



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil nueve (2009)

Radicación No. 1.948

11001-03-06-000-2009-00022-00

Referencia: Régimen especial de carrera administrativa en las Contralorías Territoriales. Contraloría de Bogotá, D. C. Ratificación del Concepto de fecha 26 de marzo de 2009.

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctora Elizabeth Rodríguez Taylor, solicita la ampliación del concepto emitido por esta Sala el 26 de marzo del 2009, porque encuentra diferencias entre el criterio allí expuesto y el de la Corte Constitucional en las sentencias Nos. C-073 y C-0175 de 2006 que, en su sentir, expresan *que el legislador puede asignar de manera transitoria y excepcional, la administración y vigilancia de la carrera administrativa en las contralorías territoriales, a la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

Para responder la Sala CONSIDERA:

A pesar de lo afirmado en la solicitud de ampliación que ahora se estudia, las sentencias C-073 y C-0175 de 2006 así como las demás proferidas por la Corte Constitucional sobre la misma materia, han excluido la posibilidad de que el legislador le asigne a la Comisión Nacional del Servicio Civil competencia alguna en relación con las carreras administrativas especiales de origen constitucional, y en particular que la aplicación transitoria del régimen general de la ley 909 de 2004 a las contralorías territoriales tampoco supone tal posibilidad.

No obstante, los términos en los que se apoya la solicitud de ampliación indican que la respuesta requiere analizar un problema jurídico concreto: ¿Es obligatorio todo el contenido de las sentencias sobre exequibilidad que profiere la Corte Constitucional?

Resuelto este interrogante, la Sala revisará las sentencias invocadas por la señora Directora en su escrito de solicitud de ampliación, y otras que igualmente tratan sobre la carrera administrativa en las contralorías territoriales y la Comisión Nacional del Servicio Civil.

1. El contenido de las sentencias de exequibilidad y su obligatoriedad:

Como todas las decisiones judiciales, los pronunciamientos de la Corte Constitucional en materia de exequibilidad se estructuran en una parte motiva y en una parte resolutive.

La parte resolutive es la decisión y su obligatoriedad está por fuera de toda discusión.

La parte motiva contiene el análisis racional que sustenta la decisión. Tratándose de un juicio sobre la constitucionalidad de una norma, el proceso de elaboración argumental puede esquematizarse en los siguientes pasos:

- a) Identificar la norma objeto de la demanda o de la revisión¹ de constitucionalidad;
- b) Individualizar las disposiciones constitucionales aplicables;
- c) Definir el problema jurídico que se plantea;
- d) Deducir la conclusión.

El examen de constitucionalidad consiste entonces en establecer si una determinada norma de rango legal se ajusta o no a la Constitución. Se trata de un método deductivo de razonamiento que se elabora a manera de un silogismo² en el cual la premisa mayor es la norma constitucional presuntamente vulnerada, la premisa menor es la norma señalada como transgresora, y la conclusión es la decisión.

En su evolución jurisprudencial, la Corte Constitucional ha diferenciado en el contenido de la parte motiva de sus sentencias, los *ratione decidendi* y los *obiter dicta*. Por las razones que se exponen brevemente, es criterio de esta Sala que los primeros tienen la misma obligatoriedad de la decisión (parte resolutive) por ser su fundamento; de los segundos no puede predicarse la misma cualidad.

Los *ratione decidendi* se integran precisamente por el o los silogismos de los que se concluye la exequibilidad o no de la norma legal; esto es, corresponden al conjunto de conceptos y argumentos con base en los cuales se conserva o excluye una norma legal del ordenamiento jurídico vigente. La jurisprudencia constitucional ha sido clara al definirlos: "... los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho"³.

De esa cualidad esencial derivan varias consecuencias: la primera es que los *ratione decidendi* comparten con la decisión su carácter obligatorio; no podría ser de otra manera puesto que son inseparables.

La segunda consecuencia es que su naturaleza argumental y demostrativa, respecto de una decisión concreta, excluye la consideración de que los *ratione decidendi* configuren reglas

¹ Las competencias de la Corte Constitucional, fijadas en el artículo 241 de la Carta incluyen la decisión sobre las demandas presentadas por los ciudadanos y la revisión oficiosa o como parte del procedimiento de adopción de normas de rango legal.

² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "Silogismo. Argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce necesariamente de las otras dos."

³ La cita es de la sentencia C-836-01, que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 4º de la ley 169 de 1896, sobre la doctrina probable constituida por tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia. Allí mismo se refieren las sentencias SU-168/99, SU-047/99, SU-640/98, T-961/00, T-937/99, T-022/01, T-1003/00 y el Auto A-016/00.

jurídicas autónomas con capacidad de modificar *per se* el ordenamiento jurídico; tienen tal efecto como parte de la decisión pero no separados de ésta.

Otra consecuencia es que como los *ratione decidendi* se elaboran a partir de la confrontación entre unas determinadas normas constitucionales y legales, no pueden ser invocados con idéntico sentido o alcance respecto de otras normas ni aplicarse por analogía o interpretarse fuera del contexto preciso de la sentencia y el análisis que ellos recogen.

Por la misma razón, la norma legal no puede adoptarse nuevamente en caso de ser declarada inexecutable y tampoco puede volver a demandarse, mientras subsista la norma constitucional con la cual fue cotejada, pues la decisión y sus fundamentos configuran la cosa juzgada constitucional; así tiene dicho la Corte Constitucional:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha tenido la oportunidad de señalar en diferentes ocasiones que el principio de la cosa juzgada constitucional “significa no solamente el carácter definitivo e incontrovertible de las sentencias que aquélla pronuncia, de manera tal que sobre el tema tratado no puede volver a plantearse litigio alguno, sino la prohibición a todo funcionario y organismo de reproducir las normas que la Corte haya declarado inexecutables por razones de fondo mientras permanezcan vigentes los mandatos constitucionales con los cuales se hizo el cotejo”.

“En aplicación de este principio superior, las decisiones de la Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, razón por la cual, una vez adoptada la decisión, ésta será vinculante e inmodificable mientras se conserven los mismos preceptos constitucionales que sirvieron de fundamento para tomarla. En tales circunstancias, una decisión de la Corte que haya hecho tránsito a cosa juzgada constitucional no será revisable hacia futuro, así se presente un cambio de la línea jurisprudencial adoptada por la Corporación.” (Se subraya – Texto original)⁴

La parte motiva de una sentencia también incluye comentarios, observaciones, posiciones, recomendaciones, atinentes al asunto sobre el que versa la decisión o a otros conexos o similares; tales expresiones constituyen los *obiter dicta*, que en palabras de la Corte Constitucional, son “... aquellas afirmaciones que no se relacionan de manera directa o necesaria con la decisión...”⁵.

De los *obiter dicta* no puede predicarse obligatoriedad alguna precisamente porque no inciden en la decisión al punto de que si se suprimieran no se alterarían ni los fundamentos de la resolución ni ésta misma.

Del alcance y las características de los contenidos que integran la parte motiva y la parte resolutive de una sentencia surge la necesidad del estudio cuidadoso que permita conocer en cada caso, a partir de la decisión, cuáles son los argumentos que por sustentarla configuran los *ratione decidendi* e integran con ella el contenido de obligatoria aplicación, y cuáles son las afirmaciones o comentarios que constituyen los *obiter dicta* y como tal, carecen de fuerza vinculante.

⁴ Sentencia C-1213 de 2001, citada en la sentencia C-837 de 2003

⁵ Cita de la sentencia C-836-01.

2. Las sentencias C-073 y C-175, ambas del 2006

Se indica en la solicitud de ampliación del concepto emitido el 26 de marzo del 2009, radicación No. 1.948, que las sentencias C-073 y C-175, ambas del 2006, expresan la posibilidad de que el legislador asigne de manera transitoria y excepcional a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la administración y la vigilancia de la carrera administrativa.

De entrada advierte la Sala que tal afirmación obra en la sentencia C-175-06 pero no tiene respaldo ni corresponde a texto alguno de la sentencia C-073-06 y por el contrario, la argumentación contenida en esta última la excluye claramente.

Se sigue ahora con el análisis de las sentencias C-073 y C-175 de 2006, bajo los criterios expuestos sobre el alcance de las partes motiva y resolutive, para identificar los *ratione decidendi* en cada una de ellas.

La sentencia C-073 de 2006:

Norma demandada: En cuanto concierne a la presente ampliación, corresponde a las expresiones del párrafo segundo del artículo tercero de la ley 909 de 2004, resaltadas en la siguiente transcripción:

“Artículo 3. Campo de aplicación de la presente ley. (...)

Parágrafo 2. Mientras se expida las normas de carrera administrativa para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley.”

Decisión:

“RESUELVE

“Primero. ...

“Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*el personal de las contralorías territoriales*” prevista en el párrafo 2° del artículo 3° de la Ley 909 de 2004.”

“Tercero. ...

Norma constitucional aplicable: Artículo 130:

“Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

El silogismo que subyace en la parte motiva de la sentencia se expresa así:

Premisa mayor: Los regímenes especiales de carrera administrativa [de origen constitucional] están excluidos de la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por el artículo 130 superior.

Premisa menor: La carrera administrativa en las contralorías territoriales es una carrera especial [de origen constitucional] en virtud de los artículos 272, inciso sexto, y 268, de la Constitución.

Conclusión: En las contralorías territoriales la carrera administrativa no puede estar administrada ni vigilada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En los términos manifiestos de la sentencia, se plantea el problema jurídico preguntando:

“¿Se vulnera el principio constitucional de la especialidad en la vigilancia y administración de la carrera administrativa previsto en el artículo 130 de la Constitución Política, cuando el legislador en el artículo 3 de la Ley 909 de 2004, somete de manera transitoria a los servidores públicos de las contralorías territoriales a la aplicación de las disposiciones que regulan el régimen general de carrera?”

La *ratio decidendi* que da la respuesta y soporta la decisión, dice:

“9. Finalmente, no se evidencia la posibilidad de que la norma acusada implique, como lo sostienen los demandantes, la intromisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil en la administración y vigilancia de la carrera en las contralorías territoriales, pues a partir de una interpretación armónica y sistemática de la Constitución Política (C. P. art. 130), junto con la disposición acusada y el artículo 7° de la Ley 909 de 2004, es claro que la citada Comisión se encuentra expresamente excluida del control sobre las carreras especiales, como lo es la correspondiente a las contralorías territoriales. Al respecto, esta última disposición señala que: “*La Comisión Nacional del Servicio Civil prevista en el artículo 130 de la Constitución Política, responsable de la administración y vigilancia de las carreras, excepto de las carreras especiales, es un órgano de garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público en los términos establecidos en la presente ley, de carácter permanente de nivel nacional, independiente de las ramas y órganos del poder público, dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio...*”. (cursiva del origina)

Es decir, que si por preciso mandato constitucional (artículo 130) la carrera administrativa especial de las contralorías territoriales está exceptuada de la administración y la vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la aplicación transitoria del régimen general de carrera administrativa en esos órganos de control fiscal, debe igualmente excluir las competencias que en la ley 909 del 2004 se asignan a dicha Comisión, por ende, la norma demandada no extendió las competencias y además, en armonía con el artículo 7° de la misma ley 909, excluye claramente una interpretación en tal sentido.

La sentencia C-073 del 2006⁶ se refiere a la carrera administrativa como el sistema constitucionalmente establecido para el acceso y el ascenso en los empleos públicos, y fuente de derechos individuales que garantiza la estabilidad en los empleos del Estado; a la reserva de ley para su regulación; a la facultad del Congreso para organizar regímenes especiales, los cuales, a diferencia de los regímenes especiales creados en la Constitución, sí están sujetos a la administración y la vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Entre los *obiter dicta* que integran la parte motiva de la sentencia que se analiza, interesa detenerse en el que aduce la solicitud de ampliación.

Dice el primer párrafo del numeral 7 de la sentencia C-073-06:

“Esta Corporación al fijar el alcance de los artículos 268-10 y 272 de la Carta Política, concluyó que el régimen de carrera en las contralorías es de carácter especial por disposición del Constituyente y que, en consecuencia, frente a la misma no le asiste ninguna función de administración ni de vigilancia a la Comisión Nacional del Servicio Civil.[Cita las sentencias C-391 de 1993 y C-372 de 1999] No obstante, como en la actualidad no se ha proferido por el legislador el régimen especial de carrera administrativa aplicable a las contralorías territoriales, la Ley 909 de 2004, en el artículo parcialmente acusado, permite la aplicación transitoria del régimen general de carrera, mientras se expiden por el legislador las normas que le serán aplicables a los servidores públicos.”

Sobre el párrafo completo la Sala hace los siguientes comentarios:

En su primera parte afirma que a la Comisión Nacional del Servicio Civil “no le asiste ninguna función de administración ni de vigilancia” en el régimen de carrera administrativa de las contralorías; y cita las decisiones precedentes en el mismo sentido, a saber, las sentencias C-391 de 1993 y C-372 de 1999, que se comentarán en este concepto más adelante.

En la segunda parte, el párrafo parafrasea la norma demandada para referirse a la aplicación transitoria del régimen general de carrera. Si esta parte se eliminara nada cambiaría en la argumentación ni en la decisión pues se limita a repetir el sentido del texto legal demandado.

Pero obsérvese que ni la redacción de este aparte ni la norma legal que en él se repite, definen cuáles serían las disposiciones de la ley 909 del 2004 aplicables a las contralorías territoriales. Entonces, su sentido sólo puede buscarse en el marco de los razonamientos y de la decisión contenidos en la sentencia, lo que significa que carece de todo fundamento afirmar que en él la Corte Constitucional estaría reconociendo la posibilidad de que el legislador le asigne competencias a la Comisión Nacional del Servicio Civil respecto de la carrera especial de las contralorías territoriales. Es claro que esa afirmación está en el texto de la sentencia C-175-06, pero como se verá, tampoco forma parte del contenido obligatorio de ella.

Más aún, en sus numerales 8 y 9, la sentencia C-073-06 continúa con la cita y transcripción parcial de las sentencias C-391 de 1993 y C-372 de 1999, para reafirmar su criterio de que

⁶ Confrontar texto de los numerales 5, 6, 7, 8 y 9, de la Sentencia C- 073-06.

la aplicación transitoria del régimen general de carrera no implica que la Comisión pueda cumplir sus funciones respecto de las contralorías⁷ y para concluir que “no se evidencia la posibilidad de que la norma acusada implique, como lo sostienen los demandantes, la intromisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil en la administración y vigilancia de la carrera en las contralorías territoriales”, puesto que el artículo 7º de la ley 909 expresamente la excluye.⁸

La sentencia C-175-06:

Norma demandada: En cuanto concierne a esta consulta, es el aparte subrayado del numeral 2 del artículo 3º de la ley 909 de 2004:

“Artículo 3º. Campo de aplicación de la presente ley.

“1...

“2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

“... - El que regula el personal docente...”

Decisión:

“RESUELVE

“Primero. Declarar exequible la expresión “El que regula el personal docente” contenida en el numeral 2 del artículo 3º de la Ley 909 de 2004, por el cargo estudiado.

“Segundo...”

Norma constitucional aplicable⁹: Artículo 130:

“Habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.”

El silogismo que subyace en la parte motiva de la sentencia se expresa así:

Premisa mayor: Los regímenes especiales de carrera administrativa [de origen constitucional] están excluidos de la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, por el artículo 130 superior.

Premisa menor: La carrera administrativa del personal docente es una carrera especial [de creación legal].

Conclusión: La carrera administrativa del personal docente debe estar administrada y vigilada por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

⁷ Confrontar específicamente el numeral 8 de la sentencia C-073-06

⁸ Confrontar específicamente el numeral 9 de la sentencia C-073-06

⁹ En el numeral III Aclaración previa, la sentencia advierte que por falta de sustentación respecto de otras disposiciones señaladas por el actor, solamente se refiere al artículo 130 constitucional.

En la parte motiva de la sentencia la Corte define el problema jurídico en “determinar si una disposición legal que establece la aplicación supletoria de normas que regulan la carrera administrativa a la carrera especial de docentes, viola el artículo 130 de la Constitución Política que establece que corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos salvo aquellas que tengan carácter especial.”

Y la *ratio decidendi* que fundamenta la decisión está definida en los siguientes párrafos:

“9. Ahora bien, al retomar los argumentos de inconstitucionalidad planteados por el actor, para la Corte es claro que se está partiendo de una premisa errada al incluir dentro de las carreras especiales a que se refiere la Constitución Política en su artículo 130 la de los docentes, pues la excepción prevista en dicho artículo, se refiere a las carreras especiales de origen constitucional y no a las especiales de creación legal, como es el caso de la de los docentes.

“En consecuencia, la remisión supletoria que hace el legislador para que la ley de carrera administrativa sea aplicada a la carrera de docentes no viola la Constitución Política, pues lo que proscribe la Carta es la administración y vigilancia de las carreras especiales de origen constitucional por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Por el contrario, la Corte ha determinado que la Comisión Nacional del Servicio Civil es el órgano competente para la vigilancia y administración de las carreras especiales de origen legal.”

La parte motiva de la sentencia también se refiere al régimen de carrera como la regla para la provisión de los empleos estatales; al reconocimiento por la vía jurisprudencial de tres tipos de carreras: *la general, las especiales o específicas de creación legal y las especiales de creación constitucional*; y reitera “el criterio general inicialmente fijado en la Sentencia C-746 de 1999, [en la cual] la Corte encuentra que, respecto a los sistemas especiales de origen legal, denominados por el legislador sistemas específicos de carrera, una interpretación sistemática de los artículos 125 y 130 de la Carta Política permite concluir que los mismos deben ser administrados y vigilados, sin ninguna excepción y con carácter obligatorio, por la Comisión Nacional del Servicio Civil, tal y como ocurre con el sistema general de carrera. ...”, concluyendo que “para el legislador es imperativo asignar las funciones de administración y vigilancia de las carreras especiales de origen legal a la Comisión Nacional del Servicio Civil.”¹⁰

Es claro que la sentencia C-175-06 que es objeto de estudio se concreta en las carreras especiales de origen legal y las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil respecto de esas carreras especiales.

En cambio, el párrafo que se transcribe enseguida se refiere a las carreras especiales de origen constitucional. Por ello, es un *obiter dictum* de esa sentencia C-175-06, y, en consecuencia no obliga ni puede tener la fuerza de modificar el concepto que invariablemente ha expresado y argumentado la Corte Constitucional en cuanto a la prohibición constitucional de asignar competencias a la Comisión Nacional del Servicio Civil en la carrera administrativa de las contralorías territoriales:

¹⁰ Ver numeral 7 de la Sentencia C-175-06

“6. Ahora bien, en cuanto al órgano encargado de la administración y vigilancia de la carrera administrativa, la Constitución dispuso la existencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En efecto, el artículo mencionado dispone que: “*Habrà una Comisión Nacional del Servicio Civil responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial*”.

“En virtud de lo anterior, la Corte debe reiterar que, sobre las carreras especiales de origen constitucional debe existir un órgano especial que tenga la función de administrarlas y vigilarlas, diferente de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Lo anterior, no obsta para que, como lo reconoció la Corte Constitucional en sentencia C-073 de 2006, el legislador pueda de manera transitoria y excepcional asignar a la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia de una carrera especial de origen constitucional. En efecto, en esa oportunidad la Corte concluyó que ante la falta de un régimen especial que regule la carrera de las contralorías territoriales, se justifica la aplicación temporal de la Ley 909 de 2004.”

Hace notar la Sala la contradicción material que existe entre la ratio decidendi de la sentencia C-073-06 y este *obiter dictum* de la sentencia C-175-06; por supuesto, aquella prima dado su carácter obligatorio como parte de la decisión adoptada en la sentencia que la contiene, mientras que el numeral 6 de la sentencia C-175-06 ni siquiera es pertinente respecto de la decisión y su fundamento en el fallo del que forma parte.

Además, como ya se analizó, en la sentencia C-073-06 no se hizo el reconocimiento mencionado en el párrafo de la sentencia C-175-06, en el sentido de que allá no se afirmó que el legislador pudiera transitoriamente extender la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil a la carrera administrativa de las contralorías territoriales y, por el contrario, tal interpretación está descartada por las expresas manifestaciones en cuanto a la excepción consagrada en el artículo 130 superior.

Agréguese que la decisión de la sentencia C-175-06 fue la exequibilidad del numeral 2 del artículo 3° de la ley 909 del 2004, en cuanto ordenó la aplicación supletoria de esa ley respecto de la carrera de los docentes, que es una carrera especial de creación legal, de manera que no está incluida entre las especiales a las que se refiere el artículo 130 de la Carta; lo cual significa que el punto 6 que se deja transcrito aborda un tema ajeno al problema jurídico que resolvió la sentencia C-175-06.

Finalmente, si se suprimiera dicho numeral 6 nada cambiaría en la argumentación que sustenta la decisión de exequibilidad y tampoco ésta, por supuesto.

Así las cosas, el contenido del punto 6 de la sentencia C-175-06 no recoge parte alguna de la sentencia C-073-06, no puede dársele el pretendido alcance normativo, y tampoco reviste obligatoriedad alguna en el contexto de la misma sentencia C-175-06.

3. Otros pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre la Comisión Nacional del Servicio Civil y las contralorías territoriales.

Con la respetuosa invitación a hacer una lectura similar a la que se ha hecho respecto de las sentencias C-073 y C-175 del 2006, vale la pena destacar algunos aspectos de las sentencias

C- 393-93 y C-372-99 que decidieron sobre los preceptos que en las leyes 27 de 1992 y 443 de 1998 hicieron referencia a la Comisión Nacional del Servicio Civil y a otros órganos, en relación con la carrera administrativa en las contralorías territoriales.

Sentencia C-391-93¹¹

La ley 27 de 1992, que fue la primera sobre carrera administrativa después de expedida la Constitución de 1991, ordenó:

*“Artículo 2. De la cobertura:
(...)”*

“Mientras se expiden las normas sobre administración del personal de las entidades y organismos con sistemas especiales de carrera señalados en la Constitución, que carecen de ellas, de las contralorías departamentales, distritales diferentes al distrito capital, municipales, auditorías y/o revisorías especiales de sus entidades descentralizadas, y de las personerías, les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”.

Este inciso fue demandado por considerarse violatorio del artículo 130 de la Carta. La Corte Constitucional decidió *declararlo exequible*, y para ello argumentó:

*“**La Comisión Nacional del Servicio Civil** No tiene fundamento el cargo que se formula contra las disposiciones objeto de la demanda por posible violación del artículo 130 de la Constitución. / Es verdad que dicho precepto superior excluye a los servidores públicos con régimen especial sobre carrera de las competencias de administración y vigilancia atribuida a la Comisión Nacional del Servicio Civil. / No obstante, las normas acusadas nada dicen al respecto, de tal manera que mal puede sostenerse que ellas hayan ampliado, por fuera del mandato constitucional, las indicadas competencias. No lo hacen directamente, como lo acreditan sus textos, ni tampoco indirectamente, es decir, por la remisión que hacen a la integridad de la Ley 27 de 1992, pues el artículo 14 de ésta, que señala las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil, hace de modo expreso la misma advertencia del artículo constitucional que se pretende violado: “Corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de la carrera de los empleados del Estado, **con excepción de aquellas que tengan carácter especial...**” (Las negrillas y subraya son del original).*

Obsérvese la similitud en la redacción de las normas de la ley 27 de 1992 con las de la ley 909 de 2004, tanto para la aplicación transitoria del régimen general como para la

¹¹ Normas demandadas fueron el inciso segundo del artículo 2° y el numeral 4° del artículo 4°, de la ley 27 de 1992,) “Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones”

imposibilidad de interpretar que como consecuencia se estuvieran dando funciones a la Comisión Nacional del Servicio Civil, puesto que ambas leyes al definir el órgano reiteran expresamente la prohibición constitucional.

Sentencia C-372- 99¹²

Ley 443 de 1998 derogó expresamente la ley 27 de 1992 y al regular la carrera administrativa, desarrolló la organización y las funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil y creó las “Comisiones Seccionales de carrera” para dirigir y administrar la carrera de los empleados de las contralorías territoriales; los artículos respectivos¹³ fueron objeto de demanda y declarados *inexequibles* junto con otras disposiciones con las que la Corte Constitucional integró unidad normativa, porque entre otras consideraciones expresó, en lo atinente a la carrera administrativa en las contralorías territoriales:

“Pero, además, si lo que se predica del régimen de carrera en las contralorías es su carácter especial, a tal punto que frente a ellas ninguna atribución puede cumplir la Comisión Nacional del Servicio Civil, menos todavía puede admitirse la existencia de cuerpos similares a ella en las contralorías de los departamentos y municipios. Lo que se impone es el establecimiento de las normas que sobre el particular la ley especial debe prever, de conformidad con las aludidas disposiciones constitucionales.

“Las frases impugnadas son, pues, inexequibles. Será el legislador el que determine, ya sin los condicionamientos que el artículo 14 consagra, el régimen especial aplicable a la selección de personal dentro de la carrera administrativa para los mencionados organismos, y la forma en que deben adelantarse los procesos pertinentes.”

Con base en las premisas anteriores, la Sala:

Ratifica las respuestas dadas en el concepto emitido el 26 de marzo del 2009, radicación interna No. 1.948, para resolver la consulta formulada por el Departamento Administrativo de la Función Pública sobre la aplicación transitoria de la ley 909 del 2004 en la carrera administrativa especial de las contralorías territoriales.

Transcríbase a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

¹² “Ley 443 de 1998 (junio 11) “Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones.”

¹³ Confrontar Arts. 14, y 73 a 79 de la ley 443 de 1998



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala



GUSTAVO E. APONTE SANTOS



ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO



LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO



JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009)

Radicación No. 1.948

11001-03-06-000-2009-00022-00

Referencia: Régimen especial de carrera administrativa en las Contralorías Territoriales. Contraloría de Bogotá, D. C. Aplicación transitoria de las disposiciones de la ley 909 de 2004.

La señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública, doctora Elizabeth Rodríguez Taylor, en atención a la solicitud del señor Contralor de Bogotá, D. C., doctor Miguel Ángel Moralesrussi Russi, y tomando en consideración la naturaleza especial del régimen de carrera administrativa en las contralorías territoriales y el hecho de que aún no ha sido expedida la ley que lo regule, así como las eventuales competencias de la Comisión Nacional del Servicio Civil, pregunta a esta Sala:

“1. De conformidad con el párrafo 2º, artículo 3º de la ley 909 de 2004, ¿debe la Contraloría de Bogotá D. C., con régimen especial de carrera administrativa, efectuar todos los trámites y solicitudes ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para dar aplicación íntegra a la precitada ley?

“2. ¿Debe la Contraloría de Bogotá D.C., mientras adopta su propio sistema de evaluación del desempeño, dar aplicación al sistema tipo según los Acuerdos 17 y 18 de 2008, expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil? ¿Cuando adopte su propio sistema de evaluación del desempeño, debe ésta aprobarlo?

“3. De no ser factible la aplicación íntegra de la Ley 909 de 2004, ni contar con la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, ¿sería viable que en ejercicio de las atribuciones contempladas en los artículos 268 y 272 superiores, la Contraloría de Bogotá D. C., pueda transitoriamente definir con autonomía las políticas y parámetros para la administración de su personal, en tanto se expida la Ley de Carrera especial?”

Para responder la Sala CONSIDERA:

La ley 909 de 2004¹, vigente sobre el empleo público y la carrera administrativa, en el artículo tercero refiere su campo de aplicación a “los servidores públicos”, y le da el carácter de “integral” y “supletorio” tomando en consideración el organismo o entidad al cual los servidores estén vinculados; y en el párrafo segundo del artículo tercero en cita ordena su aplicación en las contralorías territoriales mientras se expide su régimen especial. Dice textualmente el párrafo:

“Artículo 3o. Campo de aplicación de la presente ley...

“Párrafo 2o. Mientras se expida (sic) las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales y para los empleados de carrera del Congreso de la República les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente Ley.”

Respecto de este párrafo, la consulta indaga por el significado de la expresión “las disposiciones contenidas en la presente ley”, para determinar cuáles son las normas de la ley 909 de 2004 que deben ser observadas por las contralorías territoriales mientras el legislador expide el régimen especial de carrera que la Constitución Política contempla para esos órganos de control.

Habiéndose pronunciado la Sala sobre el tema en concepto del 31 de agosto del 2005, radicación No. 1658², sin que a esta fecha haya variado el marco normativo y jurisprudencial entonces analizado, a continuación reiterará el contenido de éste y precisará los fundamentos y el modo de aplicación en la Contraloría de Bogotá, D.C., con referencia al régimen especial del Distrito Capital.

1. El concepto del 31 de agosto de 2005, radicación número 1658.

En el concepto citado, las preguntas formuladas por el entonces Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y las respuestas de esta Sala, fueron las siguientes:

Primera pregunta:

“1- Conteniendo (sic) la Ley 909 de 2004 un Régimen General de Carrera Administrativa, éste es aplicable a las Contralorías Territoriales, las cuales deben regirse por una norma especial de carrera?”

¹ Ley 909 de 2004 (septiembre 23), “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, D. O. No. 45.680, de sept. 23/04. Confrontar texto completo del artículo tercero, del cual se destacan los siguientes apartes: Art. 3º: “Campo de aplicación de la presente ley. / 1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos: a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados. ...; / b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:...; / c) A los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados; / d) La presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales. / 2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como... Párrafo 2º ...”

² Consulta formulada por el Departamento Administrativo de la Función Pública, que autorizó la publicación del concepto emitido, mediante oficio 811 del 7 de septiembre del mismo año 2005.

Respuesta:

“1. De conformidad con el párrafo del artículo tercero de la ley 909 de 2004, esta ley se aplica en forma transitoria a los empleados de las contralorías territoriales, en cuanto regula el conjunto de relaciones jurídicas de la carrera administrativa especial.”

Segunda pregunta:

“2- De conformidad con lo establecido por la ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil es competente para administrar y vigilar la carrera administrativa especial de las Contralorías Territoriales, dado que de su competencia se excluyen los regímenes especiales de carrera al tenor de lo dispuesto por el artículo 130 de la Constitución Política?

De ser negativa la respuesta, que órgano tendría esta competencia?”

Respuesta:

*“2. De acuerdo con lo expuesto en la respuesta anterior, esta Sala conceptúa que la **Comisión Nacional del Servicio Civil no es competente** para administrar y vigilar la carrera administrativa especial de las contralorías territoriales, de conformidad con la prohibición expresa del artículo 130 de la Constitución Política. Deben ser las asambleas departamentales y los concejos municipales (en donde haya contralorías) quienes determinen las dependencias que administren y dirijan la carrera administrativa en estas entidades de control.”*

Tercera pregunta:

“3- Pueden las Contralorías territoriales desarrollar sus instrumentos de evaluación del desempeño laboral y someterlo a la aprobación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, o pueden éstas surtir tal trámite sin su aprobación?”

Respuesta:

*“3. Mientras se expida la ley que regule la carrera especial de las contralorías territoriales, **las asambleas departamentales y los concejos municipales** (en donde existan contralorías) al determinar las unidades administrativas que dirijan y administren la carrera especial de los funcionarios de estas entidades, **deben señalar la dependencia encargada de definir y establecer, con aplicación de las normas de la carrera general, los instrumentos de evaluación de sus funcionarios.** La ley especial que se expida al efecto, puede, respetando la autonomía departamental y municipal, definir el sistema de evaluación propio de esta carrera.”*

La Sala reitera los argumentos y las respuestas que integran el concepto emitido el 31 de agosto del 2005, bajo la radicación 1658, y a él se remite íntegramente para asumirlo como el marco teórico general que sustenta el punto que pasa a desarrollarse.

2. La aplicación transitoria de las disposiciones de la ley 909 de 2004 en la Contraloría de Bogotá, D. C.

La Contraloría de Bogotá, D.C., está incluida en la expresión genérica “contralorías territoriales”, y por ende es destinataria del párrafo segundo del artículo 3° de la ley 909 de 2004. Sin embargo, originalmente no fue así como se verá a continuación.

Es pertinente recordar que el Distrito Capital de Bogotá tiene el “régimen político, fiscal y administrativo” determinado por “la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios”.³

En el artículo transitorio 41, la Constitución de 1991 facultó al Gobierno Nacional, por una sola vez, para expedir “el régimen especial para el Distrito Capital”, si en los dos años siguientes el Congreso de la República no dictaba la ley referida en los artículos 322, 323 y 324 de la Carta. Con este fundamento fue expedido el decreto ley 1421 de 1993⁴, el cual, siguiendo el texto del artículo 322 constitucional, dispuso que *el régimen del Distrito Capital es el establecido expresamente por la Constitución, por el decreto ley 1421 de 1993 y por las leyes especiales que se dicten para su organización y funcionamiento*; que los vacíos se suplen con *las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios* y que las disposiciones del mismo decreto ley 1421 *prevalecerían sobre las normas legales de carácter general vigentes para las demás entidades territoriales*.⁵

En cuanto a la Contraloría Distrital, el decreto 1421 de 1993, artículo 12, atribuyó al Concejo Distrital la función de organizarla y dictar las normas necesarias para su funcionamiento, sin restringir la iniciativa para ejercerla⁶. En el artículo 17 consagró la “inamovilidad” del Contralor disponiendo que cuando ejerza su cargo en propiedad sólo puede ser suspendido o removido, antes del vencimiento de su período, “por sentencia judicial o decisión de la Procuraduría General de la Nación”. Sobre el control fiscal y la Contraloría Distrital estableció en el artículo 105⁷ que a ésta corresponde *vigilar la gestión fiscal del Distrito y de los particulares que manejen fondos o bienes del mismo* y que “*La Contraloría es un organismo de carácter técnico, dotado de autonomía administrativa y*

³ Constitución Política, Art. 322.

⁴ Decreto 1421 de 1993 (Julio 21), “Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santafé de Bogotá”, D. O. No. 40.958., del 22 de julio de 1993. Art. 12, num. 15, Art. 105, inciso cuarto; Art. 109, num. 14.

⁵ D.L.1421/93, Arts. 2° y 3°.

⁶ D.L.1421/93, Art. 12: “Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley: ... 15. Organizar la Personería y la Contraloría Distritales y dictar las normas necesarias para su funcionamiento.” Art. 13: “Iniciativa. Los proyectos de acuerdo pueden ser presentados por los concejales y el alcalde mayor por conducto de sus secretarios, jefes de departamento administrativo o representantes legales de las entidades descentralizadas. El personero, el contralor y las juntas administradoras los pueden presentar en materias relacionadas con sus atribuciones. ...”

⁷ D.L.1421/93, Art. 105: “Titularidad y naturaleza del control fiscal. La vigilancia de la gestión fiscal del Distrito y de los particulares que manejen fondos o bienes del mismo, corresponde a la Contraloría Distrital. / Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva, conforme a las técnicas de auditoría, e incluirá el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, en los términos que señalen la ley y el Código Fiscal. / El control o evaluación de resultados se llevará a cabo para establecer en qué medida los sujetos de la vigilancia logran sus objetivos y cumplen los planes, programas y proyectos adoptados para un período determinado. / La Contraloría es un organismo de carácter técnico, dotado de autonomía administrativa y presupuestal. En ningún caso podrá ejercer funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización. / La vigilancia de la gestión fiscal de la contraloría se ejercerá por quien designe el tribunal administrativo que tenga jurisdicción en el Distrito.

*presupuestal. En ningún caso podrá ejercer funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización". Determinó las calidades, inhabilidades y prohibiciones para ser elegido contralor distrital y ejercer el cargo (arts. 107 y 108). Finalmente, entre sus atribuciones le asignó la de "proveer los empleos de su dependencia conforme a las disposiciones vigentes."*⁸

Como puede observarse, el régimen especial del Distrito Capital no se aparta de las reglas constitucionales y legales sobre la competencia de los Concejos para la organización del órgano de control fiscal.⁹

En cuanto a la provisión de empleos remite a "las disposiciones vigentes". Entiende la Sala que dando aplicación al artículo 322 de la Constitución y al artículo 2° del decreto ley 1421 de 1993, interpretar la expresión "disposiciones vigentes" lleva, en primer término a las disposiciones constitucionales relativas directamente al Distrito Capital, que corresponden a los artículos 322 a 327, en los cuales nada se regula sobre la provisión de los empleos de la Contraloría Distrital; en segundo término, al mismo Decreto 1421, que al respecto sólo contiene la norma en comentario; en tercer término, a leyes especiales que regulen para la Contraloría Distrital el tema, y en su defecto, al régimen municipal.

Cuando entró en vigencia el decreto ley 1421 de 1993 ya había sido expedida la ley 27 de 1992, que desarrolló el artículo 125 constitucional, y que al definir su cobertura había excluido al Distrito Capital y a la Contraloría Distrital y los remitía al "acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, y todas las normas reglamentarias del mismo", en cuanto la misma ley 27 no modificara o regulara expresamente."¹⁰

Esta situación de excepción cambió con la ley 443 de 1998, cuando señaló que sus disposiciones serían aplicables "... a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados...", y no excluyó a la Contraloría Distrital de "las contralorías territoriales" que aplicarían sus disposiciones mientras se expedieran las normas reguladoras de la carrera especial de estos órganos de control¹¹.

⁸ D.L.1421/93, Art. 109: "Atribuciones. Además de las establecidas en la Constitución, el contralor tendrá las siguientes atribuciones: ... 14. Proveer los empleos de su dependencia, conforme a las disposiciones vigentes. ..."

⁹ Cfr. Constitución Política, Arts. 272, inciso tercero, 300, num.7 y 313, num.6; y leyes 330 de 1996 y 136 de 1994.

¹⁰ Ley 27 de 1992, Art. 2o. "De la cobertura. /.../ Mientras se expiden las normas sobre administración del personal de las entidades y organismos con sistemas especiales de carrera señalados en la Constitución, que carecen de ellas, de las contralorías departamentales, distritales diferentes al distrito capital, municipales, auditorías y/o revisorías especiales de sus entidades descentralizadas, y de las personerías, le serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley. /.../ Parágrafo. Los empleados del Distrito Capital de Santafé de Bogotá, continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en el acuerdo 12 de 1987, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, y todas las normas reglamentarias del mismo, en todo aquello que esta ley no modifique o regule expresamente."

¹¹ Ley 443 de 1998, Art. 3o. "Campo de aplicación. Las disposiciones contenidas en la presente ley son aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades de la Rama Ejecutiva de los niveles Nacional, Departamental, Distrital, Municipal y sus entes descentralizados; ... / Parágrafo 2o. Mientras se expiden las normas de carrera para el personal de las Contralorías territoriales, para los empleados de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y para los empleados del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley."

Tal alcance se reitera en la ley 909 de 2004, artículo 3º, literal c) que incluye en su campo de aplicación a “los empleados públicos de carrera de las entidades del nivel territorial: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados” y en el párrafo segundo del mismo artículo a la Contraloría Distrital pues no la excluye al referirse a las “contralorías territoriales”.

Significa entonces que en la actualidad, la expresión “disposiciones vigentes” para proveer los empleos de carrera de la Contraloría Distrital de Bogotá, se refiere a la ley 909 de 2004 y a la aplicación transitoria de sus disposiciones. Para lo cual, al Concejo Distrital compete modificar la estructura de dicho órgano de control incorporando a su organización la dependencia con la planta de personal y las funciones necesarias para administrar la carrera administrativa, con asignación de la competencia para expedir los reglamentos que de manera precisa permitan dar aplicación a las disposiciones que en la ley 909 de 2004 regulan los concursos de méritos para acceso y ascenso, la evaluación de los méritos y calidades de los aspirantes, de manera que se dé efectivo cumplimiento a los artículos 125 y 272, inciso tercero, de la Constitución.

Con base en las premisas anteriores, la Sala RESPONDE:

“1. De conformidad con el párrafo 2º, artículo 3º de la ley 909 de 2004, ¿debe la Contraloría de Bogotá D. C., con régimen especial de carrera administrativa, efectuar todos los trámites y solicitudes ante la Comisión Nacional del Servicio Civil para dar aplicación íntegra a la precitada ley?”

No, porque la Comisión Nacional del Servicio Civil carece de competencia para regular o aprobar cualquier tema referente a regímenes especiales de carrera administrativa, entre los cuales está el de las contralorías territoriales y por ende, el de la Contraloría de Bogotá, D.C.

“2. ¿Debe la Contraloría de Bogotá D.C., mientras adopta su propio sistema de evaluación del desempeño, dar aplicación al sistema tipo según los Acuerdos 17 y 18 de 2008, expedidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil? ¿Cuando adopte su propio sistema de evaluación del desempeño, debe ésta aprobarlo?”

“3. De no ser factible la aplicación íntegra de la Ley 909 de 2004, ni contar con la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, sería viable que en ejercicio de las atribuciones contempladas en los artículos 268 y 272 superiores, la Contraloría de Bogotá D. C., pueda transitoriamente definir con autonomía las políticas y parámetros para la administración de su personal, en tanto se expida la Ley de Carrera especial?”

Mientras se expide la ley que regule el sistema especial de carrera administrativa para las contralorías territoriales o en particular para la Contraloría de Bogotá, D.C., la dependencia que el Concejo Distrital cree dentro de ese organismo dará aplicación a las disposiciones de la ley 909 de 2004 para que los empleos de carrera se provean mediante concurso, expidiendo las reglamentaciones que sean necesarias.

Transcríbese a la señora Directora del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala



GUSTAVO E. APONTE SANTOS



ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO



LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO



JENNY GALINDO HUERTAS
Secretaria de la Sala

27 JUN 2012 LEVANTAMIENTO DE RESERVA MEDIANTE OFICIO 20126000101331 DEL 22 DE JUNIO DE 2012