



Artículo Original

Recibido para publicación: 17 Septiembre de 2015.

Aceptado para publicación: 13 Noviembre de 2015

LA FUNCIÓN PÚBLICA Y FORMAS DE VINCULARSE A SU EJERCICIO.

Civil service and forms of bound to its exercise.

Autor: Roberto Pérez Caballero¹

Correspondencia: robertoperezcaballero@hotmail.com

RESUMEN

El presente artículo de reflexión tiene como objetivo establecer las diferentes formas en que el estado vincula personal para el ejercicio de la función pública y a partir de esas formas precisar las distintas categorías de servidores de los entes públicos, a saber empleados públicos y trabajadores oficiales, y en ese orden señalar otras subcategorías que se le deriven, asimismo puntualizar sus diferencias fundamentales desde diversas perspectivas, para finalmente realizar una crítica a las practicas imperantes en la administración al momento de la vinculación del talento humano.

Palabras claves.

Función pública, servidor público, empleado público, trabajador oficial, relación legal y reglamentaria.

ABSTRACT.

This reflection paper has the objective to establish the different ways in which the state personnel linked to the exercise of public office and from these forms require different categories of servants of public bodies, namely public officials and state employees, and in that order noted other subcategories that will arise also point out their fundamental differences from various perspectives, to finally make a critique of the prevailing practices in the administration at the time of linking human talent.

Keywords.

Civil Service, Public Server, Public Employee, Officer Worker, Legal And Regulatory Relationship

¹ Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Magister en Derecho Administrativo, se ha desempeñado como Personero delegado para la defensa y promoción de los derechos humanos del Distrito de Barranquilla, Inspector de policía y como Secretario de Gobierno del Distrito de Barranquilla.

INTRODUCCIÓN

El estado tiene señalado unos fines esenciales que debe cumplir, que de acuerdo a la carta política colombiana son: servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes, facilitar la participación de todos, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial, asegurar la convivencia y la vigencia de un orden justo, proteger a las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, también pueden mencionarse otros principios que pueden catalogarse como ordenadores de justicia que se enmarcan en el nuevo contexto del neoconstitucionalismo según voces de Juan De Los Rios Castiblanco (2012). Todo lo cual se puede resumir bajo una expresión: “que el Estado cumpla sus deberes sociales e institucionales y principios fundantes”.

Todas esas responsabilidades estatales tienen consagración positiva en la segunda disposición de la *norma normarun*, aunque la más profusa doctrina pudiere darle la connotación a cada uno de esos cometidos constitucionales de “conceptos jurídicos indeterminados” (García de Enterría, 2000; Igartúa, 2000; Martínez –Vares, 1994) o “conceptos esclusas”(Bôckenfôrdel, 2000), entendiéndolo por uno y otro como aquella noción que se usa en una norma para indicar de manera imprecisa un supuesto de hecho, que por su amplitud, generalidad y falta de concreción casuística admite una pluralidad de interpretaciones. Y justamente el estado, debe cumplir con esos cometidos, partiendo de la complejidad de concretizar la indeterminación de los intereses generales o del interés público.

Ahora bien, para dar cabal cumplimiento a sus deberes el estado pone en marcha, todo un vasto aparato compuesto por instituciones y personas a su servicio y al de comunidad. Todas las actividades desarrolladas por estas

personas podríamos llamarle función pública. En ese entendido, la función pública corresponde “al conjunto de actividades que realizan los servidores del Estado para el eficaz funcionamiento de éste y el logro de sus fines” (Pérez Escobar, 2010, p. 487).

Fraga (2006), arguye que la función Pública puede entenderse como el conjunto de la Administración pública; la actividad de los funcionarios públicos; o bien toda la actividad que realiza el Estado. Este puede realizarlas de manera directa o de manera indirecta, mediante la participación de particulares (ya sean concesionarios -obra pública y sus contrataciones- u otros tipos de relación de trabajo o servicios).

Así las cosas, el estudio de la función pública comprende el de los servidores públicos, el de las carreras del servicio público (Pérez Escobar, 2010) y las distintas modalidades en que se puede entrar al ejercicio de la función pública.

La constitución colombiana dedicó un capítulo especial al tema de la función pública y a partir del artículo 122 desarrolló aspectos como el empleo público, los servidores del estado y sus responsabilidades, la carrera administrativa, prohibiciones, incompatibilidades y organismo encargados de administrar el servicio civil, tal como le llaman en otras latitudes a la función pública.

Así pues, en el artículo 122 de la carta magna, el constituyente quiso dejar total claridad que la función pública debe ser una actividad reglada, y que por tanto la discrecionalidad de las autoridades no debe ser la que establezca cargos y funciones, sino que la propia ley, o en su defecto el reglamento deben precisar las competencias funcionales, lo que permite identificar cuando un servidor del estado ha incurrido en omisión o extralimitación en el ejercicio de su función pública reglada.

MÉTODOS

El presente artículo se encuentra estructurado metodológicamente a partir de un enfoque de carácter cualitativo, usándose un nivel de investigación de corte descriptivo, además el método empleado fue deductivo, y el paradigma de investigación que se aplicó para su desarrollo fue el crítico social.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

I. Concepto de Servidor público.

Una concepción genérica de servidor público es, aquella persona natural que presta sus servicios al estado mediante una vinculación jurídica (Pérez Escobar, 2010). Pues bien, la constitución política, cuando regula la organización del estado, al referirse al recurso humano, que presta en él sus servicios personales ya sea en forma permanente o temporal, de manera omnicompreensiva les denomina servidores públicos (Younes Moreno, 2005)

Se prevé la posibilidad que los particulares de manera transitoria desempeñen funciones públicas, para lo cual le corresponde al legislador determinar el régimen aplicable a dichos servidores y la regulación clara y precisa del ejercicio de su función. Esto permite sostener que este tipo de personas vinculadas al servicio del estado se les puede deducir responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal.

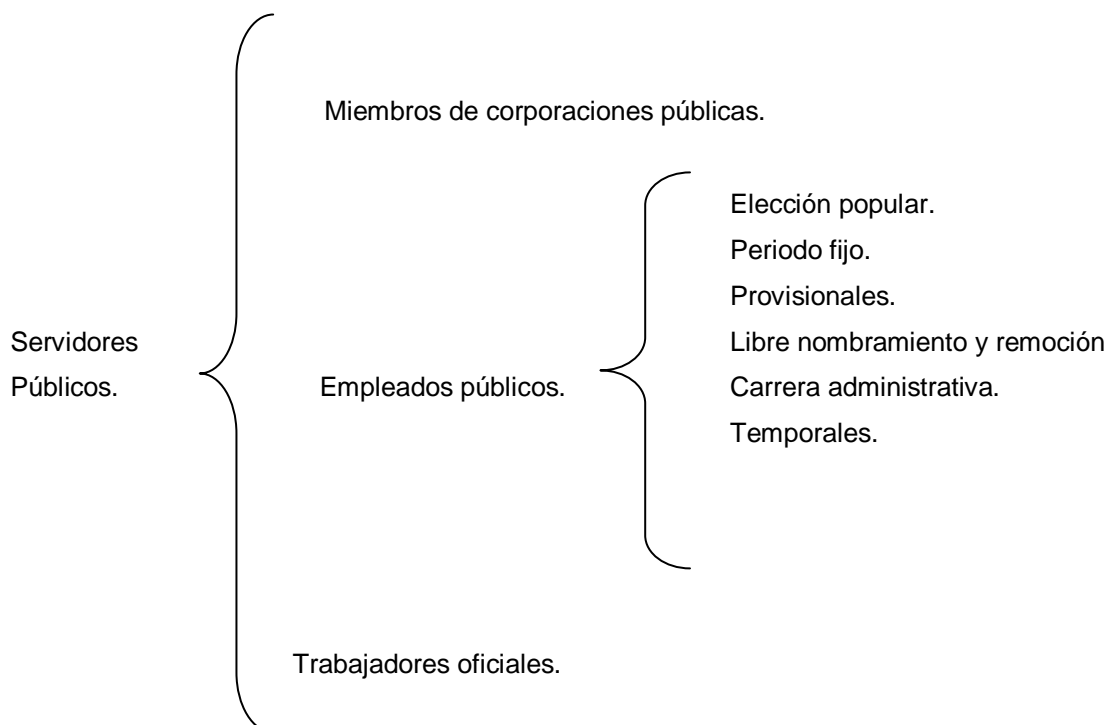
Es menester destacar, que el constituyente dejó sentado que los servidores públicos están al servicio del estado y de la comunidad, y por supuesto que deben

cumplir sus funciones de conformidad por las reglas preestablecidas por la constitución, la ley y el reglamento.

II. Formas de vincularse a la función pública.

Todas las personas al servicio del Estado no han ingresado al ejercicio de función de la misma forma. En el régimen de derecho público, existe una amplia gama de posibilidades o formas para entrar al ejercicio de la función pública. La diferencia estriba en la naturaleza jurídica del servicio, función o cargo oficial.

En ese orden de cosas, esas distintas formas de ingreso se pueden reducir a las diferentes clases de servidores públicos con que cuenta el estado. Tal tipología, o taxonomía, por llamarle de cierta forma, se encuentra condensada en el artículo 123 de la constitución. Aunque lo cierto es que esta clasificación no es precisa y rigurosa, es carente de didáctica metodológica, pues ofrece dificultad hermenéutica para establecer un esquema simple de estructuración funcional. Sin embargo, se esboza a continuación la clasificación en el siguiente cuadro:



Grafica No 1. (Younes Moreno, 2005)

III. Miembros de corporaciones públicas.

Cuando el artículo 123 superior preceptúa que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, se está haciendo referencia a los senadores, representantes a la cámara, diputados, concejales, miembros de las juntas administradoras locales, que en caso de los distritos son llamados ediles. Todos los anteriores son elegidos mediante elección popular. No obstante hay otros que no son elegidos de esta forma, pero como la expresión “corporación” hace referencia a un cuerpo colegiado, también es susceptible incluir a los magistrados de tribunales o de las altas cortes, los miembros de juntas directivas de los establecimientos públicos, o de las empresas industriales y comerciales del Estado, habida cuenta que ejercer una función regulada reglamentaria, legal o constitucionalmente.

IV. Empleados Públicos.

De conformidad con los artículos 2° y 3° del Decreto 1950 de 1973, son funcionarios o empleados públicos, las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, y excepcionalmente algunas personas de las que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado. Sin embargo personas que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público, como trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, son trabajadores oficiales.

Pese a las consideraciones antes esbozadas, para efectos de las regulaciones constitucionales que se refieren a empleados públicos o funcionarios públicos, debe entenderse también por tales, las personas que laboran en otras ramas del

poder público o de los órganos independientes y autónomos del estado que desempeñen creados por ley o por normas del orden territorial como ordenanzas, acuerdos, decretos. (Pérez Escobar, 2010)

Sea preciso señalar, que los empleados públicos se vinculan a través de modalidad contractual denominada Estatutaria o también llamada relación legal y reglamentaria y el acto que la formaliza es el nombramiento y la posesión.

Los empleados públicos no puedan entrar a discutir las condiciones de empleo, puesto estas ya están previamente establecidas en la ley o en el reglamento. (Villegas Arbeláez, 2013)

V. Trabajadores oficiales.

En realidad el constituyente no entró a definir a los trabajadores oficiales, solo se limitó a señalarlos como una de las categorías que compone el género de los servidores públicos. Asimismo, el legislador ha realizado una determinación más no una definición de quienes son trabajadores oficiales. Ahora bien, conforme al Decreto-ley 1950 de 1973, en su artículo número 3° , señala que son trabajadores oficiales aquellas personas naturales que prestan sus servicios en la rama ejecutiva del poder público, como trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas; de igual forma también puede subsumirse en esta categoría, conforme a los preceptos del artículo 5° del decreto 1335 de 1968, las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del estado, con excepción de las que ejercen funciones de dirección, confianza y manejo, si de esta forma lo consagran las correspondientes normas estatutarias.

La formalidad a través de la cual los trabajadores oficiales se vinculan a la administración es mediante un contrato de trabajo que regula el régimen de servicio que se va a prestar. Bajo esta modalidad se permite que el trabajador discuta las condiciones labores aplicables.

CONCLUSIONES

Toda esa amplia gama de servidores del estado que hemos expuesto poseen una relación laboral con el estado, y por ende tienen el derecho al pago de una contraprestación o remuneración por sus servicios y a las correspondientes prestaciones sociales. Ahora bien, es posible encontrar que existan algunas relaciones del estado con las personas que por la formalidad que las reviste tiene el rotulo de relaciones comerciales o civiles, cuando en su trasfondo se oculta o disimula una verdadera relación de trabajo.

Todas esas circunstancias, en las que el estado también disfraza contratos laborales con otro ropaje jurídico, nos hace pensar que el Estado ha entrado a un escenario de políticas de precarización laboral, de regresión de derechos, y de flexibilidad laboral en detrimento del trabajador como principal fuerza de dinamización económica.

Y es así, porque es muy común encontrar en entidades del sector público, que gran parte de la nómina de su personal no está vinculada bajo ninguna de las categorías de servidor público que se describen en la gráfica No 1 de este "paper", sino que muchas personas son vinculadas a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios profesionales, lo cual los excluye del concepto servidor público y les arrebatara una serie de garantías salariales y prestacionales.

Bajo esa tesitura, El estado es un defraudador permanente de la confianza de los ciudadanos que se vinculan a sus servicios, a quienes se les niega el estatus de servidor del estado y se encasillan en la categoría de contratistas. Estos últimos regulados por la ley 80 de 1993.

Las razones por las que el Estado vincula mediante contrato de prestación de servicios a personal que en realidad en su función cumplen todos los requisitos de una relación laboral (como prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) son la no inclusión en planta de nómina de nuevos empleados y por consiguiente el no pago de las prestaciones sociales correspondientes.

Ante estas situaciones, la corte constitucional y el Consejo de Estado han emitido una prolífica literatura jurisprudencial en que se reivindica los derechos de los trabajadores, puesto que en tales sentencias, se trae a cuento el principio de “primacía de la realidad sobre las formas”, con el cual se sustenta que aunque exista un contrato señalando el estirpe de prestación de servicio de una relación, si se comprueba que está en la práctica reúne las condiciones de verdadera unión laboral debe reconocérsele y dársele efectos como tal.

A la postre, también se pueden señalar que existen otras circunstancias de precarización laboral o “deslaborización” del trabajo, en el sector público, que se cobijan bajo el eufemismo de flexibilidad y “neolaboralismo” (Larios, 2013). Esas circunstancias son por ejemplo, la tercerización reciente de muchos empleos del estado, ya éste, se ha vuelto reacio a contratar directamente a sus empleados y ha preferido hacerlo a través de Ong, outsourcing, empresas de servicios temporales, entre otras. Así pues, cada vez se hace más profunda y ostensible, al decir del maestro García de Enterría (2000), la huida del estado. Pero esta situación puede producir una especie de efecto bumerán dado que si los jueces y tribunales consideran que estas formas contractuales vulneran derechos del

trabajador y estos deben ser reparados integralmente – teniendo en cuenta elementos de reparación integral según Arturo Monge (2011) -, puede que el impacto fiscal cause un defecto grave a las finanzas públicas, en caso de aplicarse un precedente homogéneo en la gran cantidad de servidores envueltos en estas circunstancias.

REFERENCIAS.

Böckenfödel, E. W. (2000). Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia, Valencia: Trotta.

Constitución política de 1991 de la República de Colombia.

De Los Rios Castiblanco, Juan Carlos (2012) Los derechos fundamentales y el respeto por la diferencia: fundamentos del estado constitucional de derecho, en Revista Pensamiento Americano, Vol. 5 num. 8 pag. 77-85 año 2012

Decreto 1950 de 1973, República de Colombia.

García de Enterría, E. (2000). Curso de derecho Administrativo. Madrid.

Fraga, G. (2006) Derecho Administrativo. México: Editorial Porrúa.

Igartúa, J. (2000). El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados. Revista Vasca de administración pública No 56. pp. 145-162.

Larios, J. (2013) Flexibilidad laboral: eufemismo a una política de regresión. Revista Justicia No 23, Universidad Simón Bolívar. Barranquilla.

Martínez-Vares, S. (1994) Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados. En cuadernos de derecho judicial, Madrid.



Monge, Arturo J. (2011) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el impacto de su jurisprudencia en materia de reparaciones. En Revista Justicia, Universidad Simón Bolívar. Vol. 16 Num. 19 pp. 132-150 - Junio 2011.

Pérez Escobar, J. (2010). Derecho constitucional colombiano. Octava edición. Bogotá D.C: Ed. Temis.

Villegas Arbeláez, J. (2013) Derecho Administrativo Laboral. Principios, estructura y relaciones individuales, Decima Edición. Bogotá D.C: Legis Editores S.A.

Younes Moreno, D. (2005) Derecho Administrativo Laboral, Decima Edición. Bogotá D.C: editorial Temis.