



Al contestar por favor cite estos datos:  
Radicado No.: 20091100001933  
Fecha: 29-01-2009

Bogotá D. C., 28 de enero de 2009

OJ-110.013.2009

Doctora  
**Ana Cristina Sierra de Lombana**  
AUDITORA GENERAL DE LA REPÚBLICA  
E.S.D.

**ASUNTO:** Concepto Jurídico. Acto Legislativo 01 de 2008.

Apreciada Doctora Ana Cristina:

Con motivo de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2008 "Por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política" entre los funcionarios de la entidad se han suscitado algunas inquietudes acerca del contenido, alcance y aplicación del mismo. Es decir existe duda en relación con los servidores públicos de la Auditoría General de la República que tendrían derecho a ser inscritos en carrera administrativa de forma extraordinaria y sin necesidad de concurso público.

En orden a ofrecer alguna claridad sobre el tema, la Oficina Jurídica procede a hacer algunas consideraciones sobre el contenido del Acto Legislativo, exponiendo su criterio respecto de la aplicación del mismo, no sin antes advertir que el presente concepto se emite sin perjuicio de las directrices que al respecto fije la Comisión Nacional del Servicio Civil por ser el órgano competente para expedir instrucciones sobre la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa.

El acto legislativo 01 de 2008 en su tenor literal expresa:

*"ARTICULO 1º. Adiciónese un párrafo transitorio al artículo 125 de la Constitución, así:*

*"Párrafo transitorio. Durante un tiempo de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente acto legislativo, la Comisión Nacional del Servicio Civil*

Stamp  
2009-01-30  
3:15 pm

54 (202)

implementará los mecanismos necesarios para inscribir en carrera administrativa de manera extraordinaria y sin necesidad de concurso público a los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera siempre y cuando cumplieran las calidades y requisitos exigidos para su desempeño al momento de comenzar a ejercerlo y que a la fecha de la inscripción extraordinaria continúen desempeñando dichos cargos de carrera. Igual derecho y en las mismas condiciones tendrán los servidores de los sistemas especiales y específicos de la carrera, para lo cual la entidad competente, dentro del mismo término adelantará los trámites respectivos de inscripción.

Mientras se cumpla este procedimiento, se suspenden todos los trámites relacionados con los concursos públicos que actualmente se están adelantando sobre los cargos ocupados por empleados a quienes les asiste el derecho previsto en el presente parágrafo.

La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá desarrollar, dentro de los tres (3) meses siguientes a la publicación del presente acto legislativo, instrumentos de calificación del servicio que midan de manera real el desempeño de los servidores públicos inscritos de manera extraordinaria en carrera administrativa.

Quedan exceptuados de estas normas los procesos de selección que se surtan en desarrollo de lo previsto por el artículo 131 de la Constitución Política y los servidores regidos por el artículo 256 de la Constitución Política, carrera docente y carrera diplomática consular.

ARTICULO 2º El presente acto legislativo rige a partir de su promulgación."

El texto antes transcrito podría dar lugar a diversas interpretaciones con ocasión del uso de la expresión "continúen desempeñando dichos cargos de carrera". En efecto, una primera interpretación sería que tendrían derecho a inscripción extraordinaria los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados, del sistema general de carrera, y a la fecha de la inscripción extraordinaria continuaran ocupando el mismo cargo, en el entendido que la expresión "dichos cargos de carrera" hiciera referencia a los cargos que estuvieran ocupando a la entrada en vigencia de la ley 909.

Una segunda interpretación sería que tendrían derecho a inscripción extraordinaria los servidores que a la fecha de publicación de la Ley 909 del 2004 estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados del sistema general de carrera y a la fecha de la inscripción continuaran

203

55

vinculados a la entidad desempeñando cargos de carrera aún cuando sean diferentes al que ostentaban a la entrada en vigencia de la citada ley, en el entendido que la expresión "dichos cargos de carrera" haga referencia a cargos de carrera vacantes en forma definitiva.

Cuando se advierte que de una determinada norma se pueden presentar diversas interpretaciones, como en este caso, estas deben obedecer a un proceso mental lógico y razonado del intérprete, en el que le es dable emplear las reglas generales de la hermenéutica jurídica y las propias del derecho laboral para solucionar la duda que le asiste acogiendo la interpretación mas favorable y no ha un simple capricho para favorecer al trabajador.

Se acude a la interpretación como un requisito fundamental para lograr una decisión justa. En el caso que nos ocupa para determinar cual de las interpretaciones planteadas es la acertada acudimos a los principios fundamentales mínimos establecidos en nuestra Constitución Política para la protección del derecho al trabajo. Principios estos que deben imperar en toda relación laboral, trátase de trabajadores públicos o privados, pues hacen parte de las garantías que un Estado Social de Derecho debe ofrecer a la clase trabajadora.

.En este orden ideas, para determinar el alcance del acto legislativo es preciso acudir a lo señalado por nuestra Constitución Política en el artículo 53, cuando consagra:

*"El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad."*

Como se observa, uno de los principios mínimos fundamentales es la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho.

Este principio corresponde a lo que para algunos doctrinantes es el principio de favorabilidad el cual aplica según se trate de un precepto laboral que razonablemente admita diversas interpretaciones, o de la coexistencia de normas laborales de distinto

56  
(201)

origen formal, razonablemente susceptibles de ser aplicadas. En estos casos, la duda se resuelve a favor del trabajador.<sup>1</sup>

Para otros sectores de la doctrina y la Jurisprudencia corresponde a los principios de favorabilidad y de in dubio pro operario, señalando que el principio de favorabilidad en materia laboral consiste en que, cuando existen dos normas que regulan una misma situación obligatoriamente se debe acoger la más favorable al trabajador; y que el principio del in dubio pro operario consiste en que una sola norma laboral admite varias interpretaciones posibles y razonables, caso en el cual el interprete debe optar por la más favorable al trabajador.

Sobre el punto, la Corte Constitucional en sentencia C-168 de 1995 expresó:

**"PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL/PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO-Diferencias**

*El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: "En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad"; se parte entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, evento en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohiar la que resulte más favorable al trabajador."*

De acuerdo con lo antes expuesto, la interpretación justa es la segunda de las planteadas, en el sentido de que tienen derecho a la inscripción inmediata los servidores públicos que desde antes de la fecha de publicación de la Ley 909 hayan permanecido al servicio del Estado desempeñando cargos de carrera vacantes en forma definitiva, hasta la fecha de su inscripción, por ser la más favorable como quiera que protege al empleado por el tiempo de vinculación al servicio al Estado y no por el tiempo de permanencia en un determinado cargo, lo que beneficia a un número mayor de servidores públicos que en la actualidad carecen de estabilidad laboral.

Igualmente, se considera que esta interpretación es la adecuada, desde el punto de vista teleológico, ya que el propósito del legislador con la expedición del acto legislativo es hacer justicia con los servidores públicos, protegiendo la vinculación laboral de quienes se han mantenido al servicio del Estado por largos períodos de

<sup>1</sup> DERECHO ADMINISTRATIVO LABORAL, Jairo Villegas Arbeláez. Tomo I. Séptima Edición 2005. Pag 15.

57

tiempo con buen desempeño, sin haber tenido la oportunidad de acceder a la carrera administrativa. Luego no sería admisible que un servidor público perdiera el derecho a la inscripción extraordinaria habiendo permanecido vinculado a una entidad prestando sus servicios en cargos de carrera vacantes en forma definitiva, solo por haber variado de cargo precisamente por razones de su buen desempeño.

Así se desprende de la siguiente cita de un aparte de la exposición de motivos del acto legislativo:

*"Estas son las razones que nos han motivado para presentar este proyecto de acto legislativo que adiciona el artículo 125 de la Constitución Política al consagrar un régimen de transición que respete el derecho a miles de servidores públicos que desde hace 3, 10 o 15 o más años, han venido desempeñando con responsabilidad un cargo de carrera así no hubieran concursado, es decir, lo que se pretende es permitir la inscripción extraordinaria para quienes actualmente tengan vinculación laboral, lo que implica que hacia el futuro todos los cargos necesariamente tienen que llenarse mediante el correspondiente proceso que implica el concurso público."*

De conformidad con lo expuesto *supra*, para la Oficina Jurídica es claro que todos los funcionarios de la Auditoría que se hayan vinculado a la entidad antes de la publicación de la Ley 909 de 2004 y permanezcan vinculados durante el término señalado en el acto legislativo, desempeñando cargos de carrera vacantes de forma definitiva, cumpliendo con los requisitos establecidos para su desempeño, tendrán derecho a la inscripción en carrera administrativa de forma extraordinaria y sin necesidad de concurso público, en el cargo que se encuentren desempeñando a la fecha en que se realice la inscripción.

Cordialmente,

  
DAYRA ENNA CONCICION PERICO  
Directora Oficina Jurídica