Sentencia C-175/07

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE DEMANDA-Falta de certeza en los cargos

El reparo formulado por los demandantes responde a una apreciación subjetiva que no surge como un significado plausible de la interpretación del texto demandado ni pertenece a su contenido normativo y que, por lo mismo, carece de idoneidad para dar lugar a la comparación entre la ley y la Constitución, no satisface el requisito de certeza que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional deben tener los cargos de inconstitucionalidad planteados por razones de fondo, impide el análisis material de la constitucionalidad y conduce a la decisión inhibitoria que se consignará en la parte resolutiva de esta providencia.

CONCURSO PUBLICO DE MERITOS-Finalidad del criterio del mérito

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Regulación de causales de retiro adicionales a las señaladas en la Constitución

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Constitución difiere al legislador señalamientos de otras causales de retiro

No le asiste razón a los demandantes cuando consideran que la causal de desvinculación de la carrera administrativa, a la cual alude el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 es inconstitucional por no aparecer expresamente mencionada en el artículo 125 de la Carta, ya que, si bien es cierto que falta esa mención, no lo es menos que en la disposición constitucional invocada se le confiere facultad al legislador para introducir otras causales de retiro y, en esa medida, el Congreso de República podía establecer que el empleado de carrera administrativa se expone a ser desvinculado del cargo de carrera siempre que la comisión o la suma de ellas exceda el término de seis (6) años. Así pues, la previsión legal de esta causal tiene sustento constitucional y, por este aspecto, no se avizoran motivos de contradicción con los contenidos del artículo 125 de la Constitución.

COMISION PARA DESEMPEÑAR CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION O DE PERIODO-Casos en que procede/COMISION PARA DESEMPEÑAR CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION O DE PERIODO-Concesión a quien ha sido calificado con rendimiento sobresaliente/COMISION PARA DESEMPEÑAR CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION O DE PERIODO-Concesión a quien ha sido calificado con rendimiento satisfactorio

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Límites en regulación de causales de retiro

NORMA DISCIPLINARIA-Criterios jurisprudenciales para determinar cuando una disposición legal se encuentra en el ámbito disciplinario

CAUSAL DE RETIRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA-Ausencia de carácter disciplinario y sancionador/CAUSAL DE RETIRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA-Consecuencias de que se establezca tanto en el código único disciplinario como en el régimen de carrera

La causal establecida en el examinado artículo 26 tampoco tiene proyecciones hacia el ámbito disciplinario ni constituye sanción, puesto que se trata de una medida administrativa encaminada a hacer efectivos los principios que guían el servicio oficial y, en ese sentido, procura dotar a las entidades de un mecanismo ágil para proveer los cargos que hayan sido declarados vacantes y garantizar, con la mayor prontitud, que un nuevo funcionario entre a cumplir las labores y que la entidad siga su curso normal sin quedar sujeta a riesgos o a traumatismos innecesarios. Así las cosas, el hecho de que en el Código Unico Disciplinario se hayan previsto causales de retiro no significa que al regular la carrera administrativa y el empleo público el legislador carezca de competencias para prever causales de retiro propias del régimen de carrera y, a su turno, la circunstancia de que el Congreso las prevea en el ámbito de la carrera no se traduce en la derogación de las establecidas en el régimen disciplinario.

DEBIDO PROCESO EN CAUSAL DE RETIRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA-Desvinculación por haber superado el término de la Comisión

Aunque la causal de retiro examinada en esa oportunidad no es de índole disciplinaria ni comporta la imposición de una sanción, esto no implica que se puedan negar las garantías previas inherentes al debido proceso y, por lo tanto, el carácter automático que, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 tiene la aplicación de la causal de retiro allí prevista, no riñe con las exigencias del debido proceso que deben satisfacerse antes de la expedición del acto administrativo mediante el cual se declare la vacancia y se decida sobre la desvinculación. Y es que el comentado carácter automático consiste, básicamente, en que es suficiente verificar el transcurso de los seis años exigidos y el hecho de que el empleado no haya retornado a su cargo de carrera para que se activen los mecanismos dirigidos a declarar la vacancia y se proceda a disponer el retiro, mas no implica la pretermisión del acto administrativo pertinente o de la actuación anterior a su expedición, ni de la comunicación del inicio de esa actuación al empleado, ni de la oportunidad de ser oído o de presentar pruebas a su favor, para indicar, por ejemplo, que no se reúnen las condiciones objetivas que, según la disposición analizada, justifican la declaración de vacancia del cargo y el retiro automático.

COMISION PARA DESEMPEÑAR CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION O DE PERIODO-Desvinculación cuando la comisión supera 6 años

La Corte ha anotado que cuando el funcionario se posesiona en el cargo de libre nombramiento y remoción, pese a no mediar la comisión respectiva, “acepta las consecuencias de su decisión” y, dentro de ellas, “la perdida de los derechos de carrera”, a lo cual cabe agregar que lo propio acontece cuando finaliza el término de seis (6) años en comisión y el empleado no asume su cargo de carrera, ya que conociendo la consecuencia que la ley dispone para esa eventualidad, no es desproporcionado ni irrazonable exigirle un mínimo de diligencia para definir su situación y, si no se reintegra, es factible entender que su decisión voluntaria es, precisamente, la de no reintegrarse y la de asumir las consecuencias de esa decisión, cosa que ha de entenderse, sin perjuicio de que, en garantía de su derecho al debido proceso, se le comunique la iniciación de las actuaciones orientadas a declarar vacante el cargo y a producir el retiro, a fin de que, según lo apuntado, tenga la oportunidad de controvertir las razones alegadas por entidad, que no pueden ser otras que la

superación del lapso indicado en la ley y la circunstancia de no haber asumido su cargo de carrera.

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD LABORAL EN CAUSAL DE RETIRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA-No vulneración por desvinculación cuando la comisión supera 6 años

Aún cuando la estabilidad es un importante derecho, ni siquiera en el régimen de carrera administrativa puede ser asimilado a la inamovilidad total y absoluta del empleado, motivo por el cual "no se opone a la posibilidad de consagrar causales de separación de la carrera en aquellos casos previstos en la ley, que constituyan razón suficiente que justifique la adopción de la medida", tal como sucede tratándose de la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, que está inspirada en propósitos de interés general que consisten en la necesidad de darle continuidad al servicio evitando riesgos y traumatismos, así como en asegurar el predominio de la carrera administrativa en cuanto regla general para la vinculación al servicio público y la permanencia en él. La razonabilidad de esta causal a la luz del derecho a la estabilidad resulta nítida si se tiene en cuenta que el término de seis años, al cabo de los cuales se le exige al empleado asumir su cargo de carrera, constituye una parte considerable de la vida laboral de una persona y es lógico, entonces, que si la carrera prevalece se busque asegurar que la mayor parte de ese desempeño se cumpla en el cargo que corresponda a este régimen y que, además, no se prolongue una situación de provisionalidad hasta el punto de hacer de la carrera un sistema excepcional, en forma contraria a sus principios y fines constitucionales.

Referencia: expediente D-6450

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 26 y 44 (parcial) de la Ley 909 de 2004, "por la cual se expiden las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

Demandantes: Rude Fernando Aldana Prieto, Constanza Duarte Rodríguez, Mónica Liliana Osorio Gualteros y Jesús Leguizamón Celis.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil siete (2007).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y el trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Rude Fernando Aldana Prieto, Constanza Duarte Rodríguez, Mónica Liliana Osorio Gualteros y Jesús Leguizamón Celis presentaron demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 26

y 44 (parcial) de la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

Mediante Auto del veintiocho (28) de agosto de dos mil seis (2006) el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al Procurador General de la Nación para los efectos de su competencia. En la misma providencia, ordenó comunicarla al Ministro del Interior y de Justicia, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, al Presidente de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), al Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades del Rosario, Santo Tomás y Nacional de Colombia, para que intervinieran en caso de considerarlo conveniente.

Una vez cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. TEXTO DE LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS

A continuación se transcriben los artículos 26 y 44 de la Ley 909 de 2004 y se subrayan los segmentos demandados.

“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

Artículo 26. Comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentren vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, sopena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.

Artículo 44. Derechos del empleado de carrera administrativa en caso de supresión del cargo. Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación,

reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.

Parágrafo 1. Para los efectos de reconocimiento y pago de las indemnizaciones de que trata el presente artículo, el tiempo de servicios continuos se contabilizará a partir de la fecha de posesión como empleado público en la entidad en la cual se produce la supresión del empleo.

No obstante lo anterior, cuando el cargo que se suprime esté siendo desempeñado por un empleado que haya optado por la reincorporación y haya pasado a este por la supresión del empleo que ejercía en otra entidad o por traslado interinstitucional, para el reconocimiento y pago de la indemnización se contabilizará además, el tiempo laborado en la anterior entidad siempre que no haya sido indemnizado en ella, o ellas.

Para lo establecido en este parágrafo se tendrán en cuenta los términos y condiciones establecidos en el reglamento que para el efecto expida el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2. La tabla de indemnizaciones será la siguiente:

1. Por menos de un (1) año de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario.

1. Por un (1) año o más de servicios continuos y menos de cinco (5) cuarenta y cinco (45) días de salario por el primer año; y quince (15) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

1. Por cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10) cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y veinte(20) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

1. Por diez (10) años o más de servicios continuos: cuarenta y cinco (45) días de salario, por el primer año; y cuarenta (40) días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por meses cumplidos.

Parágrafo 3. En todo caso, no podrá efectuarse supresión de empleos de carrera que conlleve el pago de la indemnización sin que previamente exista la disponibilidad presupuestal suficiente para cubrir el monto de tales indemnizaciones.

I. LA DEMANDA

Según los demandantes, el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 viola los artículos 1º, 53, 93 y 125 de la Constitución. Alegan que el artículo 1º superior establece la garantía de la efectividad de los derechos de las personas en Colombia y como, en su criterio, dentro de esos derechos se encuentra la estabilidad laboral a través del sistema de carrera administrativa, el artículo parcialmente demandado desconoce el precepto constitucional, porque permite desvincular de manera automática a los empleados de carrera cuando ejercen sus funciones en un cargo al cual fueron destinados por la entidad que los emplea.

Sostienen los actores que el artículo 125 de la Carta contempla claras excepciones a la carrera administrativa y que dentro de ellas no está la prevista en la disposición demandada que, además, promueve la desvinculación automática del sistema de carrera administrativa sin que medie resolución motivada y, a su juicio, esto quebranta el debido proceso y, en particular, el principio de legalidad.

Estiman los demandantes que la vulneración del debido proceso también se produce por la falta de un procedimiento adecuado para verificar si el funcionario desea o no seguir en el cargo al que estaba inicialmente asignado y para permitirle explicar por qué ha existido una prolongación de la situación administrativa de encargo. Agregan que la presunción de inocencia resulta afectada, pues al funcionario no se le permite demostrar las razones por las cuales estaba ausente del cargo y también que el principio de legalidad se desconoce, pues el supuesto contemplado en el artículo demandado no está contemplado como falta disciplinaria.

De todo lo anterior deducen los actores que el artículo parcialmente cuestionado conduce a sancionar de manera objetiva a un empleado de carrera, por el hecho de haber sido ubicado por más de seis (6) años en un encargo y que ello, en la práctica, equivale a una derogación del Código Unico Disciplinario.

Respecto del artículo 44 los libelistas apuntan que vulnera los artículos 13 y 25 de la Constitución, pues, en su sentir, sólo contempla la integración de una nueva planta de personal en la entidad a la cual pertenecía el empleado y debido a esto el empleado público que trabaja en una entidad dotada de una pequeña planta de personal no se halla en las mismas condiciones del empleado público que integra una entidad con una gran planta de personal.

Aseveran los demandantes que ese tratamiento desigual carece de justificación y que, fuera de la violación del derecho a la igualdad, también produce la del derecho al trabajo, pues se limitan los derechos constitucionales de los empleados en razón a la entidad a la que pertenecieron, siendo que tal límite no es razonable. Los actores estiman que la reincorporación a “esa única entidad” es una posibilidad “muy estrecha” y que el límite adecuado estaría conformado por las entidades del mismo nivel en las que se pueda desempeñar un cargo de igual o superior jerarquía.

I. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Comisión Nacional del Servicio Civil

El ciudadano Pedro Alfonso Hernández, en su calidad de Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, intervino en el proceso y expuso que el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 no vulnera los artículos 1º, 53, 93 y 125 de la Constitución, porque "la desvinculación del cargo de carrera, contemplada en el segmento demandado, hace parte de las causales que pueden ser establecidas por el legislador en ejercicio de sus funciones constitucionales, que pueden estar enmarcadas dentro de situaciones jurídicas diferentes a las establecidas como sanción o que sean producto de la conducta del funcionario en ejercicio de sus funciones".

Sin embargo, el interviniente manifiesta que "el retiro automático establecido por dicha norma no permite ni contempla un espacio para que la persona afectada por la norma pueda ejercer el derecho a la defensa y al debido proceso". La inconstitucionalidad no radica, entonces, en la disposición demandada, sino "en el hecho de que ésta se aplique en forma automática", pues esa forma de aplicación desconoce el debido proceso y la presunción de inocencia". Según el interviniente, la Corte debería declarar inexequible la expresión "en forma automática" y condicionar la exequibilidad del resto del artículo 26 "a que la permanencia irregular mediante la figura de comisión en un empleo de libre nombramiento y remoción más allá del término de seis (6) años, se haya producido como consecuencia de la mala fe probada del servidor público".

En relación con el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, el interviniente considera que los actores sólo expusieron "razones de interpretación particular", ya que le otorgan al precepto un alcance diverso al que realmente tiene. A su juicio, la Ley 909 de 2004 diferencia la incorporación que debe darse en la misma entidad, de la reincorporación que, en ciertas condiciones, se efectúa en un empleo de carrera igual o equivalente que esté vacante o provisto mediante encargo o nombramiento provisional o que sea creado de acuerdo con las necesidades del servicio en las plantas de personal y de conformidad con el orden establecido en la misma ley. El interviniente señala que la Corte debe inhibirse para emitir pronunciamiento de fondo.

2. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública

La ciudadana Mónica Ivón Escalante Rueda intervino en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública y solicitó a la Corte desestimar los cargos presentados en contra de los artículos 26 y 44 de la Ley 909 de 2004.

La interviniente señala que "la comisión para el ejercicio de un empleo de libre nombramiento y remoción y el encargo son figuras diferentes" a las cuales el legislador les ha otorgado tratamiento diverso. De conformidad con las normas que regulan el encargo, no existe ninguna sanción por su prolongación en el tiempo, pues más que favorecer al empleado, busca remediar con prontitud una situación que puede afectar la prestación de un servicio y, aún cuando tiene una limitante temporal, el artículo 26 acusado no le es aplicable, por cuanto alude a la comisión.

Según las regulaciones legales, la comisión no busca atender una necesidad inminente de la

entidad, sino que atiende a la solicitud de un empleado de carrera que acepta el nombramiento en un empleo de libre nombramiento y remoción, sin perder sus derechos de carrera. Como quiera que carece de sentido "que alguien se posesione en un empleo de carrera para desempeñar durante toda su vida laboral un empleo de libre nombramiento y remoción", el legislador previó, en el artículo 26 acusado, que al superar el término por el cual se puede otorgar la comisión, el empleado sea desvinculado del cargo de carrera administrativa de manera automática, como corresponde a los fines del Estado y a la situación del empleado que no ejerce los derechos que la carrera le brinda ni demuestra vocación de permanencia en ella.

En lo atinente al artículo 44 la interviniente señala que todo empleado de carrera tiene derecho a ser reincorporado y sus posibilidades de reingreso no se limitan a la entidad en la cual laboraba, sino que comprende "a la entidad o entidades que asuman las funciones del empleo suprimido, en las entidades del sector administrativo al cual pertenecía la entidad, la dependencia o el empleo suprimido, en cualquier entidad de la rama ejecutiva del orden nacional o territorial según el caso y tal como lo dispone el artículo 28 del Decreto 760 de 2005".

3. Intervención de la Universidad del Rosario

En representación de la Universidad del Rosario intervino el ciudadano Alejandro Venegas Franco, decano de la Facultad de Jurisprudencia, quien considera que las disposiciones acusadas se ajustan a la Constitución.

En cuanto a las acusaciones formuladas en contra del artículo 26, el interviniente puntualiza que la ley no está legitimada cuando produce el efecto de que la regla general se convierta en excepción y, por lo tanto, el legislador construyó una hipótesis, según la cual el funcionario de carrera deja de serlo y se convierte en uno de libre nombramiento y remoción, atendiendo a la necesidad de establecer líneas divisorias entre la carrera administrativa y los cargos de libre nombramiento y remoción, así como a la urgencia de evitar la perversión del ejercicio de la función pública. El precepto no prevé una sanción, ya que el funcionario tiene la opción de renunciar al cargo de libre nombramiento y remoción antes del vencimiento de los seis años para volver a su cargo de carrera administrativa.

Sobre los cargos planteados en contra de la constitucionalidad del artículo 44, el interviniente indica que los demandantes lo interpretaron de forma errónea, dado que una cosa es la incorporación y otra la reincorporación y si no hay lugar a la primera que opera en la misma entidad reestructurada o fusionada, existe la segunda opción que es la reincorporación a otros organismos de la Administración Pública y en último término, procede el reconocimiento de indemnización.

4. Intervención de la Universidad Santo Tomás

Marina Rojas Maldonado, Directora del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás, intervino y consideró que el aparte demandado del artículo 26 vulnera la Constitución, porque el derecho a la defensa y el debido proceso resultan afectados por falta de un proceso previo a la desvinculación y también por el desconocimiento de la estabilidad propia de la carrera administrativa que surge del establecimiento de una nueva causal de

desvinculación automática de un funcionario que, pese a estar en comisión, mantiene los derechos de carrera administrativa.

Respecto del artículo 44, la interviniente manifiesta que es constitucional, pues no comporta desconocimiento de la continuidad y de los derechos correlativos, en la medida en que se prevé tanto la incorporación, como la reincorporación y, en último término, la indemnización, y toda vez que el aforar personal en la carrera administrativa "no puede ser considerado como una limitante a los ajustes que la Administración Pública demanda, dada su dinámica permanente".

I. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

El señor Procurador General de la Nación rindió en término el concepto de su competencia y en él pidió a la Corte integrar unidad normativa y pronunciarse a favor de la exequibilidad del artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

En la vista fiscal se considera que el Constituyente le confió al legislador señalar las causales de retiro de la carrera administrativa, distintas de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y, a juicio del Procurador, la causal prevista en el artículo 26 tiene suficiente fundamentación objetiva, pues según las condiciones fijadas en el precepto, esa causal de retiro es una modalidad de abandono del cargo, ya que la decisión de no reintegrarse al empleo respecto del cual tiene los derechos de carrera, en el término contemplado por el legislador, es fruto de la libre voluntad del funcionario que se encuentra en comisión.

Según el Jefe del Ministerio Público, no hay, entonces, vulneración de la estabilidad laboral, por cuanto, el cargo que deja el empleado de carrera debe ser provisto en forma definitiva, una vez que ha transcurrido el término máximo que el legislador señala para la comisión y, de otra parte, los nombramientos provisionales tienen vocación transitoria y fue propósito del legislador al expedir la Ley 909 de 2004 restringir la utilización de esta clase de nombramientos, debido a que la precariedad laboral "no sólo causa inconvenientes a la administración, sino que genera una condición de desigualdad para quienes a pesar de estar vinculados carecen de todos los derechos que otorga la carrera administrativa, como son la estabilidad con base en el buen desempeño, la capacitación, los incentivos y el derecho a la indemnización como consecuencia de la supresión del cargo".

Respecto del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, el Procurador General de la Nación solicita a la Corte que se declare inhibida, pues estima que los demandantes "no estructuran un cargo que justifique la inconstitucionalidad de la norma parcialmente demandada, toda vez que las razones esbozadas más bien son afirmaciones que parten de supuestos normativos que ella no consagra y se basan en la inconveniencia que podría traer su aplicación".

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4° de la Constitución Política, la

Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de la referencia.

2. Estructura de la presente sentencia

Por cuanto se ha solicitado la inhibición de la Corte en relación con la acusación dirigida en contra de un segmento del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 la Corte examinará, en primer término, los cargos de inconstitucionalidad referentes a este artículo y a continuación abordará los cuestionamientos dirigidos en contra del artículo 26 de la misma Ley.

3. La solicitud de inhibición respecto de la acusación planteada en contra del artículo 44 de la Ley 909 de 2004

Ha sido solicitada la inconstitucionalidad de un segmento del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, según el cual los empleados públicos de carrera administrativa a quienes se les supriman los cargos de los cuales sean titulares "tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes".

A juicio de los demandantes, el aparte transcrito vulnera el artículo 13 de la Constitución, porque al empleado público se le ofrece como única posibilidad la de aspirar a un cargo dentro de la nueva planta de personal de la entidad a la cual pertenecía y, de esta manera, quedan en situación de desventaja los empleados públicos cuya antigua entidad contaba con una pequeña planta de personal, frente a los empleados que hacían parte de entidades dotadas de grandes plantas de personal y esto, a su turno, le impone al derecho al trabajo un límite desprovisto de razonabilidad, pues lo adecuado habría sido permitirle al empleado aspirar a desempeñar un cargo de igual o superior jerarquía en entidades del mismo nivel.

Respecto de la acusación así planteada, los ciudadanos que intervinieron en representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Universidad del Rosario coincidieron en afirmar que los actores le otorgaron al precepto un alcance diverso del que le corresponde y que, por lo tanto, la interpretación plasmada en la demanda es errónea, e igual parecer comparte el señor Procurador General de la Nación, quien pide a la Corte declararse inhibida para emitir pronunciamiento de fondo.

Ciertamente al demandante en acción pública de inconstitucionalidad se le exige formular una acusación y aún cuando, en aras de favorecer el derecho del ciudadano a plantear ante la jurisdicción constitucional los reparos que tenga en contra de las leyes por violación de la Carta, la Corporación ha sostenido que como juez de la constitucionalidad le corresponde interpretar la demanda, también en reiterada jurisprudencia esta Corte ha destacado que no es posible relevar a los demandantes del cumplimiento de la carga mínima de argumentación exigida para dar lugar a la confrontación entre el precepto atacado y la Constitución, motivo por el cual la aptitud de la acusación esgrimida depende del cumplimiento de los requisitos de certeza, claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia.

De entre los requisitos anotados, en esta oportunidad interesa destacar el de certeza que alude "a la necesidad de que el cuestionamiento recaiga directamente sobre el contenido de

la disposición demandada y no sobre una proposición jurídica inferida o deducida por el actor”1 y cuya adecuada satisfacción es condición de posibilidad del juicio de constitucionalidad. En efecto, el cuestionamiento que se dirija en contra de una disposición ha de estar fundado en lecturas pertenecientes a su contenido normativo que es el llamado a ser cotejado con los contenidos de la Constitución, pues la Corte no puede adelantar el juicio que de ella se pide ni derivar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la ley con base en significados que en manera alguna forman parte del conjunto de las interpretaciones plausibles que integran el contenido del precepto demandado.

La conformidad o la desavenencia de la ley con la Constitución sólo se puede establecer a partir de aquello que el precepto cuestionado comprende dentro de su contenido, mas no con fundamento en interpretaciones erróneas o de imposible adscripción en ese contenido. Precisamente, en el caso que ahora ocupa la atención de la Corte, tanto los intervinientes mencionados como el Procurador General indican que del artículo 44 de la Ley 909 de 2004, en la parte que es objeto de tacha, no se desprende el entendimiento que le atribuyen los actores, puesto que el legislador distinguió entre la incorporación que opera en la misma entidad reestructurada o fusionada y la reincorporación que también puede operar en otras entidades y tiene lugar cuando no es viable la incorporación, ofrecida como primera opción al empleado público cuyo cargo haya sido suprimido.

Esta última interpretación se deduce del propio tenor literal del precepto cuestionado que, al establecer los derechos de los empleados de carrera administrativa en caso de supresión del cargo, hace referencia al “derecho preferencial a ser incorporados”, así como al derecho a optar por “ser reincorporados” de no resultar posible la primera alternativa y, en clara alusión al artículo 44 de la Ley 909 de 2004, la Corte Constitucional ha considerado que existe diferencia entre la incorporación que es de efecto inmediato “y debe darse en la misma entidad”2 y el proceso de reincorporación que, según el citado artículo 44, es objeto de la reglamentación expedida al efecto por el Gobierno Nacional3.

Así las cosas, las razones que los demandantes aducen para fundamentar su ataque en contra de las expresiones demandadas del artículo 44 de la Ley 909 de 2004 carecen del indispensable apoyo en el contenido normativo del texto acusado de vulnerar la Constitución, pues, en contra de lo que sostienen los actores, no es cierto que la incorporación a la nueva planta de personal de la entidad a la cual pertenecía sea la única posibilidad que se le ofrece al empleado público de carrera administrativa, pues, adicionalmente el precepto le reconoce, como segunda alternativa, el derecho a la reincorporación que, aún cuando no opera con la inmediatez predicable de la incorporación, procede incluso en entidades distintas a aquella en la cual el empleado se hallaba incorporado.

El planteamiento de los libelistas obedece a la típica estructura de la acusación que se formula en los casos de omisión legislativa de carácter relativo, por cuanto creyendo insuficiente la previsión de la que, en su opinión, es la única posibilidad, consideran que “el límite adecuado” debería estar constituido por “las entidades del mismo nivel en las que se pueda desempeñar un cargo de igual o superior jerarquía”. Sin embargo, los presupuestos que sirven de base a sus aseveraciones carecen de fundamento, porque la incorporación no es el único derecho de los empleados públicos de carrera administrativa a quienes se les suprime su cargo y, por lo tanto, el vacío de regulación que advierten es inexistente, pues el

legislador previó la figura de la reincorporación que incluye medidas adicionales para cuando resulte inviable la incorporación y, debido a ello, se torna innecesario complementar la regulación mediante el mecanismo que los actores recomiendan.

En síntesis, el reparo formulado por los demandantes responde a una apreciación subjetiva que no surge como un significado plausible de la interpretación del texto demandado ni pertenece a su contenido normativo y que, por lo mismo, carece de idoneidad para dar lugar a la comparación entre la ley y la Constitución, no satisface el requisito de certeza que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional deben tener los cargos de inconstitucionalidad planteados por razones de fondo, impide el análisis material de la constitucionalidad y conduce a la decisión inhibitoria que se consignará en la parte resolutiva de esta providencia.

Ahora bien, los actores también censuran el aparte del artículo 26 de la Ley 909 de 2004, según el cual "en todo caso la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, sopena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática". De acuerdo con el criterio plasmado en la demanda, la preceptiva acusada desconoce la efectividad de los derechos establecida en el artículo primero superior y, en particular, la estabilidad laboral garantizada mediante la carrera administrativa, puesto que permite desvincular de manera automática al empleado de carrera con base en una excepción que no se encuentra contemplada en el artículo 125 de la Carta, sin que medie resolución motivada y con violación del debido proceso, por cuanto falta un procedimiento adecuado para que el empleado explique las causas de su permanencia en comisión, se desconoce la presunción de inocencia y se aplica un supuesto no contemplado como falta disciplinaria, lo que equivale a sancionar de manera objetiva al empleado, a desvirtuar el principio de legalidad y a derogar el Código Unico Disciplinario.

A los cargos así sustentados se oponen quienes intervinieron en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Universidad del Rosario, así como el Jefe del Ministerio Público. De acuerdo con las apreciaciones del representante del Departamento Administrativo de la Función Pública la comisión es solicitada por el empleado público de carrera y, dado que carece de sentido posesionarse en un cargo de carrera y ejercer durante toda la vida laboral un empleo de libre nombramiento y remoción, la desvinculación automática responde a los fines del Estado y a la situación del empleado renuente a permanecer en la carrera y a ejercer los derechos inherentes a ella.

A lo anterior el decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario agrega que el legislador no está legitimado para hacer de la carrera administrativa una excepción, ni para pervertir el ejercicio de la función pública y que, en razón de ello, el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, en la parte cuestionada, no prevé una sanción, pues el empleado tiene la opción de retornar al empleo de carrera antes de vencerse el término legalmente previsto.

El Procurador General de la Nación, por su parte, estima que la causal de retiro regulada en la disposición acusada es una modalidad de abandono del cargo, en la medida en que la decisión de no reintegrarse obedece a la libre voluntad del funcionario que se encuentra en comisión y, por lo tanto, en lugar de la afectación de la estabilidad laboral, lo que se procura es restringir los nombramientos en provisionalidad, evitar los inconvenientes que le generan

a la administración y garantizarle al empleado público de carrera el disfrute de los derechos correspondientes a ese régimen.

Por último, el Presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Directora del Consultorio Jurídico de la Universidad Santo Tomás consideran que la aplicación automática del precepto demandado impide el ejercicio del derecho a la defensa y del debido proceso e indican que, adicionalmente, afecta la presunción de inocencia; pero mientras que el primero aboga por la declaración de inconstitucionalidad de la expresión "en forma automática" y por el condicionamiento de la exequibilidad del resto del segmento cuestionado a que se pruebe la mala fe del servidor público que permanece irregularmente en comisión, la segunda estima que todo lo demandado es inconstitucional.

Resumidas así las diferentes posiciones que a lo largo del proceso han sido expuestas, queda en claro que respecto de la constitucionalidad del segmento demandado del artículo 26 de la Ley 909 de 2004 los actores ponen de manifiesto dos clases de problemas que tienen notable relevancia constitucional. El primer grupo de estos problemas se relaciona directamente con la posibilidad de establecer una causal de desvinculación de la carrera administrativa del tipo de la prevista en el precepto demandado, en tanto que el segundo grupo alude a la manera como opera o debe operar esa causal legalmente establecida cuando sea necesario darle aplicación.

Al primer asunto se refieren los demandantes al indicar que el legislador ha contemplado una excepción a la carrera administrativa que no forma parte del contenido del artículo 125 de la Constitución y a la segunda cuestión aluden al puntualizar que la aplicación automática de esa causal comporta la vulneración de algunos importantes aspectos vinculados a la noción de debido proceso.

Para esclarecer el tema inicialmente propuesto se torna indispensable reiterar la jurisprudencia que esta Corporación ha producido acerca del tratamiento constitucional de la carrera administrativa y, después de efectuar un bosquejo general sobre la regulación constitucional, la Corte deberá determinar si, en el caso de las causales de desvinculación, el Constituyente agotó la materia o dejó espacios abiertos a la configuración legislativa, pues solamente en este último supuesto cabe indagar sobre el sustento constitucional de la causal que el Congreso de la República previó en el aparte demandado del artículo 26 de la Ley 909 de 2004.

Siempre y cuando resulte del anterior análisis que la previsión de la causal de desvinculación contemplada en la preceptiva acusada se ajusta a la Constitución, procederá el análisis de la manera como está regulada su aplicación y, con la finalidad de decidir sobre su constitucionalidad, la Corte se referirá a la índole de esa causal para determinar si tiene el carácter de sanción disciplinaria que le atribuyen los actores y, de conformidad con la respuesta obtenida, la Corporación estudiará las implicaciones de su aplicación automática en el debido proceso, así como en el conjunto de los derechos derivados de la pertenencia a la carrera administrativa y, en especial, del derecho a la estabilidad laboral.

Dada la variedad de los cargos y de los temas involucrados en la acusación, en armonía con lo conceptuado por el señor Procurador General de la Nación, la Corte estima que es procedente integrar unidad normativa con las partes del artículo que no han sido

demandadas, pues la evaluación de la constitucionalidad del segmento demandado requiere del análisis de la totalidad del artículo 26.

4.1. El legislador y las posibilidades de establecer causales de retiro de la carrera administrativa

4.1.1. El sistema de carrera administrativa

Al analizar el artículo 125 de la Constitución, que sirve de marco a los cuestionamientos esgrimidos en la demanda, la Corte Constitucional ha señalado que el sistema de carrera administrativa por concurso de méritos es "un proceso técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto permite garantizar que al ejercicio de la función pública accedan los mejores y más capaces funcionarios y empleados"4.

Mediante la adopción del criterio del mérito para el nombramiento y la provisión de cargos se pretende, entonces, garantizar la igualdad de oportunidades en armonía con lo preceptuado en el artículo 40-7 de la Carta que confiere a todos los ciudadanos igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas5; asegurar el cumplimiento de los fines del Estado, cuales son el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, derechos y deberes que la Constitución reconoce a los habitantes del territorio nacional6, así como procurar un ejercicio de la función pública ceñido a algunos objetivos básicos, dentro de los que se cuentan la moral administrativa, la imparcialidad en materia política y un desempeño eficiente, eficaz y calificado de las labores propias del servicio público7.

La importancia de las finalidades señaladas y los términos en los cuales está concebida la regulación constitucional de la carrera, han llevado a considerar que este sistema es un "pilar fundamental de la estructura organizacional del Estado", que, debido a tener esa calidad, constituye "un principio de orden superior" y que por interpretar, del mejor modo posible, el criterio de merecimiento, en cuanto determinante del acceso al ejercicio de cargos públicos, adquiere un innegable carácter prioritario8.

La carrera administrativa, con todo y constituir la regla general, tiene excepciones, pues el artículo 125 de la Carta, que se viene comentando, expresamente ubica por fuera del radio de acción del sistema prioritario los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, así como los correspondientes a los trabajadores oficiales, pero es del caso destacar que la mención explícita de estos supuestos excepcionales en el texto superior viene a confirmar el predominio del nombramiento a través de las regla del concurso público como garantía de la efectividad del sistema de carrera10.

4.1.2. El legislador y la carrera administrativa

Ahora bien, la disciplina constitucional de la materia, cuyas líneas básicas se han puesto de presente, también le otorga al legislador competencia para fijar los requisitos y condiciones que se deban observar cuando sea necesario determinar los méritos y calidades de los aspirantes a ingresar a los cargos de carrera y a ascender en ellos, para señalar algunas otras excepciones al sistema y para establecer causales de retiro distintas de las previstas en

la Constitución que explícitamente alude, en el glosado artículo 125, a la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y a la violación del régimen disciplinario.

En términos generales, la Corte Constitucional ha considerado que la facultad de configuración otorgada al Congreso para desarrollar aspectos como los mencionados no se puede ejercer en detrimento del sistema prioritario, ya que al legislador le está vedado desnaturalizar "la regla general de que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben proveerse por el sistema de carrera", porque la competencia que en ese campo se le ha conferido "no puede entrar en contradicción con la esencia misma del sistema de carrera, ni tampoco generar un efecto contrario al querido por el constituyente del 91", haciendo de la carrera la excepción y de los restantes mecanismos de provisión de cargos la regla general11.

Así pues, de todo cuanto se acaba de afirmar se deduce que, como lo ha precisado la Corte, la carrera administrativa se desarrolla en tres momentos diferentes, a saber: el ingreso, el ascenso y el retiro y que en cada uno de esos momentos al legislador se le reconocen espacios de regulación limitados por la configuración constitucional del sistema12. A los efectos de analizar los cargos de inconstitucionalidad propuestos en la presente causa, importa destacar las facultades que le corresponden al Congreso de la República tratándose de las causales de retiro o desvinculación de la carrera administrativa.

4.1.3. El legislador y las causales de retiro de la carrera administrativa

Sobre ese particular, la jurisprudencia constitucional ha estimado que las causales expresamente mencionadas en el artículo 125 superior, esto es, la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y la violación del régimen disciplinario, se refieren a la conducta del funcionario, que en relación con estas formas de retiro el legislador cuenta "con una potestad de configuración amplia" y que, en virtud de expresa previsión constitucional, a ellas se añaden "las demás causales previstas en la Constitución o en la ley"13.

Estas otras causales bien pueden obedecer a factores ajenos a la conducta del funcionario de carrera y, en cuanto hace a la facultades del legislador, es evidente que éste tiene a su alcance la posibilidad de "regular y estructurar causales de retiro adicionales a las señaladas en el artículo 125 constitucional, no necesariamente relacionadas con la evaluación del desempeño o con la violación del régimen disciplinario", tal como sucede, por ejemplo, con el retiro causado a consecuencia de la fusión o liquidación de las entidades públicas y de la consiguiente supresión de cargos, con la desvinculación de los funcionarios de carrera que han llegado a la edad de retiro forzoso, con la desvinculación de aquellos que se posesionan en cargos de libre nombramiento o remoción sin haber obtenido la comisión respectiva o que, al término de los periodos de comisión legalmente autorizados, no retornen al ejercicio del cargo de carrera que les corresponde14.

Desde esta perspectiva no le asiste razón a los demandantes cuando consideran que la causal de desvinculación de la carrera administrativa, a la cual alude el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 es inconstitucional por no aparecer expresamente mencionada en el artículo 125 de la Carta, ya que, si bien es cierto que falta esa mención, no lo es menos que en la disposición constitucional invocada se le confiere facultad al legislador para introducir otras

causales de retiro y, en esa medida, el Congreso de República podía establecer que el empleado de carrera administrativa se expone a ser desvinculado del cargo de carrera siempre que la comisión o la suma de ellas exceda el término de seis (6) años. Así pues, la previsión legal de esta causal tiene sustento constitucional y, por este aspecto, no se avizoran motivos de contradicción con los contenidos del artículo 125 de la Constitución.

4.2. Los cargos de inconstitucionalidad referentes a la manera como se aplica la causal de desvinculación de la carrera administrativa prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004

Una vez establecido que el legislador contaba con apoyo constitucional para establecer la causal de retiro de la carrera administrativa incorporada en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, de acuerdo con el plan trazado para efectuar el análisis de constitucionalidad solicitado, conviene pasar a examinar los reparos relativos a la manera como, según los actores, está concebida la aplicación de la referida causal.

4.2.1. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004

En obsequio de claridad, la Corte considera necesario examinar, primeramente, en qué consiste la específica causal de retiro que ha generado la presentación de la demanda de inconstitucionalidad. Tal como ha quedado apuntado, en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 se prevé que cuando la comisión o la suma de comisiones para el desempeño de cargos de libre nombramiento y remoción sobrepase el término de seis (6) años, el empleado de carrera administrativa podrá ser desvinculado, “en forma automática”, del cargo que le corresponda en la carrera.

Como lo hizo la Corte en otra oportunidad, cabe preguntar ahora en cuáles hipótesis y bajo qué condiciones se le confiere comisión a un empleado de carrera administrativa para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción. A fin de responder a este interrogante, es de interés puntualizar que también las situaciones administrativas están determinadas por el criterio del mérito15 y que, de conformidad con el propio artículo 26, ahora examinado, cuando el empleado de carrera haya obtenido una calificación de desempeño sobresaliente le asiste el derecho a que se le otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en periodos continuos o discontinuos, con la posibilidad de prórroga por un término igual, para que ejerza el cargo de libre nombramiento y remoción que le haya sido discernido en razón de nombramiento o de elección, mientras que, cuando el empleado de carrera haya obtenido una evaluación de desempeño satisfactoria, la respectiva entidad le “podrá” otorgar la comisión por los mismos tres (3) años y con idéntica prórroga16.

Es de anotar que en el primero de los supuestos el empleado de carrera tiene un derecho y, en consecuencia, una vez enterado de su nombramiento o elección deberá elevar solicitud ante la entidad en la cual labora, por cuanto ésta no puede otorgar la comisión oficiosamente y se requiere, entonces, que el empleado en cuestión manifieste su intención de aceptar el nombramiento o elección, en tanto que tratándose de la segunda de las hipótesis reseñadas en el párrafo anterior, “el funcionario de carrera no tiene un derecho a que se le otorgue la comisión” y la entidad podrá concedérsela o negársela.17.

Conforme a la regulación vigente, plasmada en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, al finalizar el término de la comisión, el de su prórroga, o cuando el empleado renuncie al cargo

de libre nombramiento y remoción o sea retirado de él antes del vencimiento del término de la comisión, “deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera”.

4.2.2. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y los derechos que orientan la carrera administrativa

A partir de las precisiones que se acaban de hacer resulta más fácil proseguir el análisis de la constitucionalidad de la causal de retiro que ocupa la atención de la Corte, pues, aún cuando se ha destacado que el legislador podía preverla, la introducción de causales distintas a las expresamente previstas en la Carta debe sujetarse a los límites impuestos por la configuración constitucional de la carrera y por los principios, valores y derechos constitucionales que, dentro del marco del Estado Social de Derecho, le sirven de fundamento.

Así entonces, de conformidad con lo indicado por la Corte, los derechos que orientan la carrera administrativa contribuyen a fijarle condiciones al ejercicio de la competencia reconocida al legislador para establecer otras causales de retiro y, por lo tanto, en atención a estos derechos, las causales adicionales a las constitucionalmente previstas que el Congreso establezca, “sólo pueden fundarse en razones objetivas, racionales y proporcionales a las finalidades que se busca satisfacer”18.

Dentro del conjunto de derechos constitucionales que condicionan la facultad de configuración legislativa cuando se trata de establecer causales de desvinculación de la carrera administrativa se encuentran el debido proceso y las prerrogativas específicas de las que, según los artículos 53 y 125 superiores, son titulares las personas vinculadas a la carrera y en especial el trabajo y la estabilidad laboral.

Las inquietudes que los demandantes plantean respecto de la aplicación de la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 en lo fundamental se refieren, precisamente, al posible desconocimiento de ciertos aspectos del derecho al debido proceso y a la eventual afectación de los derechos al trabajo y a la estabilidad correspondientes a los empleados de carrera administrativa.

4.2.2.1. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y el derecho al debido proceso

Siguiendo el orden de los planteamientos que los demandantes exponen en su libelo, inicialmente la Corte va examinar los cuestionamientos relacionados con el debido proceso que, en líneas generales, aluden a un supuesto carácter sancionatorio de la causal, cuya aplicación inmediata se haría con desconocimiento del Código Unico Disciplinario -que habría sido derogado en este punto- y, además, sin atender a ninguna clase de procedimiento y en abierta contradicción con el principio de legalidad y con la presunción de inocencia.

4.2.2.1.1. La carrera administrativa y el régimen disciplinario

La raíz de la argumentación vertida en la demanda se encuentra en el mencionado carácter sancionador de la causal cuestionada y en su adscripción al régimen disciplinario. Acerca de este tópico es indispensable puntualizar que, en reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha

distinguido entre el régimen disciplinario y el sistema de carrera administrativa. En efecto, más allá de compartir propósitos constitucionales en buena parte comunes, las diferencias son profundas, pues "el régimen de carrera está fundado en el mérito y se centra en asegurar ante todo la eficacia y continuidad de la actividad estatal, mientras que los procesos disciplinarios protegen preferentemente la moralidad de la administración, y por ello se centran en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios"19.

En este orden de ideas, "la lógica y racionalidad" que preside el retiro temporal o permanente de un empleado es diferente en cada uno de los dos regímenes, ya que la desvinculación producida en el ámbito disciplinario tiene tras de sí alguna falta del servidor, cosa que no siempre ocurre en el sistema de carrera, porque en muchos eventos el retiro carece de connotaciones sancionatorias y se produce en aras de una mejora en la calidad y la eficiencia del servicio, tal como acontece, por ejemplo, siempre que el empleado es retirado a consecuencia de la supresión del cargo que ocupaba20.

La Corte ha precisado que incluso en aquellas otras circunstancias en las cuales el retiro tienen vínculos más estrechos con la conducta del empleado, como en el caso del bajo rendimiento, no obstante su apariencia sancionatoria, la separación del servicio no es una sanción, porque su finalidad es, simplemente, mantener en el régimen de carrera a los más idóneos21.

Ahora bien, para determinar cuándo una disposición legal se inscribe dentro del régimen disciplinario la Corte ha utilizado criterios tales como la finalidad del precepto, el contexto normativo en el que el texto se encuentra, la estructura de la misma norma y el bien jurídico protegido22.

De la aplicación de los citados criterios a la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 no surge el carácter disciplinario y sancionatorio que los demandantes le atribuyen. En efecto, de acuerdo con los artículos 1 y 2 de la referida Ley, su finalidad consiste en regular el sistema de empleo público, en establecer los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública y en asegurar la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad, así como en prestar el servicio, sin que se advierta en el señalamiento de estos fines un propósito esencial de regular cuestiones disciplinarias o de lograr los mentados objetivos mediante la imposición de sanciones de esa índole, caracteres que tampoco aparecen en el artículo 26 que, fuera de pertenecer al título IV referente al "ingreso y el ascenso al empleo público", busca, sencillamente, garantizar la vigencia de la carrera administrativa en cuanto regla general de acceso al servicio público y de permanencia en él.

Se reitera así el criterio que ha mantenido este Tribunal en relación con algunas causales de retiro previstas en la Ley 909 de 2004 y conforme al cual, la citada ley regula "aspectos relativos a la carrera administrativa y al empleo público, de manera que sus objetivos no tienen connotaciones disciplinarias"23, siendo del caso añadir que la causal establecida en el examinado artículo 26 tampoco tiene proyecciones hacia el ámbito disciplinario24 ni constituye sanción, puesto que se trata de una medida administrativa encaminada a hacer efectivos los principios que guían el servicio oficial y, en ese sentido, procura dotar a las

entidades de un mecanismo ágil para proveer los cargos que hayan sido declarados vacantes y garantizar, con la mayor prontitud, que un nuevo funcionario entre a cumplir las labores y que la entidad siga su curso normal sin quedar sujeta a riesgos o a traumatismos innecesarios.

Así las cosas, el hecho de que en el Código Unico Disciplinario se hayan previsto causales de retiro no significa que al regular la carrera administrativa y el empleo público el legislador carezca de competencias para prever causales de retiro propias del régimen de carrera y, a su turno, la circunstancia de que el Congreso las prevea en el ámbito de la carrera no se traduce en la derogación de las establecidas en el régimen disciplinario.

4.2.2.1.2. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y el procedimiento para su aplicación

Ciertamente, la ausencia del carácter disciplinario y sancionador de la causal de desvinculación de la carrera administrativa regulada en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 torna más evidente la ausencia de un procedimiento específico para su aplicación y, aunque los actores tienen razón al echar de menos ese procedimiento, no es cierto que la aplicación automática de la causal conduzca de modo inexorable a la vulneración del debido proceso.

A fin de examinar este aspecto, no se puede perder de vista que, según el artículo estudiado, cuando al finalizar el tiempo de la comisión o de su prórroga el empleado no retorne voluntariamente al empleo de carrera, la entidad declarará la vacancia. En torno a la potestad de la Administración de declarar la vacancia en el empleo por abandono del mismo, la Corte expuso consideraciones que ahora resultan perfectamente aplicables.

Al examinar la constitucionalidad de la potestad anterior este Tribunal declaró que, por expreso mandato del artículo 29 de la Carta, el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e indicó que la declaración de vacancia y el consecuente retiro requieren de la expedición de un acto administrativo de carácter particular y concreto, precedido del procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo que impone comunicarle al empleado la actuación iniciada de oficio, “para efectos de que éste pueda ejercer su derecho de defensa, al ser oído por la autoridad administrativa competente, así como para contar con la oportunidad de aportar y controvertir las pruebas que le sean adversas”25.

La Corte hizo énfasis en la importancia de estas garantías propias del debido proceso tratándose de la desvinculación de empleados de carrera y, dada la trascendencia de la medida a adoptar que comporta la separación del cargo, insistió en la necesidad de motivar en forma suficiente y adecuada la decisión, así como en la urgencia de garantizar el debido proceso antes de la expedición del acto respectivo, pues “los controles posteriores que pueda ejercer el funcionario, resultan insuficientes para garantizar el respeto de su derecho fundamental al debido proceso”26.

A juicio de la Corporación, aunque la causal de retiro examinada en esa oportunidad no es de índole disciplinaria ni comporta la imposición de una sanción, esto no implica que se puedan negar las garantías previas inherentes al debido proceso27 y, por lo tanto, el carácter automático que, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 tiene la aplicación de la

causal de retiro allí prevista, no riñe con las exigencias del debido proceso que deben satisfacerse antes de la expedición del acto administrativo mediante el cual se declare la vacancia y se decida sobre la desvinculación.

Y es que el comentado carácter automático consiste, básicamente, en que es suficiente verificar el transcurso de los seis años exigidos y el hecho de que el empleado no haya retornado a su cargo de carrera para que se activen los mecanismos dirigidos a declarar la vacancia y se proceda a disponer el retiro, mas no implica la pretermisión del acto administrativo pertinente o de la actuación anterior a su expedición, ni de la comunicación del inicio de esa actuación al empleado, ni de la oportunidad de ser oído o de presentar pruebas a su favor, para indicar, por ejemplo, que no se reúnen las condiciones objetivas que, según la disposición analizada, justifican la declaración de vacancia del cargo y el retiro automático.

4.2.2.1.3. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, el principio de legalidad y la libre voluntad del empleado

Para cerrar este acápite, restan algunas consideraciones acerca de la alegada violación del principio de legalidad que, en sentir de la Corte, no se presentan, porque el analizado artículo 26 prevé las hipótesis en las cuales tiene lugar el otorgamiento de la comisión, prevé la posibilidad de declarar la vacancia, fija en seis (6) años, continuos o discontinuos, el término máximo durante el cual el empleado de carrera puede desempeñar en comisión empleos de libre nombramiento y remoción y establece la consecuencia que se deriva de la situación administrativa del empleado en comisión, cuando se excede el mencionado término y no se reasume el cargo de carrera.

Por lo demás, a propósito del debido proceso, es de interés destacar que la libre voluntad del empleado de carrera juega un importante papel tratándose de esta causal de retiro. Sobre el particular ya la Corte ha anotado que cuando el funcionario se posesiona en el cargo de libre nombramiento y remoción, pese a no mediar la comisión respectiva, “acepta las consecuencias de su decisión” y, dentro de ellas, “la perdida de los derechos de carrera”28, a lo cual cabe agregar que lo propio acontece cuando finaliza el término de seis (6) años en comisión y el empleado no asume su cargo de carrera, ya que conociendo la consecuencia que la ley dispone para esa eventualidad, no es desproporcionado ni irrazonable exigirle un mínimo de diligencia para definir su situación y, si no se reintegra, es factible entender que su decisión voluntaria es, precisamente, la de no reintegrarse y la de asumir las consecuencias de esa decisión, cosa que ha de entenderse, sin perjuicio de que, en garantía de su derecho al debido proceso, se le comunique la iniciación de las actuaciones orientadas a declarar vacante el cargo y a producir el retiro, a fin de que, según lo apuntado, tenga la oportunidad de controvertir las razones alegadas por entidad, que no pueden ser otras que la superación del lapso indicado en la ley y la circunstancia de no haber asumido su cargo de carrera.

La Corte no encuentra, entonces, motivos de inconstitucionalidad en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, por lo que hace a los cargos fundados en la presunta violación del derecho al debido proceso.

4.2.2.2. La causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 y el derecho a la

estabilidad laboral del empleado de carrera

La última acusación que los actores plantean tiene que ver con la vulneración de los derechos de carrera y en particular, del derecho al trabajo y a la estabilidad laboral del empleado de carrera. La respuesta a estos cargos no puede ser ajena al señalado carácter voluntario de la decisión de no asumir el cargo de carrera al culminar el término máximo que la ley permite para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción, pues es claro que la pérdida de esos derechos la asume el empleado que no se reintegra a su cargo de carrera como obvia consecuencia de su decisión.

La estabilidad laboral se encuentra establecida en los artículos 53 y 125 de la Constitución y, en palabras de la Corte, se entiende como "la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo"29, luego es evidente que cuando el empleado se abstiene de observar "las condiciones fijadas en la ley", pone en riesgo su derecho a la estabilidad y no puede alegar válidamente que le ha sido vulnerado.

A lo anterior se debe añadir que, aún cuando la estabilidad es un importante derecho, ni siquiera en el régimen de carrera administrativa puede ser asimilado a la inamovilidad total y absoluta del empleado, motivo por el cual "no se opone a la posibilidad de consagrar causales de separación de la carrera en aquellos casos previstos en la ley, que constituyan razón suficiente que justifique la adopción de la medida"30, tal como sucede tratándose de la causal de retiro prevista en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004, que está inspirada en propósitos de interés general que consisten en la necesidad de darle continuidad al servicio evitando riesgos y traumatismos, así como en asegurar el predominio de la carrera administrativa en cuanto regla general para la vinculación al servicio público y la permanencia en él.

La razonabilidad de esta causal a la luz del derecho a la estabilidad resulta nítida si se tiene en cuenta que el término de seis años, al cabo de los cuales se le exige al empleado asumir su cargo de carrera, constituye una parte considerable de la vida laboral de una persona y es lógico, entonces, que si la carrera prevalece se busque asegurar que la mayor parte de ese desempeño se cumpla en el cargo que corresponda a este régimen y que, además, no se prolongue una situación de provisionalidad hasta el punto de hacer de la carrera un sistema excepcional, en forma contraria a sus principios y fines constitucionales.

No desconoce la Corte que el disfrute de una comisión corresponde a un derecho que el empleado obtiene en virtud de la calificación de su desempeño, pero es menester fijar una medida adecuada que torne compatible el ejercicio de ese derecho con el régimen de la carrera administrativa y, en criterio de la Corte, las condiciones establecidas en el examinado artículo 26 son razonables, ya que permiten satisfacer el derecho a desempeñar en comisión un cargo de libre nombramiento y remoción sin sacrificar los principios y fines constitucionales del régimen de carrera, al permitirle al empleado público retornar a su cargo luego de haber disfrutado seis años de comisión y al autorizar a la entidad a desvincularlo de ese cargo y a proveerlo definitivamente si, pasados los seis años, el empleado se abstiene de asumirlo.

Como consecuencia de los argumentos que anteceden la Corte también desestima este

último cargo de inconstitucionalidad y, aun cuando tampoco ha encontrado motivos de inconstitucionalidad en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 por lo que hace a los cargos fundados en la presunta violación del derecho al debido proceso, atendiendo las consideraciones precedentes, de una parte, considera necesario precisar que cuando al término de los seis años el servidor público no retorna a su cargo de carrera, ello no significa que automáticamente quede desvinculado del cargo de libre nombramiento y remoción que venía desempeñando y, de otra parte, estima indispensable decretar la exequibilidad del referido artículo a condición de que se entienda que la decisión administrativa que con base en él se adopte debe respetar las garantías propias del debido proceso.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- Declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo en relación con la acusación formulada en contra de la expresión “tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes” que pertenece al artículo 44 de la Ley 909 de 2004, por ineptitud sustancial de la demanda.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 en el entendido que esta decisión administrativa debe adoptarse con las garantías propias del debido proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-175 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

DEBIDO PROCESO EN CAUSAL DE RETIRO DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA-Desvinculación por haber superado el término de la comisión (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-6450

Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 26 y 44 (parcial) de la Ley 909 de 2004, "por la cual se expiden las normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones"

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el respeto acostumbrado por las decisiones unánimes de esta Corte, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, ya que aunque me encuentro de acuerdo con esta decisión, considero necesario realizar una observación respecto del punto tratado en la parte motiva y considerativa de esta decisión, relativo a la potestad reguladora del legislador en materia de causales de retiro de la carrera administrativa.

En este sentido, me permito expresar mi preocupación por que se reconozca una potestad de configuración del legislador tan amplia en materia de causales de retiro de la carrera administrativa, que puede terminar por hacerla nugatoria. Por tanto, en mi concepto se deberían matizar las aseveraciones relativas a este tema planteadas en el aparte 4.1 de esta sentencia.

En mi concepto, en este caso se concilian dos situaciones: de un lado, el reconocimiento de un derecho que tiene un límite de seis años y de otro, el debido proceso pues no se puede

proceder a una desvinculación automática de la carrera administrativa sin antes escuchar al empleado y adelantar un debido proceso con el lleno de todos los requisitos.

Así mismo, es de observar que en cualquier caso el empleado de carrera conserva plena autonomía para decidir no regresar al cargo de carrera y permanecer en el de libre nombramiento y remoción.

De otra parte, en mi concepto el problema planteado en este caso se debe examinar frente a las diversas situaciones administrativas del empleado de carrera, las cuales deben estudiarse en cada caso.

Con fundamento en las anteriores razones aclaro mi voto a la presente decisión, manifestando no obstante mi acuerdo con lo esencial de la decisión y el condicionamiento de la exequibilidad de artículo 26 de la Ley 909 de 2004, en el sentido que la decisión administrativa que se origine a partir de la aplicación de esta norma debe adoptarse con el pleno cumplimiento de las garantías propias del debido proceso.

Fecha ut supra.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-670 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

2 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-700 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-1080 de 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

4 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1230 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

5 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-517 de 2002. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

6 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1079 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

7 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1230 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Ibídem.

9 Ibídem.

10 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-073 de 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

11 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1230 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

12 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-292 de 2001. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

13 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-501 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

14 Ibídem.

15 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 1993. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

16 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-501 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

17 Ibídem.

18 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-501 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

19 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

20 Ibídem.

21 Ibídem.

22 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-501 de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

23 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1189 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

24 Sobre las proyecciones en el ámbito disciplinario puede consultarse la Sentencia C-501 de 2005.M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

25 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1189 de 2005. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

26 Ibídem.

27 Ibídem.

28 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-501 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

29 Cfr.. Corte Constitucional, Sentencia C-479 de 1992. M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

30 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-048 de 1997. M. P. Hernando Herrera Vergara.