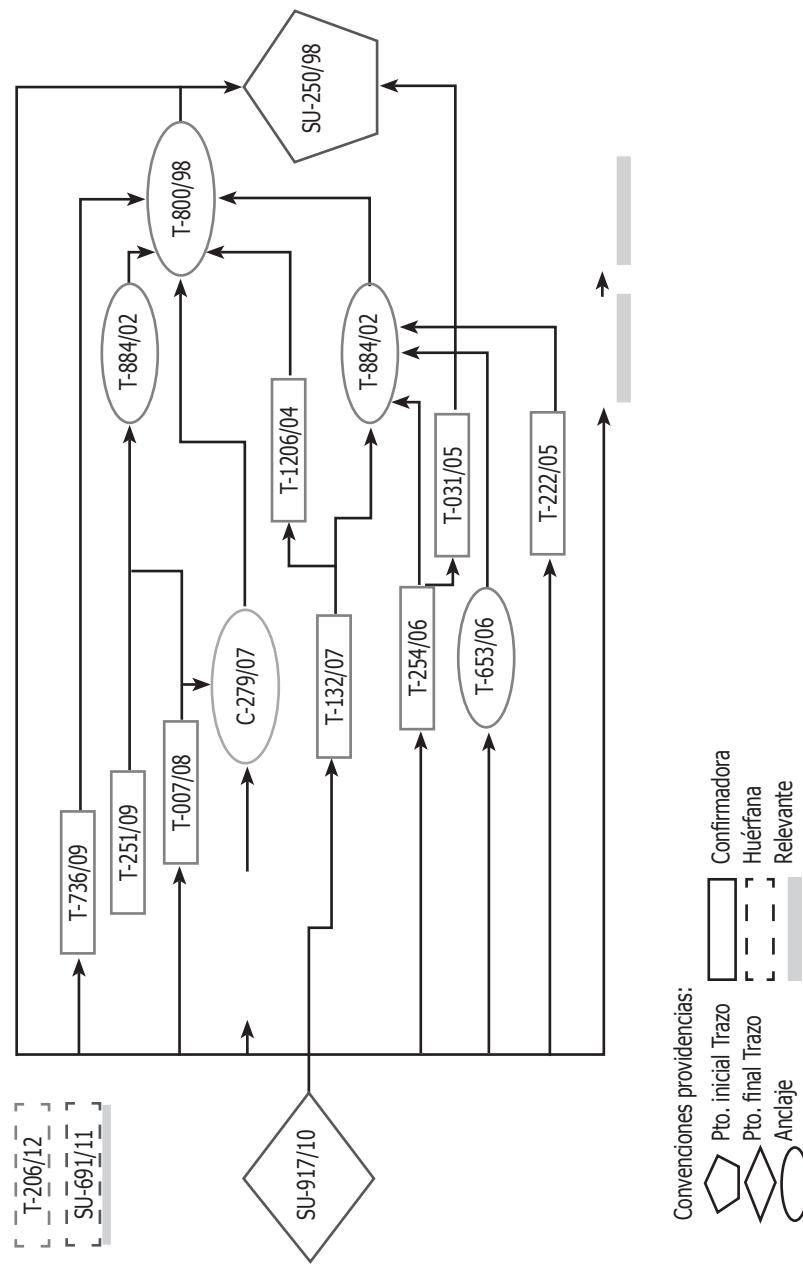


Figura 2. Diagrama de flujo del trazo jurisprudencial sobre el principio del debido proceso.

3.2. Exigencia para el reconocimiento del principio constitucional de la primacía de la realidad en la jurisprudencia colombiana de las dos últimas décadas (contrato/orden de prestación de servicios)

Realizado un análisis de la legislación y la jurisprudencia colombiana, se encuentra que han buscado mantener la legalidad y constitucionalidad del contrato de prestación de servicios, y que éste ha evolucionado a fin de que no sea convertido en un instrumento que vulnere los derechos mínimos laborales del talento que se vincule a la administración pública, hasta el punto de exigir como condición mínima para su suscripción: la ausencia de personal suficiente o la exigencia de conocimientos especializados, además de que sea por el término estrictamente necesario y no sea susceptible de ser confundido con una relación laboral que implique el pago de prestaciones sociales.

La legislación ha optado por evitar el mal uso del contrato estatal de prestación de servicios mediante la creación de la figura jurídica de contratos temporales, contemplada en la Ley 909 de 2004, que permite la vinculación de talento al servicio del Estado, de forma excepcional para cumplir funciones administrativas temporales; sin que por ello pueda utilizarse esta figura para la permanencia de un empleo, y sin necesidad de recurrir por error a la figura jurídica de contratación estatal de prestación de servicios.

Por su parte, la jurisprudencia ha mantenido la constitucionalidad de las diferentes normas que han regulado el contrato estatal de prestación de servicios, siempre que se den las exigencias legales para su real existencia. Es decir, en el entendido de encontrarse que la administración ha ocultado un verdadero vínculo legal y reglamentario o un contrato laboral con un contrato de prestación de servicios, se debe propender por proteger los derechos laborales, dando plena aplicación al principio constitucional de primacía de la realidad sobre la forma.

Tabla 5. Universo citacional sobre la exigencia para el reconocimiento del principio constitucional de la primacía de la realidad, en la jurisprudencia colombiana de las dos últimas décadas.

AÑO	SENTENCIAS CONSEJO DE ESTADO										SENTENCIAS CONSEJO DE ESTADO									
	1993	1994	1995	1996	1997	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2006	2007	2008	2009	2010
C-056 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz	C-555 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz	C-280 M.P. Alejandro Martínez Caballero	C-154 M.P. Hernando Herrera Vergara					C-037 M.P. Avaro Tañur Galvis	T-426 M.P. Eduardo Montalegre Lynett	T-1109 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto	C-397 M.P. Jaime Araujo Rentería	C-960 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa	C-614 M.P. Jorge Ignacio Pretel Chajub.							
								RAD 3530 21-02-2002 C.P. Jesús Lemus.	RAD 4798 3-07-2003 C.P. Alejandro Ordóñez.	RAD 0099-03 19-02-2004 C.P. Alejandro Ordóñez.	RAD 4312 7-04-2005 C.P. Jesús Lemus	RAD 4669-04 30-03-2006 C.P. Alejandro Ordóñez.	RAD 2152 6-03-2008 C.P. Gustavo Gómez Aranguren							
								RAD 1654 25-01-2001 C.P. Nicolás Pájaro	RAD 0370 21-08-2003 C.P. Jesús Lemus	RAD 0245-2161 23-06-2005 C.P. Jesús Lemus	RAD 3776 16-11-2006 C.P. Jesús Lemus	RAD 2776 17-04-2008 C.P. Jaime Moreno								
									Nicolás Pájaro	Cas lab. 21-04-2004 M.P. Eduardo López Villegas			Cas. Lab. 31-08-2010 M.P. Camilo Tarquino Gálego							

SENTENCIAS DE TUTELA

CONSEJO DE ESTADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en una sentencia de importancia jurídica, agrega un término nuevo al argot jurídico para diferenciar cuando no se presenta el elemento subordinación, denominado *coordinación*. Pues se establece que una actividad meramente coordinada con el quehacer diario de la entidad y basada en las cláusulas contractuales, no es subordinada. Los fallos han decantado que no hay coordinación cuando se trata de labores que implican el cumplimiento de funciones públicas típicas, como las propias de una jefatura de presupuesto, mensajería, técnico y operador de sistemas de entidad pública, jefe de Departamento de Riesgos Profesionales y docentes.

No obstante, no existe pronunciamiento de las otras cortes con referencia a este nuevo elemento de análisis. Se observa de igual manera que jurisprudencialmente surge otra *sub-regla*, es decir, se agrega un nuevo elemento a la relación laboral únicamente a fin de determinar con claridad si se está ante la presencia de contratos estatales de prestación de servicios o ante la existencia de un contrato realidad. Se habla de la *función permanente*, y se definen taxativamente los criterios que sumados a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resultan determinantes para delimitar el tipo contractual. Estos son: criterio funcional, criterio de igualdad, criterio temporal o de la habitualidad, criterio de la excepcionalidad y criterio de la continuidad. Estos fueron retomados por la sentencia final del trazo o C-614 de 2009, con fundamento en pronunciamientos realizados en fallos del Consejo de Estado, en los cuales se estudió la existencia del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades. Este fallo es de gran importancia, pues conmina a las entidades públicas y a los organismos de control para que se advierta y se evite esta práctica. No obstante el precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para las entidades y autoridades públicas, durante cerca de dos años de entrada en vigencia del mandato de la Corte Constitucional, han persistido en celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales y jurídicas para realizar labores y actividades permanentes.

3.3. Apoderamiento del principio de igualdad en la lista de elegibles para proveer cargos de carrera administrativa. Análisis jurisprudencial 1992-2013

En Colombia se cuenta desde 1938 con una normatividad en materia de carrera administrativa para los diferentes empleos del Estado, pero su aplicación se ha dificultado por la falta de voluntad política, el clientelismo, la corrupción y otros factores que demarcan la adquisición de nuestra propia cultura política, alejada de los fines constitucionales.

La Constitución Política de Colombia ha establecido el principio de igualdad como la principal forma para que sus ciudadanos lleguen a ejercer la función pública. En desarrollo de aquel, existe la carrera administrativa como principio rector trazado por la Constitución Política de Colombia, la que por regla general debe aplicarse para la provisión de cargos en la mayoría de entidades estatales, donde el criterio del mérito debe practicarse por parte del nominador.

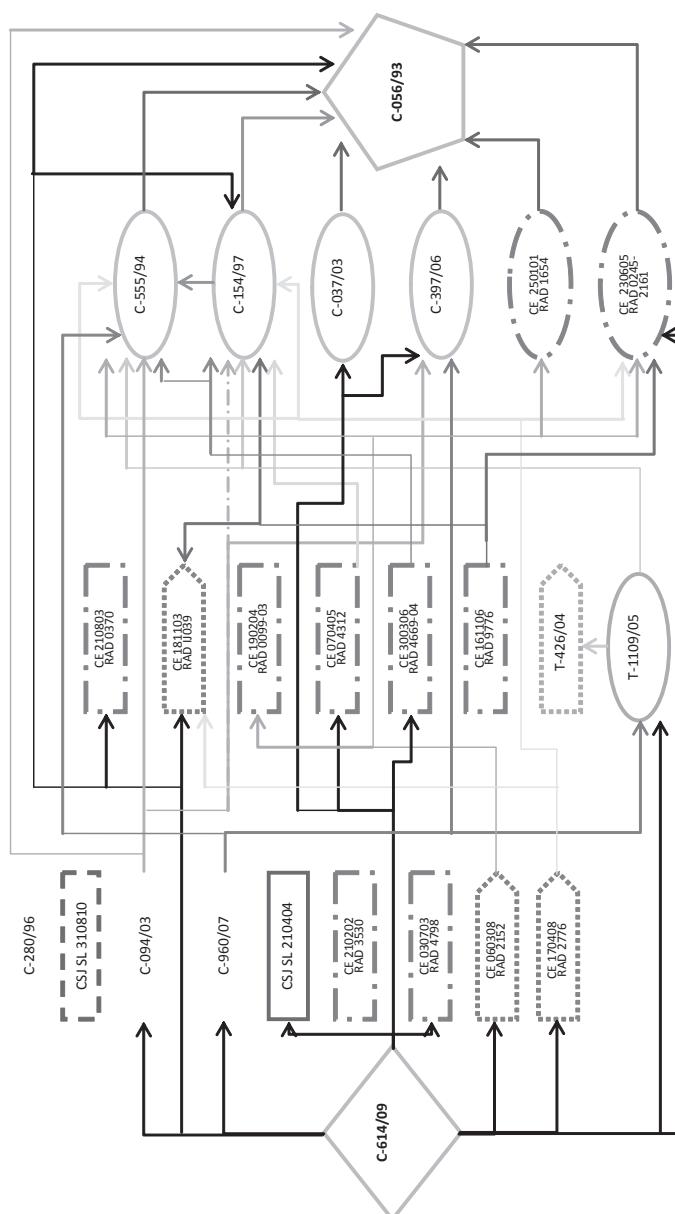


Figura 3. Diagrama de flujo del trazo jurisprudencial sobre el principio de primacía de la realidad

Frente a la diferenciación entre principio, valor y derecho a la igualdad, la Corte Constitucional en sentencia C-042 de 2003, manifestó lo siguiente:

Desde esta perspectiva, la igualdad como principio, valor y derecho fundamental se erige en límite constitucional de las competencias de regulación normativa que incumbe al legislador como titular de la cláusula general de competencia de modo que, so pretexto del ejercicio de la libertad de configuración normativa, no es constitucionalmente válido restringir el goce de derechos sin una justificación objetiva y razonable. En otros términos, la garantía efectiva de la igualdad constituye uno de los límites materiales que el legislador encuentra al ejercicio de su función, fuera de los cuales no le es posible obrar, por plausible y encomiable que sea el objetivo buscado con las normas que profiere.

En materia de lista de elegibles y provisión de cargos, la entidad nominadora por regla general deberá siempre nombrar al primero de la lista y respetarla, en estricto orden descendente, aun cuando se trate de concursos realizados en entidades o cargos a los que no se aplique la carrera administrativa, como es el caso de los trabajadores oficiales y los empleados de libre nombramiento y remoción.

Se establece que si en una entidad se realiza un concurso de méritos para proveer un cargo de carrera administrativa, la misma está obligada a respetar todas y cada una de las reglas previamente establecidas. Así mismo, si se establece alguna otra prueba diferente al examen escrito por todos presentado, como el caso de una conferencia por ejemplo, los puntajes obtenidos por cada uno de los participantes deben ser públicos y debe notificarse a los interesados para garantizar su derecho de contradicción.

Adicionalmente, desconocer el riguroso orden que se impone cuando, agotadas todas las etapas de selección, surjan nuevos elementos que a juicio de la entidad son valederos o justificables, pero que a la postre resultan dilatorios del proceso, más aún cuando son varios los cargos a proveer, equivale a quebrantar unilateralmente las bases de dicha convocatoria.

Todo concurso que se convoque para proveer cargos de carrera administrativa deberá ser público y abierto, a fin de garantizar la realización de los postulados constitucionales de igualdad de trato y del mérito en el acceso a la función pública, para que los mejores elementos lleguen a la misma.

Tabla 6. Universo citacional sobre el apoderamiento del principio de igualdad en la lista de elegibles para proveer cargos de carrera administrativa. Análisis jurisprudencial 1002-2013.

PRINCIPIOS QUE REGULAN LAS RELACIONES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO COLOMBIANO: ANÁLISIS DE LAS SUBREGLAS DE LA JURISPRUDENCIA

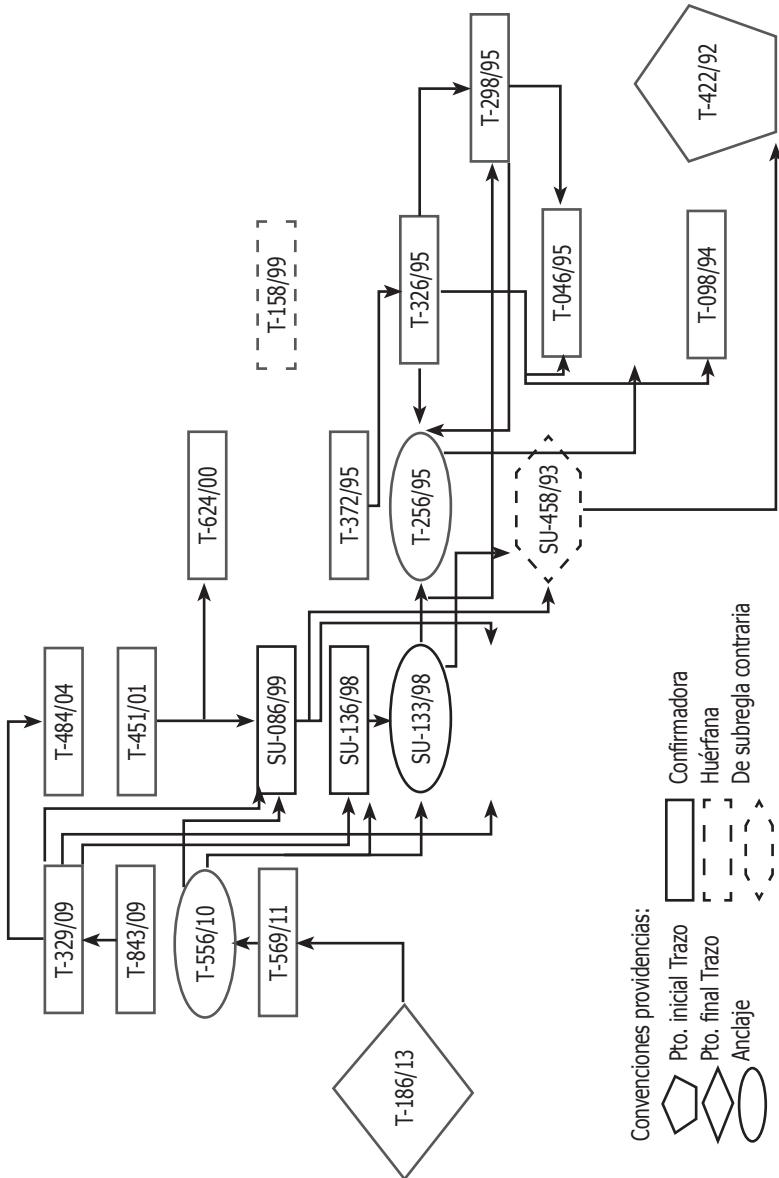


Figura 4. Diagrama de flujo del trazo jurisprudencial sobre el principio de igualdad.

4. CONCLUSIONES

Luego de sistematizar la totalidad de los datos con el propósito de proponer un panorama claro y real del tema estudiado, es posible asegurar que sí se pueden identificar los principios que orientan un ordenamiento jurídico a partir de un adecuado análisis de las *ratios* de la jurisprudencia; siendo este el adecuado entendimiento del ordenamiento jurídico positivo patrio, tal como se puede constatar en los fallos de la Corte Constitucional:

[...]una interpretación adecuada del artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.
(Sentencia C-539 de 2011)

Ha quedado visto que cuando se inicia un estudio de principios, este debe acomodarse a la realidad histórica en que se desarrolla (Goyes & Hidalgo, 2007), y por lo mismo, se está comprobando que esos mínimos extractados de las diversas reglas jurisprudenciales son básicamente declaraciones dinámicas, es decir, si bien mantienen su núcleo esencial, permanentemente se adaptan a las nuevas condiciones impuestas por el desarrollo de la actividad del Estado en sus diversas manifestaciones.

Esta estrategia pedagógica está diseñada para reducir el estudio de la masa decisinal, de un tema extenso, a un número prudente de decisiones en las que se define y se da contorno a las subreglas judiciales, que en este caso enriquecen el manejo de los distintos principios que subyacen frente a este punto del derecho. Esta estrategia, de cierta manera trata de ampliar el modelo propuesto por López Medina (2006), quien propone en cuanto al estudio de los pronunciamientos de las altas cortes:

El derecho de origen jurisprudencial tiene una característica sobresaliente: su desarrollo se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la subregla vigente en un momento dado (o lo que es lo mismo, para identificar el lugar del “balance constitucional” dentro de dos extremos posibles) hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí. (p.139)

Tal enfoque significó que los principios expresados en las sentencias de los altos tribunales fueran precisados a partir de la mixtura de tres ejes fundamentales: 1) un resumen de los hechos que originan el pronunciamiento de fondo (de la demanda administrativa, de la acción de tutela, o del contenido de las normas que fueron atacadas en inconstitucionalidad); 2) una síntesis de los fundamentos jurídicos en

los cuales se basa el tribunal para adoptar una decisión de restablecimiento del derecho subjetivo, de protección de derechos fundamentales o de exequibilidad o inexequibilidad de una norma; y 3) una síntesis de la decisión adoptada por la alta corporación.

Al ejercer una discriminación positiva sobre los distintos fallos judiciales, se posibilitó la identificación de los momentos iniciales y terminales del trazo, los puntos de anclaje jurisprudencial, las providencias fijadoras de criterios y, por supuesto, la providencia fundacional del principio escogido.

Se demuestra a través de la presente experiencia que los participantes han logrado desarrollar capacidades no solo investigativas, sino también de elaboración de discusiones jurídicas y de edificación de trazos jurisprudenciales o diagramas de flujo jurídico, relativamente complejos, lo cual contextualiza en la praxis este proyecto, pues su adecuada realización tiene un impacto académico cierto y verificable.

No cabe duda acerca de la vigencia de los principios en la esfera de la función pública, pues aun siendo estos sometidos a juicios de ponderación, han salido victoriosos en un gran número de decisiones, frente a otros objetivos sociales. Esto ratifica que existe un alto nivel de convergencia a torno a su respeto, reflejando su validez y su carácter de normas colectivamente vinculantes.

Bibliografía

Alexy, R. (2000). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Editorial Ariel.

Arango Rivadeneira, R. (1994). "El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional". En: *Revista de Derecho Público*, Nº 5, Universidad de los Andes, pp. 50 - 60.

Aragón Reyes, M. (1997). *El juez ordinario entre la legalidad y constitucionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Atienza, M. (2005) *Las razones del Derecho. Teorías de la Argumentación jurídica*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Bernal Pulido, C. (2007). *El Derecho de los derechos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bidart Campos, G. (1995). *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera.

Bobbio, N. (1994). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Editorial Temis.

Calsamiglia, A. (1993). *Ensayo sobre Dworkin, Prólogo a Los Derechos en Serio*, Madrid: Planeta Agostini.

Cohem, F. (1933) *Systems and Legal Ideals*, New York: Falcon Press.

Dueñas, O. (2005). *Control Constitucional, análisis de un siglo de jurisprudencia*. Bogotá: Rodríguez Editores.

Derecho Constitucional. Perspectivas Críticas. (1996). Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores.

Dworkin, R. (1998). *Los derechos en serio*. Madrid: Editorial Ariel.

Favoreau, L. (1999). *Legalidad y Constitucionalidad. La constitucionalización del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

García Solano, A. (1981), *Derecho al Trabajo, principios y relaciones individuales*, Bogotá: Ed. Temis.

Goyes Moreno, I. & Hidalgo Oviedo, M. (2007). *Principios del derecho laboral: líneas jurisprudenciales*. 2ed, San Juan de Pasto: Universidad de Nariño.

López Medina, D. E. (2006). *El Derecho de los Jueces*. 2ed, Bogotá: Legis Editores S.A.

Morelli Rico, S. (1997). *¿La Corte Constitucional: Un legislador complementario?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Obando Garrido, J. M. (2010). *Tratado de Derecho Administrativo Laboral*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Prieto Sanchis, L. (1992), *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Uprimmy, R. & Rodríguez, A. (2003) *La interpretación judicial*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura & Universidad Nacional.

Valencia Restrepo, H. (2005). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 3ed, Bogotá: Temis.

Younes Moreno, D. (2001). *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Temis.