

«LA FUNCION PUBLICA EN LOS ORDENES DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL»

Gustavo García Moreno
Abogado de la Universidad
de Antioquia, Magistrado
del Tribunal Administrativo
de Antioquia.
Profesor del Postgrado
en Derecho Administrativo
Universidad Pontificia Boliva-
riana Dr. Gilberto Peña
Castrillón.

El título de esta charla de por si es muy general y pretender disertar con minuciosidad sobre los variados asuntos que comprende constituiría, al igual que ocurre con muchos otros de los que conforman el temario de este ciclo de conferencias, materia para un curso o seminario especializado que exigiría un extenso horario.

Por tal causa, me limitaré a tratar algunos de los temas que fueron objeto de regulación en las leyes 3ª y 11 de 1986, reformatorias del régimen departamental y municipal, respectivamente, y que hoy han sido incorporadas en los decretos leyes números 1.222 y 1.333 del año en curso y que constituyen también en su orden los novísimos códigos de régimen departamental y municipal, que como se sabe expidió el gobierno nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueran conferidas por las leyes antes citadas, y con

el propósito de integrar la dispersa legislación existente en estas materias; decretos que se encuentran vigentes desde el 14 de mayo, fecha de su publicación en el Diario Oficial N° 37.466.

Las normas relativas al personal que presta sus servicios en los departamentos se encuentran recogidas en el Título VIII, Arts. 231 a 243 inclusive, del decreto ley 1.222, y las atinentes al personal de las entidades descentralizadas de este orden en el Título X, Capítulo V, Arts. 304 y 306 del mismo estatuto. Las aplicables al personal del servicio de las entidades municipales aparecen en el Título XIII, Arts. 288 a 303, inclusive, del decreto ley 1.333.

1. Función pública: concepto y formas de vinculación.

Cuando se habla de la Teoría de la Función Pública se alude al estudio del conjunto de regímenes aplicables a las personas naturales que prestan sus servicios a las personas públicas; y se entiende por "función pública" el ejercicio por una persona natural de una actividad jurídica del Estado. Por lo tanto, cuando se hace referencia al tema, es necesario apreciar cuáles son las formas de vinculación de las personas naturales con la administración y el régimen jurídico que les es aplicable, según el caso.

En el derecho público colombiano se habla de cuatro formas de vinculación a las entidades públicas: como empleado público, o sea en virtud de una relación estatutaria o reglamentaria; como trabajador oficial, esto es mediante un contrato de trabajo; por un contrato administrativo, es decir, por un contrato de prestación de servicios personales, y por último, se habla de un cuarto grupo constituido por aquellas personas que sin estar ubicadas en las situaciones anteriores, ejercen funciones públicas con carácter transitorio u ocasional, como es el caso de los Auxiliares de la Justicia, los Concejales, los Jurados de votación, los Jurados de Conciencia, los representantes del sector privado en las juntas o consejos directivos de las entidades descentralizadas, etc.

La brevedad del tiempo exige de hacer referencia a las diversas teorías o posiciones doctrinarias que en el derecho administrativo general se formula en torno a la validez o vigencia de dichas formas de vinculación al ejercicio de la función pública. La intención de momento me contrae a disertar sólo acerca de la situación de las personas que prestan sus servicios al Estado bien como empleados públicos o como trabajadores oficiales; en síntesis: a los empleados oficiales.

2. Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. - Clasificación

Al entrar en vigencia los nuevos códigos de régimen departamental y municipal, no se puede olvidar que el viejo estatuto,

la ley 4ª de 1913, consagró una distinción entre los servidores públicos y que la misma ostentó singular importancia en nuestro derecho público y laboral. El Art. 5º de la citada ley calificó como empleados públicos a todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos en las leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos, y los clasificó en tres categorías: los Magistrados, que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad; los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados, y, los meros oficiales públicos, que son empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aún sin tener tal calidad.

También se ocuparon del mismo tema clasificatorio el Art. 4º del Decreto 652 de 1935, el Decreto 1563 de 1940 y el Art. 14 del Decreto 2350 de 1944.

Pero el criterio que interesa es el que contiene el Art. 4º del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la ley 6ª de ese año, el cual dispuso: "Las relaciones entre los empleados públicos y la Administración Nacional, Departamental o Municipal, no constituyen contratos de trabajo y se rigen por las leyes especiales a menos que sean trabajadores de la construcción o sostenimiento de obras públicas o de las empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro, o de instituciones idénticas a la de los particulares o susceptibles de ser fundadas o manejadas por estos en la misma forma".

El criterio en comento imperó sin discusión hasta la expedición en diciembre de 1968 del Decreto Ley 3135, para diferenciar los empleados públicos de los trabajadores oficiales tanto en el orden nacional como en los órdenes territoriales.

En el año de 1967 se expidió la ley 65, la cual confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para dictar decretos con fuerza de ley en determinadas materias, entre otras, para modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, las condiciones que deben llenarse para ejercerlos, los cursos de adiestramiento y el régimen de nombramiento y ascensos dentro de las diferentes categorías, series y clases de empleos.

En ejercicio de tales facultades extraordinarias y en forma casi simultánea a la expedición del acto legislativo Nº 1 de 1968 que introdujo profundas reformas en la estructura constitucional colombiana, el gobierno nacional expidió una serie de decretos con fuerza de ley que integran la llamada Reforma Administrativa de 1968, cuyos contenidos reguladores en la mayor parte de sus aspectos están vigentes.

Entre esos decretos figura el 3135 "por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales", el cual en su Art. 5º consagró el siguiente criterio para distinguir a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales, a los cuales comprendió bajo la denominación genérica de empleados oficiales: "Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de las obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contratos de trabajo..... Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

El ordenamiento en cuestión originó muchas controversias a nivel de los servidores estatales, y desde luego, diversos pronunciamientos de los organismos jurisdiccionales; algunas de ellas acerca de los alcances de las normas que en materia prestacional estableció, pero sobre las cuales desde un comienzo quedó en claro que sólo comprendían a los servidores del orden nacional.

El aspecto que más polémicas suscitó fue el del criterio clasificatorio de los empleados oficiales, si comprendía únicamente a los servidores del orden nacional, como lo consideraron muchos al sostener que en los órdenes territoriales continuaba rigiendo el criterio previsto en el Decreto 2127, so pretexto de que la norma no hace referencia alguna a ellos, y que las facultades extraordinarias eran para regular asuntos concernientes sólo al orden nacional, o por el contrario sí mas bien cobijaba a los empleados oficiales de las entidades territoriales.

En un comienzo no hubo uniformidad en los pronunciamientos jurisprudenciales, y hasta se llegó a aseverar que el Art. 5º del Decreto 3135 de 1968 era apenas aclaratorio del 4º del Decreto 2127 de 1945; pero la Corte Suprema de Justicia desde comienzos de los años 70, consideró que el precepto del Art. 5º del Decreto Ley 3135 regía para el orden nacional y también para los niveles departamental, intendencial, comisarial y municipal.

Según la Corte, y el ordinal g) del Art. 1º de la ley 65 de 1967, al otorgar facultades extraordinarias al presidente de la república para modificar las normas que regulan la clasificación de los empleos, no limitó la facultad al orden nacional, como sí lo hizo el ordinal f) del mismo precepto al conferirle facultades respecto de las remuneraciones y de las prestaciones sociales de los servidores nacionales.

Precisó: "Dentro de la reforma existen preceptos que se refieren únicamente a los trabajadores nacionales, como los de régimen de prestaciones, pero el Art. 5º citado, no puede limitarse a los empleos nacionales, sino que también cobija a los departamentales y municipales, porque la aplicación de un criterio, el del Art. 5º para lo nacional, y el del Art. 4º del decreto 2127 de 1945 para los departamentales y municipales, conduciría al absurdo. No puede entenderse cómo los servidores de la Administración Nacional sean en los establecimientos públicos empleados públicos, y no lo sean o puedan legalmente no serlo en los establecimientos públicos departamentales o municipales, cuando sus actividades tengan la misma naturaleza aunque en órbita geográfica a nivel político diferente.

"De lo anterior se concluye que lo dispuesto en el Art. 5º del Decreto 3135 de 1968 se aplica tanto a los servidores nacionales como a los departamentales, municipales, intendenciales y comisariales, porque obedece a la naturaleza jurídica de la vinculación de los servidores oficiales y que sólamente lo relativo a remuneración y prestaciones, tiene tratamiento distinto según la entidad con la cual se vinculen, o sea nacional, departamental, municipal, intendencial, o comisarial". Algo más: agregaba la Corte que el criterio del decreto 3135 no era simplemente aclaratorio de lo dispuesto en el Decreto 2127/45, sino modificatorio. En verdad resultaría ilógico que un decreto con fuerza de ley como el 3135 fuera simplemente aclaratorio de uno que ostenta el carácter apenas de reglamentario, como lo es el 2127/45. (Sentencia de julio 30 de 1974. Ponente: Dr. Alejandro Córdoba Medina).

Esta tesis es similar a la expuesta con amplitud en fallo del 17 de mayo de 1973 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, al decidir el juicio ordinario sobre pretensión de nulidad de las resoluciones 069 de diciembre 9/71 y 001 de enero 12/72 del Gerente de las Empresas Varias de Medellín. En ese mismo año el Consejo de Estado también se inclinaba por dicha posición, como se aprecia en sentencias de esa época en las cuales fuera ponente el entonces consejero Dr. Eduardo Aguilar Vélez. La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, la prohibió en numerosas providencias y no tengo noticias que la haya variado.

Parecería que ya el asunto estuviera clarificado, pero en 1982 y en 1984, dos fallos dictados por las Secciones Segunda y Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado revivieron la polémica.

La primera sentencia de fecha 25 de septiembre de 1982 y de la cual fue ponente el consejero Alvaro Orejuela Gómez, tuvo por causa la acción de nulidad que instauró el Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia contra el decreto departamental 01485

de 1977, que clasificó como empleados públicos algunos cargos. El Consejo de Estado afirma: que conforme al numeral 10 del Art. 76 de la Constitución Nacional compete al Congreso por medio de leyes, el regular "los otros aspectos del servicio público" y que dentro de estos incuestionablemente setá el vínculo que une a la administración con sus servidores. Que los gobernadores carecen de atribución constitucional para clasificar a los servidores de su departamento entre empleados públicos y trabajadores oficiales y que lo mismo sucede con las Asambleas departamentales. Que las leyes pueden indicar "las reglas y ordenamientos necesarios para fijar la naturaleza jurídica de esa relación en forma que permita a otros organismos o autoridades el desarrollo de los principios contenidos en aquella. Es lo que acontece con el Art. 5º del Decreto 3135/68, pues tal precepto define de manera general quiénes son empleados públicos y cuáles trabajadores oficiales, y prescribe además que en los estatutos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado se precise qué clase de actividades pueden ser desempeñadas por trabajadores oficiales y cuáles por empleados públicos, respectivamente".

"Ahora bien, aceptando que el Art. 5º del Decreto citado, es aplicable a los servidores de los departamentos y no únicamente a los de carácter nacional, se llega a la conclusión de que tampoco en virtud de dicha norma el Gobernador puede determinar cuáles de los empleos del orden departamental deben ser ejercidos por empleados públicos y cuáles por trabajadores oficiales, por cuanto esa disposición sólo permite tal clasificación en los estatutos de los establecimientos públicos para señalar la labor en que pueden ocuparse". (Sentencia de septiembre 25 de 1982. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Alvaro Orejuela Gómez. Expediente 3424. Actor: Sindicato de Trabajadores del Departamento de Antioquia. **Actos del Orden Departamental** (1).

La segunda, la sentencia del 14 de mayo de 1984 que no previene por cierto de la Sección Segunda o Laboral sino de la Sección Primera, con ponencia del Consejero Mario Enrique Pérez V., fue mucho más allá que la anterior al sostener que el Art. 5º del Decreto 3135, sólo comprende a los empleados públicos y trabajadores oficiales del orden nacional, "pues ni la ley de facultades ni el mismo decreto se refieren a otros servidores". Que si se examina con detenimiento las facultades otorgadas al presidente de la república mediante la ley 65/67, se llega a la conclusión de que las facultades extraordinarias en virtud de las cuales se expidió el Decreto 3135, que éste se refiere exclusivamente a las entidades del orden nacional, a las cuales alude el propio Art. 5º. Que de lo anterior se deduce que los empleados y trabajadores oficiales de carácter local se rigen por la ley 6ª de 1945 y especialmente por el Art. 4º del Decreto 2127 que, como sabemos, contiene el criterio clasificatorio.

"Es función -dice el Consejo- del legislador (y éste ha hecho uso de ella) definir quiénes son empleados públicos. Así lo hizo al expedir el Art. 5º de la ley 4ª de 1913, el cual fue modificado por el Art. 1º del decreto 3074 de 1968 únicamente en cuanto a los servidores públicos de la nación, quedando vigente lo concerniente a los empleados departamentales y municipales, además ha hecho referencia a la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, para fines laborales en la ley 6ª/45 y en el decreto 2127 del mismo año". (2).

Esta última providencia se inclina por el criterio de quienes frente a la norma contenida en el Art. 5º del decreto 3135, afirmaron que su alcance estaba restringido al orden nacional.

Con el respeto que merece la Sección Primera del H. Consejo de Estado, considero que quizás el análisis más acertado sobre los alcances del literal g) del Art. 1º de la ley 65/67, y por ende del criterio clasificatorio contenido en el Art. 5º del decreto 3135, es el que considera que el precepto alcanzaba los órdenes territoriales, que las facultades para la clasificación no estaban circunscritas al nacional y que como lo apuntó la H. Suprema de Justicia, los conceptos jurídicos no pueden tener alcance diferente en los distintos órdenes y la norma en referencia no era tan solo aclaratoria de un precepto meramente reglamentario. Esta es la tesis que ha orientado por lo regular la jurisprudencia y en particular, de la Sección Segunda del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Antioquia.

Es más, aún admitiendo en gracia de discusión que el análisis del fallo de 1984 sea el más acertado, el legislador zanjó la disputa y en las leyes 3ª y 11 del presente año sobre régimen departamental y municipal, lo mismo que en el Decreto Ley 1221 del pasado 18 de abril, Estatuto Básico de las entidades descentralizadas del orden Departamental, y de modo expreso se acogió al principio jurídico definitorio consagrado en el Art. 5º del decreto 3135, y en forma expresa lo aplicó a los servidores departamentales y municipales.

Así, el nuevo Código de Régimen Departamental (Dcto. 1.222) en el Art. 233, dispone:

"Los servidores departamentales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos departamentales se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

"Quiénes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta departamentales son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas em-

presas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

Y el Art. 304:

“Las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos se precisarán qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

“Quienes presten sus servicios a las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

A su turno el Código de Régimen Municipal (Dcto. 1333) en el Art. 292:

“Los servidores municipales son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

“Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta municipales con participación estatal mayoritaria son trabajadores oficiales. Sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

Queda un problema por resolver: si se acoge la directriz jurisprudencial plasmada en el fallo de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado de septiembre de 1982, y según la cual las Asambleas y los gobernadores y lo propio podría decirse de los consejos y de los Alcades, carecen de competencia para definir mediante reglamentaciones si determinados cargos en la administración se catalogan como empleos públicos, por no ser de aquellos comprendidos como de la construcción y el sostenimiento de obras públicas, entonces a qué pauta deben atender los administradores oficiales cuando se trata de definir el tratamiento jurídico que debe darse a ciertos empleados oficiales, cuyas funciones pueden dar lugar a dudas sobre la calidad con que se ejercen, es decir, si en razón de un nexo estatutario o reglamentario, o mediante vinculación contractual?

Frente a esas situaciones se deben analizar objetivamente las funciones que corresponde ejercer en cada paso a los empleados, para establecer si se conjugan dos elementos como son, el ejercicio de una actividad en la cual predomina la fuerza física, material o muscular; y que el empleo no implica el ejercicio de funciones administrativas. Esos elementos aunados a los conceptos jurisprudenciales y doctrinarios acerca de lo que constituye obra pública, permitirán establecer si el empleado ostenta la calidad de trabajador oficial o de empleado público.

3. La creación, fusión y supresión de los empleos en los municipios.

Preceptúa el Art. 63 de la Constitución Nacional: "No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento".

Como puede inferirse de los apartes anteriores de esta exposición, en Colombia predomina la distinción entre los empleados públicos y los trabajadores oficiales con base en un concepto orgánico; se tiene en cuenta la entidad a la cual presta sus servicios la persona natural y, excepcionalmente, se atiende a la actividad que desarrolla. Como lo ha definido en numerosas oportunidades la jurisprudencia quien se vincula mediante la celebración de un contrato de trabajo a una entidad pública para desempeñar un cargo que conforme a los criterios clasificatorios corresponde a un empleo público, por el hecho de haber celebrado el contrato no desdibuja en nada la calidad de empleado público que le atribuye la ley y el nexo estatutario que según la misma rige las relaciones entre la administración y quien ejerce el empleo.

Pero el concepto intrínseco de lo que constituye el empleo público tiene significativas connotaciones en diversos campos como el de la responsabilidad penal, disciplinaria, fiscal, etc. y desde luego para efectos como los de la estabilidad, los ascensos, el régimen de la carrera administrativa, etc. De allí que la inquietud que surge es la de saber qué se considera en el régimen jurídico patrio por empleo público y la respuesta la depara el Dcto. Ley 2.400/68 y su modificatorio el 3074 del mismo año, ambos también expedidos con base en las facultades extraordinarias de la Ley 65/67 y por lo tanto integrantes de la reforma administrativa de aquella época.

Dice el Art. 2º que se entiende por empleo "el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignada por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural", y por empleado o funcionario, "la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo".

El Decreto reglamentario 1950/73 precisó aún más la noción al prescribir que empleo es "el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades establecidas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignados por autoridad competente, para satisfacer necesidades permanentes de la administración pública y que deben ser atendidas por una persona natural".

Aunque las normas citadas pertenecen a estatutos cuyo expreso objetivo era regular la administración del personal civil que presta sus servicios en empleos de la Rama Ejecutiva del poder público en lo nacional, como sus contenidos comprenden conceptos generales de derecho que imperan en los distintos órdenes administrativos por igual, resultan plenamente aplicables al tema en comento.

La Ley 4ª de 1913 en su Art. 169, atribución 4ª, asignaba a los concejos municipales la tarea de "crear empleados para el servicio municipal, señalarles sus atribuciones, duración y remuneraciones, sin contravenir a las leyes y ordenanzas,.....", y durante muchos decenios nadie, a dichos organismos discutió tal competencia.

La aparición del acto legislativo Nº 1 de 1968 varió el panorama fundamentalmente porque al señalar en su Art. 62, que corresponde al 197 de la actual codificación, las atribuciones de los concejos en lo concerniente a la organización municipal, se limitó a asignarles la de "determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleos", aunque en la atribución 8ª los facultó para "Ejercer las demás funciones que la ley les señale".

Un examen de tales preceptos hecho de manera aislada y no en armonía con el contexto general de la Constitución autoriza para pensar que no hubo cambio significativo en el sistema y que los concejos conservaron la función que les asignó la ley 4ª de 1913, pero ocurre que si el análisis se efectúa frente a la estructura funcional que consagró el importante acto reformativo de la constitución, se concluye que el régimen previsto para los municipios en la ley resulta en abierta contradicción con el sistema acogido en las normas constitucionales y por esa razón la Corte Suprema de Justicia y el H. Consejo de Estado, expusieron en reiterados fallos que frente a las nuevas normas superiores había que entender que la competencia de los concejos para la creación de empleos en las dependencias distritales ajenas a su propia órbita quedaron derogadas y que, dado el sistema del paralelismo de formas administrativas que consagró la Constitución Nacional para lo nacional y lo departamental también estaba vigente para lo municipal. En esta materia la norma constitucional señaló lo que correspondía a los concejos y aun cuando las normas constitucionales no la establecen, como tampoco las de carácter legal, como función expresa del Alcalde, esta competencia

está prevista en el Art. 2º de la ley 72 de 1926 que les otorga una cláusula general de atribuciones para atender las necesidades del servicio municipal.

El Tribunal Administrativo de Antioquia prohió estos criterios jurisprudenciales en multitud de ocasiones, y se pueden sintetizar de la siguiente manera:

“En virtud del Acto Legislativo Nº 1 de 1968, la Carta Política acogió el paralelismo de las formas administrativas en cuanto se refiere a la tarea de fijar la estructura de la administración en sus distintos órdenes para la determinación de las funciones que conciernen a sus dependencias y para la creación, fusión y supresión de los empleos que demanda el servicio oficial.

“Así se tiene que las primeras cuestiones (estructura y funciones) según el Art. 11 atribución 9º de dicha enmienda constitucional (Art. 76-9ª de la actual codificación), esta área que en lo nacional compete al Congreso; en lo departamental, conforme al Art. 157 ordinal 5ª de la reforma (Art. 187-5ª de la codificación vigente), a la Asamblea, y, en lo municipal, por prescripción del Art. 62, atribución 3ª, (197-3ª, codificación ibídem), la competencia se atribuyó al concejo.

“Por otro lado, para la creación, fusión y supresión de empleos del orden nacional, tal potestad corresponde al Presidente de la República, así como el señalar sus funciones específicas, dentro de los marcos de la estructura administrativa dispuesta por la ley (Art. 41 numeral 21 del acto legislativo Nº 1 de 1968, o Art. 120 numeral 21 de la codificación vigente).

“Para el orden departamental se previó que tal competencia radicaría en el gobernador, con sujeción a la pauta estructural fijada por las Asambleas (Art. 6º a-9ª del Acto Legislativo Nº 1/68, o Art. 194 atribución 9ª de la codificación actual).

“Pero en este campo no se dijo nada para el orden municipal. Sin embargo debe entenderse que cuando menos en lo relativo a los empleos que dependen del Alcalde dicha competencia ya no concierne al concejo municipal, pues la disposición contenida en el Art. 169, atribución 4ª de la ley 4ª de 1913, que si se la reconocía, debe entenderse derogada tácitamente por el precepto reformativo de la Constitución antes citado y que limitó de modo expreso el ámbito de acción de las corporaciones municipales a **“determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos”**.

“No resulta válido pretextar la supervivencia integral del canon de la ley 4ª de 1913 con el argumento de la atribución 8ª del

Art. 197 (atribución 8ª del Art. 62 del Acto Legislativo Nº 1 de 1968), que faculta a los cabildos para ejercer "las demás funciones que la ley les señale pues una sana interpretación del precepto solo puede llevar a concluir que se refiere a otras funciones no previstas o tratadas de modo expreso por el constituyente, y sería por demás ilógico, contrario al espíritu que impera en la Constitución, que para el orden local se consagrara un sistema diferente al que en forma expresa se implantó para los órdenes nacional y departamental, o sea la repartición de las tareas entre los órganos colegiados y los correspondientes ejecutivos.

"Por tales razones debe concluirse que la tarea de crear, fusionar y suprimir los empleos que demandan los servicios municipales dependientes en forma directa del Alcalde, es competencia privativa de este funcionario y no del concejo municipal, en virtud del sistema del paralelismo de las formas administrativas vigentes en la Constitución Colombiana, sin que pueda argumentarse en contra que tal afirmación significa el reconocimiento de una "competencia tácita" en favor de dicho órgano administrativo ya que, de conformidad con el Art. 2º de la ley 72 de 1926, la cual se hizo extensiva a la generalidad de los municipios del país, corresponde al Alcalde "dirigir la acción administrativa en el municipio nombrando y separando libremente sus agentes **y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración**" (Subrayas de la Sala), una de las cuales puede ser precisamente la de crear, o suprimir, o fusionar empleos conforme a la existencia del servicio. (Asunto: Exequibilidad. -Acuerdo 017 de Diciembre 31/82 expedido por el Concejo Municipal de Venecia. Magistrado Ponente: Gustavo García Moreno. Octubre 18 de 1.984).

No se olvide que el pensamiento expuesto por los organismos jurisprudenciales alude a los empleos municipales de lo que se llama la administración activa, a aquellos ubicados en relación de dependencia directa del Alcalde municipal y no para aquellos de las dependencias del concejo municipal como la Secretaría de la corporación, la Tesorería, la Personería y la Contraloría, pues nunca se ha discutido que en relación con tales organismos los concejos sean los competentes para resolver lo pertinente sobre creación, supresión y fusión de empleos, de acuerdo con las necesidades del servicio.

Volviendo al tema de los empleos municipales que dependen del Alcalde, la ley 11 sí introdujo un interesante sistema en el cual aunque se aparta del régimen consagrado para la materia en la Carta, acoge fórmulas previstas en la misma para muchos asuntos y que pueden considerarse como convenientes dadas las realidades de la vida municipal, los intereses que se conjugan, el fortalecimiento manifiesto de la figura del Alcalde a causa del reciente acto legislativo que consagró la elección popular de Alcaldes, etc. (Acto Legislativo Nº 1 de 1986).

El nuevo código de Régimen Municipal establece en los Arts. 288 y 289 las normas relativas al tema, en las cuales se distinguen dos atribuciones: la primera establecida en el Art. 288 que responde a la prevista en el Art. 197-3ª de la Constitución Nacional, o sea la de adoptar, a iniciativa del Alcalde, la nomenclatura y clasificación de los empleos de las Alcaldías, Secretarías y de sus Oficinas y dependencias y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos.

Vale la pena observar que para el ejercicio de esta función según el 197 atribución 3ª de la Carta Política, no se exige de modo expreso el requisito de la iniciativa del Alcalde, pero como las atribuciones de estos organismos, según el encabezamiento del mismo Art. "se ejercerán conforme a la ley", era perfectamente permitido al legislador, como en efecto lo hizo, consagrar en este caso la exigencia de la iniciativa por parte del Alcalde, la cual no se da tratándose de las contralorías, personerías y tesorerías.

La segunda, referente al tema que nos interesa, o sea a la creación, fusión y supresión de empleos, función que en los ámbitos nacional y departamental corresponde por lo regular al jefe de la respectiva administración, presidente o gobernador, con observancia de las normas sobre la estructura administrativa, funciones de las dependencias y escalas de remuneración que establezca el Congreso o las Asambleas, en el municipio la ley no la asignó al jefe de la administración local, el Alcalde, como sería lo lógico de aplicarse el sistema del paralelismo de formas, sino que la atribuyó como lo hacía la vieja ley 4ª al concejo municipal, pero sujetando su ejercicio al requisito de la iniciativa previa del Alcalde en cuanto a los empleos de los organismos dependientes de él jerárquicamente y como es natural para los que corresponden a los organismos adscritos en forma directa al cabildo, el ejercicio de la atribución tampoco necesita de la iniciativa del Alcalde.

Se quiso mediante el sistema que consagran estos preceptos, evitar excesos o abusos bien fuera por parte del órgano de representación popular, el concejo, o del jefe de la administración local, el Alcalde, desafueros que por lo general como lo demuestra la historia, son fruto de los parroquiales vaivenes políticos y a la postre solo se traducen en el anormal funcionamiento de los servicios municipales o en desbordadas erogaciones para sus menguados fiscos.

4. El régimen prestacional de los servidores departamentales y municipales.

Constituye uno de los aspectos más polémicos desde el punto de vista jurídico y que desde luego mayores controversias de distinta índole puede suscitar en un futuro cercano. Por las limitaciones obvias e inherentes a la investidura de magistrado me limitaré sim-

plemente a bosquejar el problema en cuestión, y que no es otro a la luz de las disposiciones de los nuevos códigos que el de la suerte de los derechos y prerrogativas que con anterioridad a los estatutos legales establecieron en favor de los empleados de los órdenes territoriales las asambleas departamentales y los concejos municipales.

El Código de Régimen Departamental en el Art. 24 para los empleados públicos y trabajadores oficiales de los departamentos, y en el 306 para los que prestan sus servicios en las entidades descentralizadas de ese orden, y el Código de Régimen Municipal en el Art. 291 para los empleados públicos municipales, prevén que el régimen de sus prestaciones sociales será el que establezca la ley; en otras palabras, se aceptó por el legislador el criterio que venía imperando en la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado en los últimos años, según la cual las corporaciones administrativas, asambleas y concejos, carecen de competencia constitucional para regular en materia prestacional por corresponder esta función de modo exclusivo al legislador.

Hay que hacer la salvedad respecto a los trabajadores oficiales tanto del orden departamental como municipal, para los que como expresamente lo da a entender el Art. 293 del Código Municipal, las normas legales constituyen las garantías mínimas y mediante las cláusulas de los respectivos contratos y las negociaciones colectivas, pueden obtener prerrogativas prestacionales, pues de lo contrario se desconocerían las normas vigentes del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes.

El problema versa concretamente es sobre las prestaciones sociales extralegales de los empleados públicos de los órdenes departamental y municipal, y es de vieja data aunque apenas desde 1982 la Sección Segunda del Consejo de Estado de manera reiterada afirma la incompetencia funcional de los Concejos y Asambleas, e inclusive ha llegado a inaplicar de oficio disposiciones ordenanzaes por pretexto de inconstitucionalidad e ilegalidad.

En fallo de agosto 14 de 1974 el Tribunal Administrativo de Antioquia, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo en el proceso ordinario de plena jurisdicción de carácter laboral que instauró el señor Graciliano Arcila V. contra la Universidad de Antioquia, hizo los siguientes comentarios:

“En los órdenes departamental y municipal el asunto es un poco menos claro, hasta el punto que la facultad que tienen los entes territoriales para estatuir sobre prestaciones sociales, dentro de los límites generales que exige la ley, no se desprende explícitamente de la Constitución sino de la interpretación de sus principios generales y de la armonización de algunos de sus textos, pudiéndose citar entre estos los Arts. 16, 17, 32, 187, 197; aceptándose así

que los departamentos y municipios pueden mejorar el sistema de la ley, el cual se considera consagratorio de los derechos mínimos de los empleados oficiales en general. Se hace esta afirmación por cuanto el Art. 22 de la ley 6ª de 1945 facultó al gobierno para señalar por medio de decretos las prestaciones que debían pagarse a los empleados y obreros correspondientes y porque en cumplimiento de la norma citada fue expedido el decreto 2767 de ese mismo año que hizo extensivo a los departamentos y municipios en su Art. 1º las prestaciones del Art. 17 de aquella, con las excepciones previstas en el mismo ordenamiento Art. 4º pero que permitió en el Art. 9º el establecimiento de un régimen más favorable según se desprende de su inequívoco texto: no obstante cualquier clasificación, prevalecerán las prestaciones más favorables reconocidas por la respectiva entidad en virtud de ordenanzas, decretos, acuerdos, convenciones colectivas o fallos arbitrales.

“Basta recordar que durante la discusión del proyecto de reforma constitucional en el Senado con base en reflexiones similares a las expuestas en el párrafo precedente, el constituyente suprimió lo relacionado con las prestaciones sociales que las asambleas y concejos podían expedir a esos niveles (Art. 187 regla 5ª y 197 ordinal 3º) y que había sido aprobado en la primera vuelta”.

El H. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al fallar el recurso extraordinario de súplica propuesto en el proceso que por demanda en ejercicio de la acción de nulidad instauró el Dr. Mario Rodríguez Monsalve en contra del Acuerdo Nº 60/75 del Concejo municipal de Medellín, que extendió expresamente a los pensionados de las Empresas Públicas y de las Empresas Varias los beneficios prestacionales reconocidos en el Acuerdo 34/70 del mismo cabildo, revocó las sentencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Antioquia y por la Sección Segunda del Consejo de Estado que aceptaban la nulidad del acto impugnado, pero no afrontó el tema de la incompetencia del cabildo con fundamento en que el régimen prestacional en el sector público únicamente pueda emanar de las leyes que expida el Congreso, porque como lo afirma, no se le planteó al formularle el recurso y apenas examinó el problema de la supuesta incompetencia del concejo para dictar este tipo de normas con relación a las entidades descentralizadas municipales.

Pero posteriormente, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, el 17 de noviembre de 1982 y al fallar el proceso que por acción de nulidad en contra del Art. 2º de la ordenanza 60 de 1965 del Departamento de Santander, propuso la señora Carmen Pérez de Ardila, afirmó lo siguiente:

“Corresponde normalmente al Congreso y al Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias, establecer o modificar

el régimen de las prestaciones sociales de carácter oficial, según se desprende de los Arts. 62, 76 atribuciones 1ª, 9ª, que se refiere exclusivamente al orden nacional, 10 y 12, capítulo XVIII, especialmente los Arts. 187 y 197. De acuerdo con el Art. 62 el régimen jubilatorio es de carácter legal: de conformidad con la atribución 10 del Art. 76, corresponde al legislador regular los aspectos del servicio público distintos de los previstos en las anteriores atribuciones contempladas en el mismo Art. El servicio público a que se refiere la norma comprende el que prestan las entidades territoriales. Por otra parte, no existe en la Constitución Nacional ninguna disposición que de facultades a las asambleas departamental y concejos municipales y mucho menos a gobernadores y alcaldes para regular el régimen de las prestaciones sociales, como sí sucede en lo que respecta a la estructura de la administración departamental y municipal, la determinación de las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo (Art. 187, ordinales 5 y 6, en coordinación con el Art. 194, ordinal 9ª y el Art. 197, atribuciones 3ª y 4ª).

“Ciertamente el sistema de las prestaciones sociales es posterior a la Constitución de 1886, que estableció las bases del régimen de la administración departamental y municipal; pero las reformas constitucionales que se hicieron en este siglo, después de que se instituyeron en el país las prestaciones sociales, no otorgaron a las asambleas departamentales y concejos municipales la facultad de crearlas o de regular el régimen de ellas. Es muy distinto el hecho de que la constitución de 1886 reservó para el Congreso, en su Art. 62 la facultad de regular el régimen de jubilación y que obviamente no correspondía entonces al régimen de prestación social.

“Por eso fue necesario que una ley, el Código de Régimen Político y Municipal, con base en lo dispuesto por la Constitución Nacional, en el numeral 11 (de su Art. 187 facultara en su Art. 97 ordinal 4), a las asambleas departamentales para “decretar pensiones de jubilación a los maestros de escuelas oficiales que hubieran servido por el tiempo que las mismas asambleas podrán determinar, y que no será menor de 15 años”; y que otra ley, la 83 de 1925, autorizara a las mismas asambleas “para decretar pensiones a favor de los deudos de los ciudadanos que como Alcaldes o funcionarios de policía, recibieran muerte violenta a consecuencia del desempeño de sus deberes”.

“Fuera de la norma antes citada, el Código de Régimen Político y Municipal no contiene ninguna referente a prestaciones sociales; en cambio sí en lo que atañe a la creación de empleos, determinación de sus funciones y de su remuneración (Art. 169 ordinal 4º).

“Finalmente, se debe anotar que los servidores departamentales y municipales, al igual que los de las otras entidades territoriales,

están sometidos, en cuanto el régimen de sus prestaciones sociales, a disposiciones legales y reglamentarias dictadas por el Congreso y por el gobierno nacional, como son entre otras, las pertinentes a la ley 6ª de 1945, decretos 1600 Art. 12, y 2767 del mismo año, ley 65/46, ley 24/47, Art. 1º ley 72/74, Art. 21, decreto 1160 de 1947, decreto 2921/48, ley 4ª de 1966, ley 4ª de 1976, ley 21 de 1982, esta última sobre subsidio familiar, Art. 3º de la ley 5ª de 1969, que sustituyó el 9º de la ley 48 de 1962, etc. En cuanto a su situación de empleados públicos que rige para ellos el decreto extraordinario 1732 de 1960, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 65 del decreto 2400 de 1968, modificado por el Art. 1º del decreto 3074 del mismo año.

“Las normas legales y reglamentarias que establecen prestaciones sociales para los empleados oficiales al servicio de las entidades territoriales y determinan los hechos que las originan, los elementos que las estructuran, la forma de liquidarlas, la cuantía de las mismas, etc., no pueden ser modificadas mediante ordenanzas de las asambleas y acuerdos de los concejos, sino por medio de una ley o un decreto expedido por el presidente de la república, de conformidad con sus facultades constitucionales y legales. (Constitución Nacional, Art. 76, atribución 1ª numeral 12 y 120, ordinal 3º)”.

El criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado obviamente no es compartido por muchos, e inclusive el Tribunal Administrativo de Antioquia en diversos fallos de mayoría optó por la tesis contraria, la de inferir del análisis de distintos preceptos de la Constitución como son los Arts. 5º, 197, 187, 183, la competencia para regular las corporaciones administrativas correspondientes en materia de prestaciones y partiendo también del principio de que las normas consagradas en la ley en la materia constituyen las garantías mínimas.

Así por ejemplo, en providencia de febrero 10 de 1985 al resolver la exequibilidad del Acuerdo 43 de 1984 del Concejo de Cañasgordas con ponencia del Magistrado Humberto Cárdenas Gómez, decisión que tenía como punto de referencia los planteamientos expuestos por el mandatario seccional, que no eran otros distintos a la transcripción del concepto del Consejo de Estado, argumentó entre otras cosas que la competencia que la Constitución atribuye a las asambleas y concejos para lo relacionado con los servicios a cargo de las entidades territoriales “tiene que llevar consigo la de fijar los salarios y las prestaciones sociales de los agentes encargados de los mismos”. Que la prestación social del servidor público “es una consecuencia directa o inmediata de la asignación que el mismo tenga señalada. Que el municipio “que es la entidad que establece las asignaciones está en condiciones de sesionar con un criterio racional y justo y sin afectar su patrimonio las prestaciones de su personal.....”.

Y lo que es muy importante:

"Tan consciente el legislador de lo anterior, que la ley 64 de 1946, reformativa de la ley 6ª de 1945, que regula la situación social de los empleados públicos y los trabajadores oficiales de los órdenes departamental y municipal reconoce implícitamente la facultad de estos entes territoriales para dictar normas en materia prestacional, cuando establece en su Art. 20 que las cajas de previsión constituídas por los departamentos y los municipios por autorización del Decreto 2767 de 1945 "no podrán pagar a los trabajadores afiliados prestaciones sociales inferiores a las consagradas por la ley". Más explícito aún es este último decreto -el 2767 de 1945- al preceptuar que, no obstante cualquier clasificación, "prevalecerán las **prestaciones más favorables** reconocidas por la respectiva entidad en virtud de ordenanzas, decretos, acuerdos, convenciones colectivas o fallos arbitrales...."

"Se concluye entonces que es clara la competencia de las regiones para dictar normas sobre prestaciones sociales del personal oficial, porque se trata de colectividades independientes y autónomas dotadas del poder jurídico suficiente para manejar sus propios bienes y organizar los servicios públicos cuya prestación les corresponde". (Asunto: Exequibilidad del Acuerdo N° 43 del 5 de febrero/84 expedido por el Concejo de Cañasgordas. Magistrado Ponente: Humberto Cárdenas Gómez).

Tal posición que por mayoría se sostuvo en el Tribunal, posteriormente y al resolver sobre la exequibilidad de los acuerdos 021 y 032 de 1983 del municipio de Concordia, fue recogida en atención a los reiterados fallos de la Sección Segunda en los cuales insistía en su tesis, e inclusive, en uno de ellos (Proceso Ordinario por acción de plena jurisdicción de carácter laboral, instaurado por Joaquín Guillermo Restrepo contra el Departamento de Antioquia), inaplicó disposiciones ordenanzaes expedidas por la Asamblea de Antioquia, en las cuales se consagran beneficios extralegales en materia jubilaria para servidores de la entidad territorial, por estimar que estaban en contradicción con la Constitución y la ley.

Se dijo:

"Según expresos mandatos de la Carta el sistema jubilatorio corresponde gobernarlo a la ley expedida por el Congreso o, en su caso, por el Presidente de la República utilizando facultades extraordinarias, fuera de que la misma Constitución también deja en manos del legislador regular el régimen de las prestaciones sociales de los empleados públicos, facultades estas de las cuales carecen las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales.

"No podía consecuentemente, la Asamblea Departamental de Antioquia decretar reajuste alguno sobre las pensiones o cuotas pen-

sionales a cargo del tesorero departamental, en tanto que el reajuste o aumento de una pensión, tiene la misma naturaleza jurídica del derecho reajustado.

“De lo anterior se deduce que los aumentos de la pensión reconocida al demandante están regulados, en la actualidad, exclusivamente, por la ley 4ª de 1976, la cual resultó infringida por la Ordenanza 58 de 1979 a que se hizo referencia, cuando ordenó unos reajustes no previstos en ella”. (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Doctor Joaquín Vanín Tello. Actor: Joaquín Guillermo Restrepo Suárez. Expediente: 11.332. Mayo 8/85).

Aparecen ahora las normas de los nuevos códigos en las cuales se dispone que los empleados departamentales y municipales tienen derecho a las prestaciones sociales que consagra la ley, pero el debate no concluye, pues de inmediato se suscitan varios interrogantes que merecen un cuidadoso análisis por parte de los cultores del derecho público, entre los cuales se puede plantear lo siguiente:

Existen incontables actos administrativos, Ordenanzas y Acuerdos, expedidos con anterioridad a los códigos, en materia prestacional y que consagran beneficios de carácter extralegal. Como actos administrativos que son, poseen el atributo de la presunción de legalidad y por consiguiente, al tenor del Art. 192 de la Carta Constitucional, “son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

Se podrá con apoyo en el Art. 215 de la misma Carta, inaplicar por la administración so pretexto de estar en abierta contradicción con la Constitución y la ley? Con todo el respeto discrepamos de la posición asumida por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en el citado pronunciamiento, porque el problema de la presunta incompetencia de las corporaciones administrativas de los órdenes territoriales para regular en la materia por encima de la ley, no es tan claro, no es tan evidente, y los argumentos de quienes les reconocen competencia, ofrecen solidez jurídica y no pueden desecharse de plano olímpicamente.

La inaplicabilidad de las normas jurídicas de manera oficiosa está reservada para aquellos eventos en los cuales la contradicción es notoria, evidente, salta a la vista y no para cuando se requieren de complicadas elucubraciones jurídicas para advertirla.

Por lo tanto, y sin adelantar mayores conceptos acerca de la cuestión, en principio podría sostenerse, salvo mejor opinión, que esas disposiciones continúan vigentes según el citado precepto constitucional, y que las administraciones departamentales y municipales no pueden de buenas a primeras inaplicarlas.

Aún más: para el ámbito municipal se consagró disposición expresa que aunque no aparece en el Estatuto Departamental, contiene un principio de derecho que también debe tenerse en cuenta en este orden. En el párrafo del Art. 293 del Decreto 1333 se establece que "las situaciones jurídicas laborales definidas por disposiciones municipales no serán afectadas por lo establecido en los dos Arts. anteriores", o sea por los que señalan que las prestaciones de los empleados públicos serán las consagradas en la ley. Este precepto sin duda constituye un freno para que la administración pública inaplique esas disposiciones prestacionales a quienes ya tienen sus situaciones jurídicas definidas. El problema subsiste en especial para quienes aún no gozan de esa situación.

Pero no faltará alguien que predique la inconstitucionalidad de la norma so pretexto de legalizar disposiciones locales que por ejemplo en materia jubilatoria, consagran beneficios superiores a los estatuidos en la ley.

Como se ve en las cuestiones señaladas surgen y surgirán multitud de inquietudes que los jueces, litigantes y estudiosos del derecho deberán tratar de solucionar, lo más pronto posible, dadas las connotaciones socio-económicas que implican.

4. Otros Aspectos.

En la historia legislativa colombiana, específicamente desde el año de 1938 en que se expidió la ley 65, se conoce de la existencia de normas sobre carrera administrativa. El acto plebiscitario del 1º de diciembre de 1957 erigió en uno de los postulados fundamentales que deben regir en materia de la administración del personal civil al servicio del Estado, el sistema de la carrera administrativa, y desde el año de 1960 se estableció y reglamentó para los empleados oficiales del orden nacional en virtud del decreto ley 1732 de ese año.

Después se han expedido importantes ordenamientos como los decretos -leyes 2400 y 3074 de 1968-, su reglamentario el decreto 1950 de 1973, y la ley 13 de 1974 y su reglamentario el decreto 482 de 1985, que regulan las distintas situaciones en el servicio, el régimen disciplinario de los empleados oficiales y la carrera administrativa, pero todos limitados al orden nacional, hasta el punto de que apenas ciertas normas que envuelven principios jurídicos generales son de posible aplicación en los demás órdenes.

En los proyectos de ley que para reformar los regímenes departamental y municipal presentó el gobierno nacional al Congreso de la República, se solicitaban facultades extraordinarias para reglamentar la carrera administrativa en estos órdenes, pero en los irris y venires por las cámaras legislativas entre los puntos que se suprimieron este fue uno de ellos y se perdió así una grande oportunidad de realizar

con mayor plenitud uno de los postulados constitucionales. Cabe recordar además como en el proyecto de lo que hoy constituye la ley 13 de 1984 sobre régimen disciplinario y carrera administrativa, sus preceptos abarcaron los órdenes territoriales, pero los sabios legisladores los redujeron en su alcance al orden nacional. Y es que no nos engañemos, la implantación del sistema de la carrera administrativa puede contrariar los intereses y apetencias de muchos poderosos y por ese motivo no resulta fácil su implantación.

Conforme al Decreto Ley 2400 de 1968 y su modificatorio el Decreto Ley 3074 de 1968, la carrera administrativa tiene por objeto mejorar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso del servicio público, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera conforme a las reglas que la ley establezca, y que para lograr tales objetivos el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos que no son de libre nombramiento y remoción se hace exclusivamente con base en el mérito, sin que en ello, la filiación política de una persona o consideraciones de otra índole puedan tener influjo alguno. (Art. 40).

La mera enunciación de lo que es en sí el sistema de la carrera administrativa, explica a las claras la causa de su no implantación a nivel departamental y municipal, en donde los empleos de la administración con suma regularidad constituyen el botín de los dominantes de turno, sin que se tenga en cuenta para nada el interés de la comunidad y como es obvio, el del propio Estado como su principal representante, director y orientador.

Por tal motivo cuando en los nuevos códigos y con observancia de los criterios de la ley de facultades, se incorporan las disposiciones plebiscitarias relativas a los empleados que desempeñan cargos de carrera administrativa, por ejemplo los Arts. 236 y 237 del Decreto 1222 y los Arts. 295 y 296 del 1333, no pasan de ser más que meros enunciados jurídicos sin instrumentos legales que los desarrollen y hagan efectivos, ya que conforme a la Constitución es competencia exclusiva del Congreso establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito de antigüedad, retiro o despido, pero esto aún no se ha hecho para lo departamental y municipal y por ende la generalidad de los servidores públicos en estos niveles son de libre nombramiento y remoción.

Y la condición de empleado público de libre nombramiento y remoción en la práctica ofrece a quien la ostenta, una precaria pre-estabilidad en el servicio como se comprueba a diario. Desafortunadamente los órganos nominadores hacen uso arbitrario de la potestad discrecional que les asiste, e inclusive como por desgracia hay que reconocerlo, se hace uso de ella para encubrir, mediante la declaratoria de insubsistencia de nombramiento su menosprecio por el de-

recho de defensa que establece el Art. 26 de la Carta, en otras palabras, para destituir sin juicio previo a los empleados de quienes se predica la comisión de hechos que pueden constituir falta disciplinaria, obviando de ese modo los trámites del debido proceso que estiman dispendiosos, en los cuales el encartado puede presentar descargos y explicar o justificar su conducta.

Lamentablemente se perdió la oportunidad pero hay que esperar que los vientos renovadores en los ámbitos territoriales no cesen, y que el legislador y el gobierno persistan en su empeño y algún día satisfagan la voluntad del constituyente.

Hay otros tópicos en torno a los cuales valdría la pena disertar pero consideramos que por hoy nuestra labor está cumplida.



NOTAS

- (1) Anales del Consejo de Estado 2º Semestre/82. Nros. 475 - 476, págs. 472 y ss.
- (2) "La función pública en Colombia. Miguel González Rodríguez. Ediciones Rosaristas. 2985, pág. 30.