



Revista Logos, Ciencia & Tecnología
ISSN: 2145-549X
revistalogoscyt@gmail.com
Policía Nacional de Colombia
Colombia

Paz Obando, Francisco Edmundo
Principios que regulan las relaciones laborales en el sector público colombiano: Análisis de las subreglas en la jurisprudencia. Experiencia investigativa
Revista Logos, Ciencia & Tecnología, vol. 6, núm. 1, julio-diciembre, 2014, pp. 81-93
Policía Nacional de Colombia
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517751550007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

Principios que regulan las relaciones laborales en el sector público colombiano: Análisis de las subreglas en la jurisprudencia. Experiencia investigativa

Principles governing labor relations in the Colombian public sector: Analysis of subregulations in jurisprudence. Investigative experience

PRINCÍPIOS QUE REGEM AS RELAÇÕES DE TRABALHO NO SETOR PÚBLICO COLOMBIANO: ANÁLISE DE SUB-REGRAS EM JURISPRUDÊNCIA. EXPERIÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO

Francisco Edmundo Paz Obando*

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 es 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).

Fecha recibido: diciembre 15 de 2013

Fecha de aceptación: Julio 28 de 2014

DOI: <http://dx.doi.org/10.22335/rct.v6i1.156>

*Coordinador de este proyecto. Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Laboral & Seguridad Social de la misma institución, Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Docente CIESJU (Udebar), miembro del grupo de investigación DEJURE del CIESJU. <http://orcid.org/0000-0003-2408-0730>

Está 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, ha sido el objeto central de esta investigación.

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

Abstract

The concept of public employment has indisputable importance to the Labor Law and the Public Administration, therefore can not be neglected the fact that the civil service in all its manifestations is a basic part of the administrative structure, that's why its study is important, especially when dealing with matters pertaining to the not always well understood public service treated by Chapter II of Title V of the Constitution of 1991. So is clear that the public service is governed by constitutional principles, which the law embodies at special but fragmentary rules, whose interpretation has been left to the national jurisprudence. Also it was verified that from these statements flows a number of generic and abstract "subrules", which can not be inferred directly, but require a process of legal hermeneutics, after which will emerge as the principles of Public Employment in our country. The study of these court rulings over the life of the actual Constitution and the corresponding structuring of the principles decanted, from jurisprudential traces has been the central object of this investigation.

Keywords: principles, function, public, lines, jurisprudence

Resumo

O conceito de emprego público é incontestável importância para o direito do trabalho e para a ciência da Administração Pública, portanto, não pode ignorar o fato de que o serviço público em qualquer de suas manifestações, constitui uma parte fundamental do quadro administrativo, portanto, seu estudo é importante, especialmente quando pertencente ao serviço público nem sempre bem compreendido (tratada principalmente pelo Capítulo II do Título V da Constituição de 1991). Esta materiais do curso são abordados de forma que o serviço público regulada pela lei constitucional princípios incorporados nas regras especiais de orientação, mas fragmentária, cuja interpretação foi deixado para a jurisprudência nacional. Ele identificou que esses pronunciamentos fluir um número de "sub-regras", equipados com um caráter genérico e abstrato, por isso não pode ser inferida diretamente, mas exigem um processo de hermenéutica judiciais, após o qual surgir tão cedo emprego público no nosso país. O

estudo desses pronunciamentos judiciais sobre a validade desta Política Carta e os princípios estruturantes correspondentes decantadas através de traços jurisprudenciais, tem sido o foco desta investigação.

Palavras-chave: princípios, função, público, linhas, jurisprudencia

Introducción

Al contrario de lo que sucede en otros órdenes 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, toda vez 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, toda vez que si bien el modelo colombiano en este punto de 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, lo que 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, está claro que el mero positivismo ya no puede regular la complejidad del mundo jurídico en acción (casos de Derecho atípico) y por lo tanto resulta importante desarrollar los contenidos de las normas, no solo por medio de actos administrativos reglamentarios y objetivos (Decreto); 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), solo deben ser considerados como criterios orientadores de la función pública. 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 otros tipos de estándares, 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 solo 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 que su estudio caiga en el excesivo ritualismo dogmático, tan común en este medio. La anterior consideración explica en sí misma por qué esta investigación se realizó mediante el análisis documental de un variado número de providencias (autos & sentencias) proferidos por la jurisprudencia nacional, ejercicio hermenéutico que está permitiendo 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 en 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 "noción" castiza 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".

Con lo que 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 predios del Derecho Constitucional que en terrenos del Derecho Legal. Lo anterior nos recuerda, por supuesto, que para el positivismo el derecho solo 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 amorfia regulación normativa, la 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): "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" (p.11-12), las cuales en materia de principios el desarrollo de este proyecto ha ido identificando, estudiando y articulando, para contribuir con el conocimiento del derecho vigente, atendiendo a su naturaleza axiológica.

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 solo 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 ser ofrecido 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 las normas tipo 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, y libre nombramiento y remoción y 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 Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, 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. El cual se origina ni más ni menos que en la satisfacción de pretensiones, es decir, declaraciones de voluntad petitoria, basadas los del Tribunal Constitucional en normas contenidas en la Carta Magna y referidas en muchos casos a leyes o a normas con rango de ley, y las del Consejo de Estado vinculadas a actos o disposiciones que pueden vulnerar directamente derechos subjetivos e incluso fundamentales. Está claro pues, la gran variedad de procesos que hubo de tenerse 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. Hacia 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. Mas ahora, ante la entrada en vigencia de la legislación administrativa establecida por la Ley 1437, que le dio a la jurisprudencia un valor distinto al tradicional, que, sin duda, ya se está viendo reflejado en el ordenamiento positivo, tal como se ve en la Ley 1564, 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 lo que se puede afirmar que finalmente se ha reconocido positivamente que el juez está vinculado también al 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.

La pretensión que se busca es 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 que permitan contar con un tipo de justicia que promueva la aplicación de los principios como orientadores del Estado Social de Derecho.

Metodología de la experiencia

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

1. 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 de la actual Constitución.

2 . 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, se esquematizan los contenidos mínimos de esta estrategia:

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

Tabla 1. Análisis cualitativo

6. Redacción de una Disertación Jurídica: elaboradas las distintas líneas de los principios se procede a definir o estructurar 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 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.

Resultados

A continuación se relacionan los principios de la función pública en Colombia y los grupos responsables:

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"

Tabla 2. Grupos de la función pública en Colombia

Para efectos de este artículo se presenta el siguiente resumen de los resultados

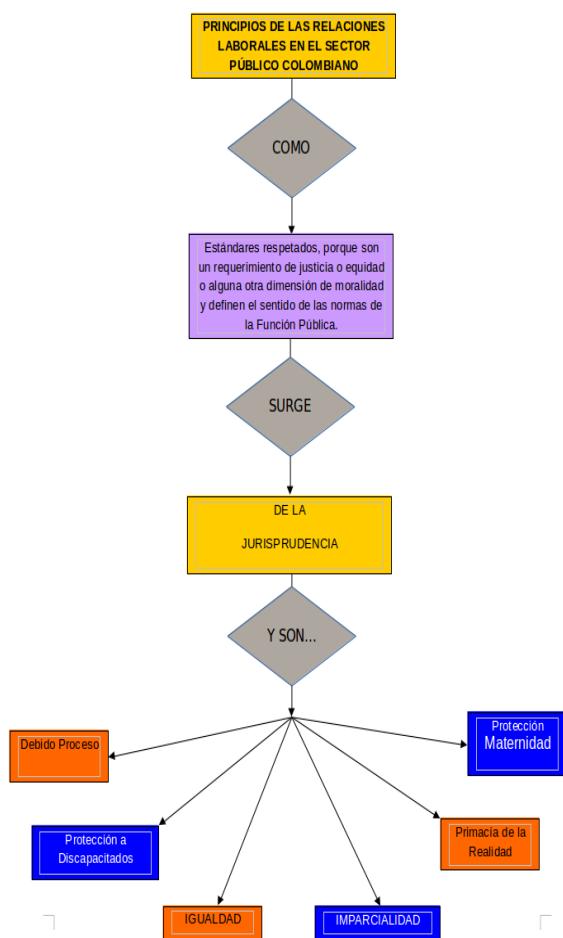


Figura 1. Resultados de los principios de las relaciones laborales en el sector público colombiano

La motivación de los actos administrativos como el elemento esencial para garantizar el principio del debido proceso en el retiro de empleados públicos en provisionalidad de acuerdo a la jurisprudencia constitucional en 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 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 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 haber tenido 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 de conformidad con el Art. 125 ibidem. 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 a partir de dicha norma, manifestando que sí es necesaria la motivación para la terminación de vínculo de relación 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, en el diagrama de flujo jurisprudencial objeto de este trabajo.



SENTENCIAS DE TUTELA

SENTENCIAS CONSTITUCIONALIDAD

SENTENCIAS UNIFICATORIAS

Figura 2. Universo citacional de la corte constitucional en los últimos 14 años en motivación del acto de retiro de empleados públicos en provisionalidad

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

- 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 los 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 servidores en provisionalidad genera violación de derechos fundamentales como el debido proceso, derecho a la igualdad,

principio de estabilidad laboral, legalidad, 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 contencioso-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 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 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, debido a que no existe otro mecanismo jurídico como la pretensión contencioso-administrativa para lograr este fin.

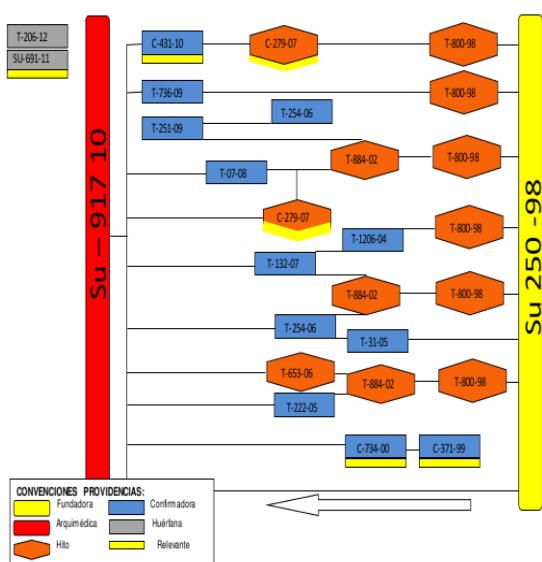


Figura 3. Trazo jurisprudencial - Diagrama flujo jurídico - Principio debido proceso

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

Realizado un análisis a la legislación y a la jurisprudencia colombiana, se encuentra que han buscado mantener la legalidad y constitucionalidad del contrato de prestación de servicios que ha evolucionado a fin de que no sea convertido en un instrumento que permita vulnerar 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, 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 excepcionales y temporales, sin que tampoco pueda utilizarse esta figura para la permanencia de un empleo permanente, y sin necesidad a 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 normas que han regulado el contrato estatal de prestación de servicios en las diferentes normas que lo han regulado, siempre que se den las exigencias legales para su real existencia; 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.

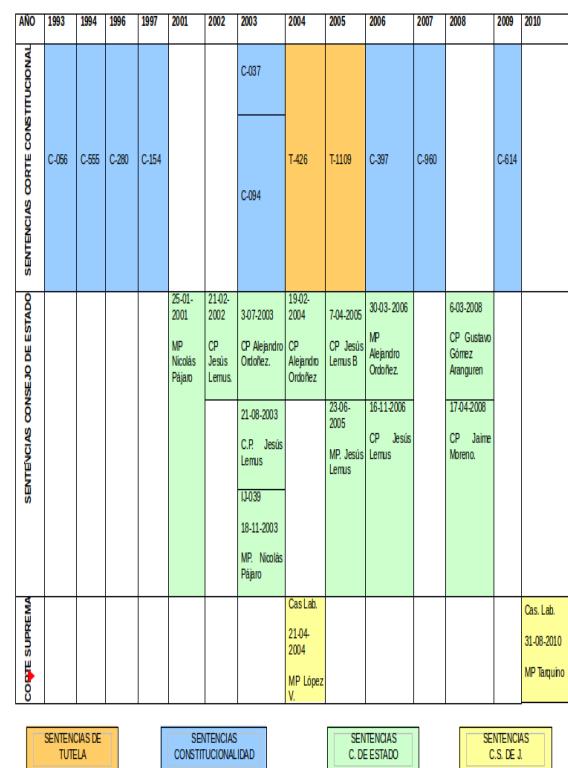


Figura 4. Universo citacional exigencia para el reconocimiento del principio constitucional de la primacía de la realidad en la jurisprudencia colombiana de las últimas dos décadas.

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 **subregla**, 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 **FUNCTION PERMANENTE**, y define taxativamente los criterios que sumados a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resultan determinante 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 criterios 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 (Cárdenas, Vergel, Rincón, 2013). 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 (2) años de entrada en vigencia el 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.

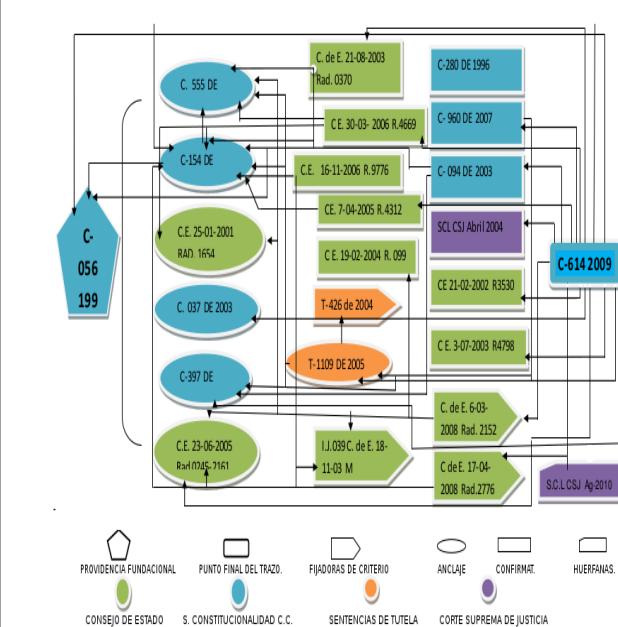


Figura 5. Diagrama de flujo jurídico - Primacía de la realidad

Apoderamiento del principio de igualdad en 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 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 aquél, existe la carrera administrativa como principio rector trazado por la Constitución Política de Colombia, misma que por regla general debe aplicarse para la provisión de cargos en la mayoría de las entidades estatales, donde el criterio del mérito debe aplicarse por parte del nominador.

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.

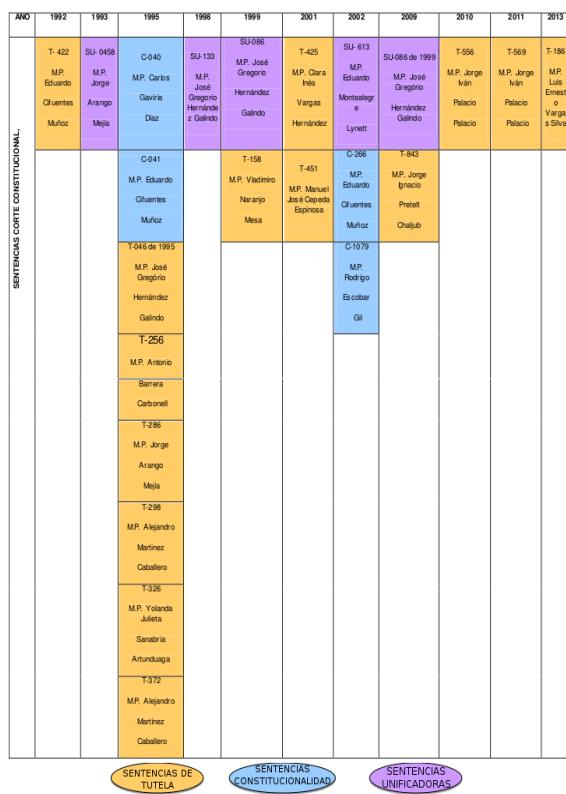


Figura 6. Universo citacional apoderamiento del principio de igualdad en la lista de elegibles para proveer cargos de carrera administrativa análisis jurisprudencial 1992-2013

En materia de lista de elegibles y provisión de cargos, la entidad nominadora por regla general deberá siempre nombrar al primero en la lista y respetar la misma, 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 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 en el caso, una conferencia, los puntajes obtenidos por cada uno de los participantes deben ser públicos y notificados 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 poste resultan dilatorios del proceso, más aún cuando son varios los cargos a proveer, equivale a quebrantar unilateralmente las bases de dicha convocatoria.

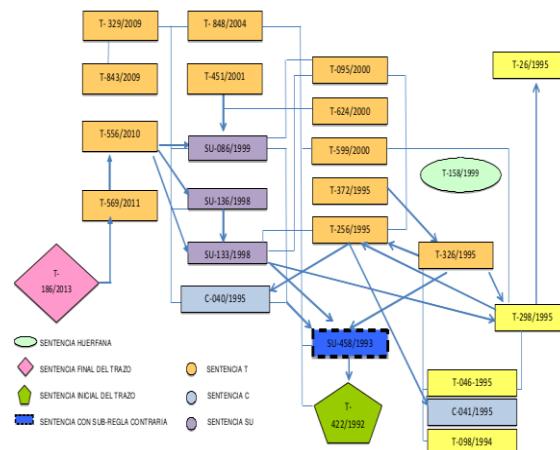


Figura 7. Trazo jurisprudencial, Diagrama de flujo jurídico - Principio de igualdad

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 para acceder a la función pública a fin de garantizar que los mejores elementos lleguen a la administración de la misma.

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 acoplarse 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 decisional, 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 un

punto de derecho; estrategia que 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 disertaciones jurídicas y de edificación de trazos jurisprudenciales o diagramas de flujo jurídico, relativamente complejos, lo cual contextualiza en la praxis a este proyecto, toda vez que 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 aún siendo

estos sometidos a juicios de ponderación, han salido victoriosos en un gran número de decisiones, frente a otros objetivos sociales; lo cual ratifica que existe un alto nivel de convergencia a torno a su respeto, reflejando su validez y carácter de normas colectivamente vinculantes.

Referencias bibliográficas

- 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. *Revista de Derecho Público*, 5.
- 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.
- Cárdenas Palomo, M.P., Vergel Ortega, M., Rincón Leal, O.L. (2013). Reliquidación de matrícula. Caracterización del beneficiario en la Universidad Francisco de Paula Santander. *Revista Ecomatemático*. 4(1).
- 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.
- Garcia 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. San Juan de Pasto: Universidad de Nariño.
- López Medina, D. E. (2006). El Derecho de los Jueces. 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, principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho. 3 ed. Bogotá: Temis.
- Younes Moreno, D. (2001). Derecho Administrativo Laboral. Bogotá: Temis.