CONCEPTO 20 DE 2013

(Mayo 2)

<Fuente: Archivo Ministerio de Relaciones Exteriores>

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES

Relativo a culminación del periodo de prueba e inscripción en el escalafón de la carrera Diplomática y Consular.

I. INTRODUCCIÓN.

Este documento contiene un análisis jurídico referente a: 1) el periodo de prueba, su culminación y la inscripción en la Carrera Diplomática y Consular; 2) la interrupción del periodo de prueba; 3) el principio de igualdad; 4) la dignidad del empleo de la Carrera Diplomática y Consular y; 5) la causal de retiro del servicio de la Carrera Diplomática y Consular consistente en la destitución o desvinculación como consecuencia de un proceso disciplinario.

II. ANÁLISIS JURÍDICO.

1) Del periodo de prueba, su culminación y la inscripción en la Carrera Diplomática y Consular.

El artículo 23 del Decreto-Ley 274 de 2000, plantea que los aspirantes a pertenecer a la Carrera Diplomática y Consular que sean seleccionados de conformidad con la lista de elegibles, serán nombrados en periodo de prueba, en el cargo de Tercer Secretario o su equivalente en Planta Interna, por el término de un (1) año.

Una vez cumplido el término del periodo de prueba, el desempeño del funcionario deberá ser evaluado y calificado por la Comisión de Personal del Ministerio de Relaciones Exteriores con fundamento en los siguientes presupuestos: 1) el Jefe o Jefes inmediatos evaluarán el desempeño por el periodo correspondiente en el instrumento de evaluación a que hace referencia el artículo 32 del Decreto 274 de 2000 y; 2) la Comisión de Personal realizará la evaluación y la calificación definitivas con fundamento en la ponderación de las evaluaciones a que se refiere el requisito anterior[(1)].

Una vez sea aprobado el periodo de prueba, en razón a la obtención de una calificación satisfactoria en el desempeño de sus funciones, el aspirante adquiere los derechos de carrera y deberá ser inscrito en el registro del escalafón de la Carrera Diplomática y Consular en la categoría de Tercer Secretario por dos (2) años, contados a partir del día siguiente a aquel en el cual termina el periodo de prueba, para luego ser trasladado a un cargo en el exterior, de acuerdo a las oportunidades que se prevean según lo previsto por el artículo 39 del Decreto 274 de 2000. Dicha inscripción se hará a través de decreto ejecutivo.

En caso contrario, es decir, cuando el aspirante no apruebe el periodo de prueba, no será inscrito en el escalafón de la Carrera y deberá ser retirado del servicio mediante resolución motivada.

2) De la interrupción del periodo de prueba.

Bajo el sistema constitucional actual, coexisten tres sistemas de carrera administrativa diferentes, la carrera general, los regímenes especiales que son de origen constitucional y los regímenes específicos creados por la ley, sin que haya mandato expreso del constituyente para el efecto.

De lo anterior se colige que la Carrera Diplomática y Consular es un régimen específico pues tiene origen legal, de manera que han sido las distintas leyes de la República las que han creado y regulado ese régimen, llegando al día de hoy a la habilitación legal que le otorgó el numeral 6 del artículo 1 de la Ley 573 de 2000[(2)] al Presidente de la República para la expedición del Decreto-Ley 274 de 2000 que actualmente regula dicha carrera.

De manera particular y frente al término que rige el periodo de prueba para el ingreso a la Carrera Diplomática y Consular, el artículo 23 del citado Decreto-Ley 274 de 2000 contempla que éste será de un (1) año, sin referirse en ningún otro aparte a la posibilidad y las razones para interrumpirse o suspenderse, con lo cual se genera un vacío normativo, resultando por esto necesaria su complementación a través de la norma general que guarde similitud de materia, en aplicación de la regla hermenéutica de la "analogía legis[(3)]" para la validez y aplicación de las leyes dispuesta en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 "Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887", previendo que "cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho[(4)]".

Por esta razón, y ante el vacío normativo existente en razón a la dificultad de determinar a través del Decreto Ley 274 de 2000 la posibilidad y las razones para interrumpirse o suspenderse el periodo de prueba de un (1) año para el ingreso a la Carrera Diplomática y Consular, se dará aplicación al criterio hermenéutico de "analogía legis" para traer en aplicación del caso los criterios normativos que regulan la carrera administrativa, pues es la regla general que regula materias semejantes a los de la Carrera Diplomática.

En desarrollo de este criterio, se tiene que el Decreto 1227 de 2005, que reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 "por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", establece en su artículo 41 que el periodo de prueba en la carrera administrativa podrá interrumpirse por un lapso superior a veinte (20) días continuos, prorrogables por un término igual, siempre y cuando medie "justa causa".

En desarrollo de lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en Circular No. 002 del 30 de mayo de 2012, señaló que la decisión por parte de la administración de conceder o negar la interrupción, debe estar precedida de un juicioso análisis de la procedencia y conveniencia de la misma para el caso concreto, la cual debe plasmarse en el acto administrativo que la conceda o que la niegue.

Esto, teniendo en cuenta que la interrupción del periodo de prueba, si bien es facultativa de la entidad, no es discrecional, en tanto que se trata de una competencia reglada que encuentra su limitante en la "justa causa" para poderla conceder.

En este orden, la CNSC define la "justa causa" como el elemento que garantiza el cumplimiento de la finalidad establecida en el periodo de prueba, que no es otra diferente a que el trabajador demuestre ininterrumpidamente sus aptitudes, conocimientos e idoneidad, para el cargo para el cual concursó y que la Entidad pueda tener una percepción directa de ello; configurándose así en una justa causa, aquellas situaciones administrativas o personales, previsibles o no, irresistibles o no, que previa aprobación respectiva y motivación del competente, ameriten la interrupción del periodo de prueba, tales como las siguientes:

Las licencias de que trata el artículo 60 del Decreto 1950 de 1973 que determina que "Un

empleado se encuentra en licencia cuando transitoriamente se separa del ejercicio de su cargo, por solicitud propia, por enfermedad o por maternidad".

El servicio Militar Obligatorio.

Las vacaciones

Orden judicial o administrativa, preventiva o producto de sanción o pena, en cuyo caso podría ser incluso definitiva la interrupción.

En este sentido, se concluye que el término de un (1) año del periodo de prueba de un funcionario que aspira a ser inscrito en propiedad en la Carrera Diplomática y Consular, podrá ser interrumpido con "justa causa" por conducto de una sanción de carácter disciplinario, razón por la cual, resulta necesaria su declaratoria a través de acto administrativo motivado, y una vez terminado dicho lapso de interrupción, el funcionario deberá reintegrarse del citado periodo de prueba, por el periodo faltante.

3) Del principio de igualdad.

El principio de igualdad está consagrado como un derecho fundamental en el artículo 13 de la Constitución Política, conteniendo seis elementos, a saber: "1) un principio general: todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y recibirá la misma protección y trato de las autoridades; 2) prohibición de discriminaciones: este elemento pretende que no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio, o se restrinja del ejercicio de un derecho a un determinado individuo o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada, por razón de su sexo, raza, origen nacional o familiar, sus opiniones o convicciones expresadas en el ejercicio de libertades protegidas constitucionalmente como la libertad de expresión, de cultos o de conciencia; 3) El deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva; 4) La Posibilidad de conceder ventajas a grupos disminuidos o marginados; 5) Una especial protección en favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, y 6) la sanción de abusos y maltratos que se cometan contra personas en circunstancias de debilidad manifiesta"[(5)].

Ahora bien, en materia de la organización y funcionamiento de las instituciones públicas, la igualdad de oportunidades se entiende como el derecho a participar en el poder político, a ser respetado y ser tenido en cuenta con similar consideración que las demás personas. Uno de los medios a través del cual estos se ejercen, es el derecho a ocupar cargos en la administración, teniendo en cuenta el postulado de la democracia participativa, que inspira la aplicación del principio de igualdad de oportunidades en la provisión de empleos en las Entidades del Estado.

Existen diversas modalidades de empleos de los órganos y las entidades del Estado, unos son de carrera, otros de libre nombramiento y remoción, y otros son nombrados por concurso público. Empero, independientemente de los efectos de cada forma de vinculación al Estado, todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado[(6)].

En lo que hace relación al Ministerio de Relaciones Exteriores, el Decreto 274 de 2000 contiene el Estatuto Especial que regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular, reglamentando todo lo concerniente al ingreso y retiro de los empleados del Ministerio de Relaciones Exteriores. Sobre el particular es procedente citar los artículos 4, 14 y 15, los cuales establecen lo siguiente:

“ARTICULO 4o. Principios rectores. Además de los principios consagrados en la Constitución Política y en concordancia con éstos, son principios orientadores de la Función Pública en el servicio exterior y de la Carrera Diplomática y Consular, los siguientes:

1. Moralidad. Actitud permanente para desarrollar funciones y cumplir la Misión en **términos de cooperación, solidaridad y respeto por la dignidad de las personas y la soberanía del Estado”.**

"Artículo 14. El ingreso y los ascensos. El ingreso a la Carrera Diplomática y Consular se hará por concurso. Los concursos de ingreso serán abiertos y **tendrán por objeto establecer la aptitud e idoneidad de los aspirantes a la Carrera Diplomática y Consular**.

El ingreso a la carrera sólo podrá hacerse en la categoría de Tercer Secretario.

Los ascensos tienen como finalidad permitir a los funcionarios de Carrera Diplomática y Consular ascender en el escalafón de la misma en función del mérito, la experiencia y la capacidad, en las condiciones señaladas en el presente Decreto. Los ascensos sólo proceden de categoría en categoría”.

“Artículo 15. Objetivo de los procesos de selección. El proceso de selección tiene como objetivo **garantizar el ingreso de personal idóneo** a la Carrera Diplomática y Consular, **con base en el mérito**, mediante procedimientos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes demuestren poseer los requisitos para ingresar”.

Los diferentes estatutos referentes a la Carrera Diplomática y Consular que se han expedido se han orientado a garantizar un eficiente servicio exterior. A su vez, el Decreto 274 de 2000 también lo hace, al buscar garantizar que a través del sistema de méritos, se asegure la igualdad de oportunidades en el ingreso y ascenso en el servicio, de funcionarios y empleados con estabilidad e independencia, mecanismos que comprende tres etapas: convocatoria, concurso y periodo de prueba.

En todos los casos, el criterio relevante para determinar a quién se debe elegir en propiedad para ingresar a la Carrera Diplomática y Consular a través del sistema de méritos es el de una excelente moralidad y un comportamiento público y privado compatible con la dignidad del empleo.

En este orden de ideas, resulta cierto e indudable que durante el período de prueba se deben cumplir los requisitos a que se refiere el artículo 23 del Decreto 274 de 2000, el cual hace referencia a unas evaluaciones y calificaciones satisfactorias que los funcionarios deben obtener. Pero es además imprescindible tener en consideración otras calidades que se refieren a una conducta, una moral y un comportamiento en todos los actos del funcionario en periodo de prueba en los términos de cooperación, solidaridad y respeto por la dignidad de las personas y la soberanía del Estado.

Así las cosas, se partiría del presupuesto equivocado si se concluye que solamente las pruebas y requisitos que exige el concurso de méritos arrojan un resultado perfecto, completo, absolutamente confiable y, por lo tanto obligatorio como demostración innegable de una disposición o vocación inmejorable para el cargo, pues la verdad, es que se trata de un instrumento falible y oscilante que se ha venido diseñando como fórmula de ayuda y como una guía de importancia para llegar a decisiones que tienen más complejidad y vasto alcance como

son las que atañen a las necesidades del servicio exterior y al mejor desarrollo de la función pública, puntos éstos que son verdaderamente centrales y básicos en la escogencia de los funcionarios públicos. Por esta razón, existen además una serie de factores que tienen influencia en esto último y que no se reflejan ni están contenidos en tales pruebas y que pueden ser determinantes, como ocurre, por ejemplo, con rasgos morales relevantes, antecedentes personales o disciplinarios, hábitos y costumbres que son refractarios a una evaluación simplemente numérica.

4) De la dignidad del empleo de la Carrera Diplomática y Consular

La Corte Constitucional, en Sentencia T-591 de 1992, señaló frente a los aspirantes a ingresar a la carrera administrativa, que se encuentran en periodo de prueba que "durante el periodo de prueba se deben cumplir los requisitos a que se refieren los artículos 34 y 39 del Decreto 052 de 1987, que hacen referencia a unas calificaciones satisfactorias que los funcionarios deben obtener al igual que una conducta que no amerite sanción disciplinaria de ninguna clase, para luego si es del caso, ser nombrado en propiedad. **Pero no es menos cierto que no se deban tener en consideración otras calidades que se refieren a una conducta, una moral y un comportamiento en todos los actos públicos y privados que lo hagan digno del cargo que desempeña".**

En este sentido, la Corte quiso darle un alcance amplio a los requisitos para ser nombrado en propiedad dentro de un cargo de carrera administrativa, el cual puede ser asimilable en términos generales a los de la Carrera Diplomática y Consular, al señalar que no es suficiente con cumplir con las calificaciones satisfactorias necesarias, sino que además debe dársele especial relevancia al hecho de no incurrir en comportamientos que no ameriten sanción disciplinaria de ninguna clase, y al hecho de contar con otras calidades relativas a poseer una conducta, una moral y un comportamiento dignos de su cargo en todos los actos públicos y privados que el funcionario desempeña.

Es así que cuando el comportamiento y la conducta de los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular dan pie para que surja la convicción moral de que no observa una vida pública y privada compatible con la dignidad del empleo que ejerce, no podrá nombrarse al funcionario en propiedad para desempeñar el cargo, aún a pesar de que reúna los demás requisitos necesarios, tales como la aprobación del concurso de méritos respectivo, la calificación satisfactoria de sus servicios (eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus funciones y la conducta laboral del funcionario, con referencia al fin social que constituye la misión del Ministerio de Relaciones Exteriores, al sentido conveniente de equipo y a los principios rectores del Servicio Exterior y de la Carrera Diplomática y Consular literal a), artículo 32 del Decreto 274 de 2000) y el cumplimiento del periodo de prueba de conformidad con lo señalado en el artículo 23 del Decreto 274 de 2000.

5) De la causal de retiro del servicio de la Carrera Diplomática y Consular consistente en la destitución o inhabilitación como consecuencia de un proceso disciplinario.

De otra parte, es necesario tener en cuenta que en el artículo 70 del Decreto 274 de 2000 - Estatuto Especial de la Carrera Diplomática y Consular, se regularon los presupuestos para el retiro del servicio, señalándose entre estos, cuando existiere destitución o desvinculación como consecuencia de un proceso disciplinario. Sin embargo, es importante aclarar que esta causal no es aplicable al presente caso por los siguientes motivos:

Por un lado, el Consejo de Estado[7], ha definido a la destitución como “una forma de retiro del servicio público, pero al mismo tiempo es la máxima sanción que puede imponerse o aplicarse a un servidor público”. En este sentido, para que se entienda la existencia de una destitución, se requiere que previa sanción disciplinaria, el funcionario sea desvinculado de manera definitiva del servicio, esto quiere decir, que sea despojado de sus calidades como funcionario público.

Así las cosas, es claro que no puede entenderse a la “suspensión” como igual o similar a la “destitución”, como sanciones disciplinarias, pues se entiende que la suspensión del ejercicio de funciones públicas como sanción disciplinaria es la cesación o interrupción forzada y temporal de las funciones que posee un funcionario público con respecto a su cargo, o que eventualmente podría tener en cualquier otro dentro de la administración, sin que pueda llegar a significar la pérdida de la calidad de funcionario público, pues ésta permanece, incluso durante la sanción de suspensión. Cosa contraria sucede con la destitución como sanción disciplinaria, pues en ese caso no sólo cesan definitivamente las funciones del sancionado, sino también, su carácter mismo de funcionario público.

Con fundamento a lo anterior, la causal de retiro del servicio por destitución o desvinculación como consecuencia de un proceso disciplinario, consagrada por el artículo 70 del Decreto 274 de 2000 no es aplicable al presente caso, pues según lo expuesto, la destitución o desvinculación y la suspensión del servicio son conceptos jurídicos diferentes, teniendo en cuenta que los primeros significan el retiro definitivo del funcionario, perdiendo por tanto su carácter de funcionario público, mientras que en la última sólo existe una cesación temporal de las funciones públicas, empero, conservando su carácter de funcionario incluso durante el transcurso de la sanción disciplinaria.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, se aclara que para los aspirantes a ser nombrados en propiedad dentro de un cargo de carrera Diplomática y Consular, que se encuentren en periodo de prueba, no sólo les son aplicables las causales de retiro del servicio previstas en el artículo 70 del Decreto 274 de 2000, sino además lo señalado por el artículo 23 del citado Decreto, según el cual los funcionarios que no aprueben el periodo de prueba también podrán ser retirados del servicio.

De lo anterior se colige que para el caso en que el funcionario no apruebe el periodo de prueba, luego deberá ser retirado definitivamente del servicio.

III. CONCLUSIONES.

De acuerdo a las consideraciones de hecho y de derecho expuestas en la parte considerativa del presente concepto, se entra a responder las preguntas planteadas de la siguiente manera:

Pregunta No. 1. “Teniendo en cuenta el fallo de primera instancia emitido por la Oficina de Control Disciplinario Interno, que impuso como sanción disciplinaria la suspensión en el ejercicio de funciones públicas e inhabilidad especial por el término de seis (6) meses, ¿es posible interrumpir el periodo de prueba y reanudarlo a su reintegro?”.

Siempre que medie acto administrativo motivado, por medio del cual se identifique la existencia de una “justa causa”, la cual según concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se constituiría en el caso del cumplimiento de una sanción disciplinaria, podrá interrumpirse el periodo de prueba de un aspirante a ser inscrito en la Carrera Diplomática y Consular, por un lapso superior a veinte (20) días continuos, prorrogables por un término igual.

Una vez cumplido el lapso de interrupción, el funcionario deberá reintegrarse al servicio para reanudar el periodo de prueba.

Pregunta No. 2. “Considerando que un funcionario se encontraba cursando el periodo de prueba, para el ingreso a la Carrera Diplomática y Consular, ¿es viable realizar su inscripción en la Carrera Diplomática y Consular, a pesar de no haber culminado el periodo de prueba exigido en el Decreto Ley 274 de 2000 y haber sido sancionada disciplinariamente?”.

Respecto al cumplimiento del periodo de prueba, como se expuso anteriormente, sólo podrá tenerse como interrumpido cuando medien los requisitos mínimos expuestos en la respuesta anterior, de lo contrario, deberá tenerse como incumplido el periodo de prueba correspondiente y por ende, no podría inscribirse al funcionario en la Carrera Diplomática y Consular.

Por otro lado, frente a la sanción disciplinaria de “suspensión”, se tiene que si bien no encaja en las causales de retiro del servicio contempladas por el artículo 70 del Decreto 274 de 2000, también es cierto que según el artículo 23 del citado Decreto, el funcionario podrá ser retirado del servicio cuando no apruebe el periodo de prueba.

Con sustento en esto, se tiene que según la Corte Constitucional(8) [8] señaló que para cumplir con el periodo de prueba no es suficiente con la obtención de calificaciones satisfactorias, sino además, deberán considerarse "otras calidades que se refieren a una conducta, una moral y un comportamiento en todos los actos públicos y privados que lo hagan digno del cargo que desempeña”.

Por esta razón, serán los Jefes inmediatos y la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores, los encargados de evaluar el desempeño en el periodo de prueba del funcionario, haciendo un análisis juicioso no sólo de los criterios de evaluación y calificación del artículo 23 del Decreto 274 de 2000, sino en conjunto, pues deberán hacer parte de la calificación integral del funcionario los criterios constitucionales previstos para definir la idoneidad y el merecimiento del cargo por parte del funcionario público y la interpretación que para el efecto realice la Corte Constitucional.

Pregunta No. 3. "¿Es coherente la pérdida del periodo de prueba de acuerdo con la sanción disciplinaria impuesta?”.

Siempre que los Jefes inmediatos y la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, consideren que la conducta de un funcionario público que condujo a una sanción de carácter disciplinario, no está acorde con una conducta, una moral o un comportamiento en todos los actos públicos y privados que lo hagan digno del cargo que desempeña, debería calificarse insatisfactoriamente el periodo de prueba, pues la calificación deberá ser integral y acorde al criterio constitucional que define la idoneidad para ostentar la calidad de funcionario público.

Este concepto no compromete la responsabilidad de la Oficina Asesora Jurídica Interna, ni es de obligatorio cumplimiento o ejecución, esto en virtud a lo dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 230 de la Constitución Política.

NOTAS AL FINAL:

1. Contra la calificación del periodo de prueba sólo procede el recurso de reposición ante la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular.

2. 'ARTICULO 1o. FACULTADES EXTRAORDINARIAS. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término de quince (15) días contados a partir de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para: (...) 6. Dictar las normas que regulen el servicio exterior de la República, su personal de apoyo, la carrera diplomática y consular, así como establecer todas las características y disposiciones que sean competencia de la ley referentes a su régimen de personal".

3. La analogía legis expone que cuando el operador jurídico razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está.

4. Según la Corte Constitucional, en sentencia C-083 de 1995 definió a la analogía como "la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo dieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma".

5. Corte Constitucional, Sentencia T-591 de 1992. M.P. Jaime Sanin Greiffenstein.

6. Ibídem.

7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 23 de agosto de 2007. C.P. Jesús María Lemos Bustamante. Rad. No. 25000-23-25-000-1999-11470-01(4144-04).

8. Corte Constitucional, Sentencia T-591 de 1992.

Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores
ISSN 2256-1633
Última actualización: 30 de septiembre de 2024 - (Diario Oficial No. 52.869 - 4 de septiembre de 2024)