

SENTENCIA C-431/10

(Junio 2; Bogotá D.C.)

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Cargos deben ser claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes

La claridad hace referencia a la comprensión del concepto de violación que se pretende alegar. La certeza, a que el cargo se realice sobre una norma jurídica presente en el ordenamiento jurídico, no sobre una inferencia subjetiva de la misma. La especificidad consiste en que el cargo debe contener una acusación de inconstitucionalidad contra la disposición atacada que permita realizar un juicio de inexecutableidad. La pertinencia alude a que el cargo no puede ser vago, abstracto e indeterminado, sino de naturaleza constitucional y no basado en argumentos legales o doctrinarios. Por último, la suficiencia del cargo, esto es, que suscite una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada y posibilite “un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”.

REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Postulado estructural de la función pública/REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Elemento definitorio de la Constitución de 1991

CARRERA ADMINISTRATIVA-Fines constitucionales

El sentido de esta previsión consiste en garantizar, de una parte, la igualdad de oportunidades de los trabajadores para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas -tal y como ello se establece en los artículos 40 y 53 de la Carta Política-. De otra parte, en asegurar: (i) la protección de los derechos subjetivos de los trabajadores a la estabilidad y permanencia en el cargo; (ii) los beneficios propios de la condición de escalafonado; (iii) el sistema de retiro del cargo. También busca lograr que (iv) la función pública se ejerza de manera eficiente y eficaz. De esta manera, es “precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determina el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución

CARRERA Y SISTEMA DE CONCURSO DE MERITOS-Importancia como ingredientes principales del régimen de carrera administrativa/CARRERA Y SISTEMA DE CONCURSO DE MERITOS-Finalidad

La jurisprudencia constitucional ha destacado de manera reiterada la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa. En la sentencia C-1262 de 2005 se pronunció la Corte Constitucional acerca del concurso de méritos. Reiteró su jurisprudencia sobre el punto y recordó que “la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, [descartándose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos”. En esa misma sentencia se pronunció la Corte con respecto al mérito y recordó que éste es un “un criterio fundamental ‘...para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública

IGUALDAD-Significados

Esta Corporación ha destacado en varias ocasiones y más recientemente en la sentencia C-242 de 2009 la multiplicidad de significados que presenta la igualdad. En aquella ocasión resaltó la Corte que “la igualdad como valor (preámbulo) implica la imposición de un componente fundamental del ordenamiento; la igualdad en la Ley y ante la Ley (artículo 13 inciso 1°, desarrollado en varias normas específicas) fija un límite para la actuación promocional de los poderes públicos; y la igualdad promocional (artículo 13 incisos 2° y 3°) señala un horizonte para la actuación de los poderes públicos”. La expresión del artículo 13 de la Constitución según la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas, constituye la primera dimensión del derecho a la igualdad plasmada en el artículo 13 Superior, cuyo desconocimiento se concreta cuando “una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas”. En otras palabras, sobreviene una

vulneración del derecho a la igualdad al reconocer consecuencias jurídicas diferentes a personas cuya conducta o estado se subsume en un mismo supuesto normativo.

CONTROL JUDICIAL DE LA IGUALDAD DE TRATO-Alcance

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha acentuado que, “el control del respeto a la igualdad de trato es una operación compleja por cuanto el análisis realizado por el juez, cuando ejerce el control, en cierta forma se superpone a unas consideraciones sobre la igualdad realizadas previamente por el Legislador o por la autoridad administrativa”. Al expedir un determinado acto las autoridades políticas o administrativas suelen establecer ciertas diferenciaciones para obtener algunos objetivos considerados válidos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, tal distinción vista con los ojos de dichas autoridades no resultaría en principio discriminatoria. No obstante, en el momento de examinar si se respetó o no el mandato de igual trato, se debe analizar si la autoridad competente –en este caso el legislador–, obró dentro del margen de configuración que le reconoce la Carta Política. En otras palabras, ha de establecerse si se respetó o no el mandato de igualdad, para lo cual el juez constitucional “evalúa la razón que tuvo en cuenta quien con cierta medida afectó dicho derecho en forma negativa o positiva

IGUALDAD DE TRATO-Problemas que se ligan con la aplicación en el artículo 13 de la Constitución Política

La Corte Constitucional ha destacado los problemas que se ligan con la aplicación del mandato de igual trato contemplado en el artículo 13 de la Carta Política. Ha enfatizado, primero, que en la realidad no se presentan situaciones o personas que sean por entero iguales o totalmente distintas. Así, ha subrayado: “ninguna situación ni persona es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación y la misma persona; y, en ese mismo contexto, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos”. Es por ello, que en ocasiones el mandato encaminado a asegurar que la ley se aplique por igual a todas las personas y a todas las situaciones, no garantiza que reciban el mismo trato de la ley. Con miras a lograr este objetivo adicional, es necesario tener en cuenta la segunda dimensión del derecho a la igualdad consignado también en el artículo 13 de la Constitución Política que se dirige a garantizar que la ley no regulará de forma diferente “la situación de personas que deberían

ser tratadas igual” ni que regulará “de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente”.

CRITERIO EXCEPCIONAL DE COMPARACION O TERTIUM COMPARATIONIS-Criterio para determinar si las situaciones o las personas son o no iguales

La Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias ha puntualizado que para tales efectos resulta imprescindible “establecer un criterio o tertium comparationis a partir del cual se pueda determinar si las situaciones o las personas son o no iguales”. Sobre el particular, ha insistido la Corporación que la elección de ese criterio no puede ser arbitraria sino que ha de extraerse a partir de la finalidad que persigue el trato normativo objeto de análisis y debe ajustarse a los preceptos constitucionales. En tal sentido, deben ser tratadas de igual manera dos personas que de conformidad con el criterio de comparación se encuentren en similar situación. Desde la perspectiva antes descrita puede preguntarse si la situación de todos los empleados o servidores públicos es la misma o si con base en ciertos criterios puede diferenciarse el trato que se les da a unos y a otros. A primera vista, podría pensarse que como todos tienen el rango de empleados o de servidores públicos la igualdad de trato consiste precisamente en que todos gocen de los mismos derechos y tengan las mismas obligaciones. Sin embargo, la misma Constitución ha introducido criterios diferenciadores. De este modo, el estar inscritos en el régimen de carrera supone un criterio o tertium comparationis que permite conferirles a los empleados o servidores públicos que se hallen bajo este supuesto, un conjunto de privilegios que no se les reconoce a los demás empleados o servidores públicos.

Al realizar el examen de igualdad, ha dicho la Corte que es permitido utilizar criterios para diferenciar situaciones diversas siempre y cuando: (i) tales situaciones sean, en efecto, distintas; y (ii) el criterio que se utiliza para destacar su diversidad se ajusta a lo establecido por la Constitución; (iii) sea factible y (iv) es, además, adecuado. Como lo recordó la Corte recientemente, “[c]ada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos -fáctico, legal o administrativo y constitucional en la relación- que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución)”. De otro lado, el rigor con que se ejerce el juicio de igualdad depende, por su parte, de la amplitud con que se le reconozca al legislador el margen de apreciación e que dispone para

configurar las políticas. Entre mayor sea dicho margen, menos riguroso será el juicio. Si por el contrario, la potestad configuradora es más restringida, el juicio de igualdad tendrá mayor rigor.

REGULACION DE LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS INSCRITOS EN EL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Igualdad de trato y el margen de configuración del legislador

REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Ventajas que derivan de su aplicación

La Corte Constitucional mediante su jurisprudencia se ha encargado, a su turno, de preservar el Régimen de Carrera Administrativa y ha enfatizado las ventajas que de su aplicación de derivan. Con todo, ha destacado también que, dadas las exigencias a las que se sujetan quienes quedan inscritos en el sistema de carrera y la responsabilidad que recae en cabeza suya, la aplicación del régimen de carrera abre paso a configurar un conjunto de beneficios a favor de quienes se encuentran inscritos, entre los que se cuentan: (i) el derecho a gozar de estabilidad en el cargo; (ii) el derecho a obtener los privilegios que se enlazan con la condición de escalafonado; (iii) el derecho a contar con distintas alternativas en caso de liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias o de traslado de funciones de una entidad a otra o en el evento en que se modifique la planta de personal.

TEST DE IGUALDAD-Aplicación/SERVIDORES O EMPLEADOS PUBLICOS INSCRITOS EN EL REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA Y SERVIDORES O EMPLEADOS PUBLICOS QUE NO LO ESTAN-Trato diferenciado

La disposición consignada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 satisface a cabalidad el test de igualdad, toda vez que: (i) los supuestos fácticos que rodean a los servidores o empleados públicos en general y a los empleados o servidores públicos inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa son diferentes: mientras que los primeros no se someten al rigor del concurso para obtener de manera meritosa una plaza, los segundos ingresan al servicio público bajo las estrictas pautas previstas para acceder al Régimen de Carrera; (ii) la decisión adoptada por el legislador de otorgar unos beneficios a los empleados o servidores de carrera en caso de “liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias o de traslado de funciones de una entidad a otra o en caso de modificación de la planta de personal”, y no hacer extensivos tales privilegios a los demás

servidores o empleados públicos está fundada en un fin no sólo aceptado constitucionalmente sino -en esta precisa eventualidad-, ordenado por la Constitución en su artículo 125; y (iii) la consecución de dicho fin -incentivar que se instaure el Régimen de Carrera- por los medios propuestos -esto es, reconociendo en cabeza de quienes se someten al rigor de la elección por mérito un conjunto de privilegios para el ascenso y el retiro- no sólo es posible y sino que resulta además adecuada.

EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Protección constitucional

FUNCIONARIOS PUBLICOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION, FUNCIONARIOS INSCRITOS EN CARRERA ADMINISTRATIVA Y FUNCIONARIOS PUBLICOS NOMBRADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA-Diferencia

DERECHO AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Concepto/ACTO ADMINISTRATIVO-Motivación como garantía constitucional al derecho fundamental del debido proceso

Los argumentos que han servido de apoyo a las decisiones de la Corte Constitucional sobre el tópico debatido se pueden sintetizar de la manera que se expresa a continuación. De una parte, el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso resulta aplicable a “todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones”. De otra, en la Sentencia T-653 de 2006 definió la jurisprudencia constitucional este derecho como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa; (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Por último, el objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados”. De la misma manera y en estrecha articulación con lo hasta aquí mencionado, la exigencia relativa a la obligación de motivar las actuaciones administrativas se conecta con la necesidad de asegurar, de forma simultánea, la vigencia de “los principios de legalidad y de publicidad” por cuanto tal motivación hace factible ejercer “el derecho a la defensa, lo cual marca una frontera clara a fin de evitar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la

motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso

NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA-Goza de estabilidad intermedia/ESTABILIDAD DE FUNCIONARIO NOMBRADO EN PROVISIONALIDAD-Se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia

La jurisprudencia constitucional ha recalcado cómo en vista de los límites trazados en relación con la discrecionalidad de quien goza de la facultad de nominación para declarar insubsistente a personas “gozan de una cierta estabilidad” que ha sido denominada por la Corte Constitucional como “estabilidad intermedia” de suerte que quien ocupe “cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción”. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.” En esa misma dirección, la Corte ha realizado que los actos por medio de los cuales se resuelve la desvinculación de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad deben contener las razones por las cuales se [los/las] separa del cargo. Ciertamente es que quien nombra cuenta con un margen de discrecionalidad. No lo es menos, sin embargo, que dicho margen de apreciación no puede desembocar en arbitrariedad. Sea como fuere, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación han de ser explicitados con miras a garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada

MOTIVACION DE ACTO ADMINISTRATIVO-Límite a la discrecionalidad de la administración

RETIRO DE EMPLEADOS EN PROVISIONALIDAD EN CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA-
Condiciones

El precepto previsto en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 no trae como consecuencia la desprotección de los empleados públicos que ejercen de manera provisional un cargo de carrera. Esta acusación carece de sustento, pues, como se vio, dichos servidores no se encuentran en la misma situación en la que se hallan los empleados públicos inscritos en el régimen de carrera. No obstante, la Corte Constitucional les ha conferido una protección

intermedia que consiste en que su retiro solo puede darse: (i) porque el cargo se proveerá mediante el sistema de méritos o (ii) por la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio -debidamente motivada-.

Referencia: expediente D-7916

Demanda de inconstitucionalidad: contra el artículo 44 (parcial) de la Ley 909 de 2004 "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

Demandante: Álvaro Mosquera Gallego

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Texto normativo demandado.

El ciudadano Álvaro Mosquera Gallego presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 44 (parcial) de la Ley 909 de 2004. El artículo 44 (parcial) de la misma, con las expresiones acusadas resaltadas en subraya, es el siguiente:

LEY 909 DE 2004

(Septiembre 23)1

"Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones".

(...)

TITULO VII.

RETIRO DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS.

"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”.

2. Demanda.

2.1. Vulneración del preámbulo-. El preámbulo forma parte integral de la Constitución y tiene fuerza vinculante, y “la norma acusada desatiende el principio del trabajo que en el preámbulo fue y es una finalidad constituyente del año 1991...”².

2.2. Vulneración del artículo 1 de la CP. El trabajo constituye una parte fundamental e integrante del Estado Social de Derecho. La norma acusada ignora el derecho de todo trabajador a obtener una indemnización tanto en el sector público como en el sector privado al suprimirse un empleo.

2.3. Vulneración del artículo 13 de la CP. Mientras la norma demandada garantiza al servidor público inscrito en carrera administrativa el derecho de ser indemnizado en el evento de suprimirse su cargo, “le niega tal derecho a quien no se encuentre protegido o aforado por tal régimen”³. Esta diferenciación vulnera los derechos de los “mal llamados provisionales”⁴ y resulta por entero injustificada pues desconoce el espíritu proteccionista que informa al artículo 13 superior, y pasa por alto la garantía allí prevista según la cual todas las personas recibirán “la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos”⁵. Los empleados de carrera tienen iguales funciones, nomenclaturas y remuneraciones que los otros servidores públicos, por lo cual no existe justificación constitucional para negar a estos la indemnización que se reconoce a los funcionarios de carrera.

2.4. Vulneración del artículo 25 de la CP. Los trabajadores provisionales y los inscritos en carrera administrativa tienen todos, la calidad de servidores públicos y sus cargos son de carrera. La norma demandada “viola el principio-derecho del trabajo previsto en el artículo 25 de la Carta Política, pues, la norma superior protege este derecho fundamental en cualquiera de sus modalidades, la de provisional sería una modalidad...”.

3. Concepto del Procurador General de la Nación e intervenciones ciudadanas.

El Procurador General de la Nación emitió concepto⁶. Adicionalmente, el Departamento de la Función Pública y el Ministerio de la Protección Social presentaron oportunas intervenciones.

3.1. Procurador General de la Nación.

3.1.1. Artículo 13 de la CP. La Corte Constitucional ha determinado que cuando se plantea un cargo por desconocimiento del derecho a la igualdad, lo primero que debe quedar claro es “que la norma acusada realmente establezca un trato diferente para personas que se encuentran en una misma situación de hecho” (C-1047 de 2001 entre muchas otras). La carrera administrativa “protege de manera especial los derechos de quienes por méritos acceden al ejercicio de la función pública”; y la disposición demandada se encamina a amparar a los empleados públicos de carrera administrativa en las eventualidades allí relacionadas. Así, la cautela consignada en el artículo 44 impugnado no sólo resulta razonable -tanto más si se tiene en cuenta que el fin de la misma consiste en asegurar el derecho a la estabilidad en el cargo a unas personas que ingresaron a dicho cargo por sus propios méritos-, sino que está por entero justificada. De otra parte, el demandante “no integró los extremos necesarios para hacer el juicio de igualdad, pues la comparación entre los servidores de carrera y aquellos que pertenecen a dicho régimen no permite realizar un juicio de tal naturaleza, por cuanto se trata de sujetos diferentes”.

En suma, la disposición acusada “no vulnera la disposiciones superiores invocadas por el demandante, razón por la cual se solicitará a la Corte Constitucional que se declare su exequibilidad”.

3.2. Departamento Administrativo de la Función Pública.

3.2.1. El representante del Departamento Administrativo de la Función Pública recuerda que el Congreso de la República goza de un amplio margen de consideración para “fijar los requisitos y condiciones que se [deben] observar cuando sea necesario determinar los méritos y calidades de los aspirantes a ingresar a cargos 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 (...) artículo 125, a la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo y a la violación del régimen disciplinario”. Hace

énfasis en que la reiterada jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional subraya la necesidad de que el Congreso se mueva dentro del cauce jurídico que le señala la Constitución por lo que de manera alguna podría atentar contra el régimen de carrera administrativa y le está por entero vedado “desnaturalizarlo o desconocerlo”. El legislador debe más bien –en concordancia con las exigencias constitucionales efectuar las distinciones que sean del caso– para diferenciar entre las personas que desempeñan cargos de carrera administrativa y aquellas personas que desempeñan tales cargos en provisionalidad e incluso aquellas personas que ocupan empleos de libre nombramiento y remoción en punto a la protección que unas y otras personas merecen.

Recuerda el interviniente que la Corte Constitucional ha sido muy estricta y ha declarado la inexecutable de muchas normas cuando estas desconocen la institución de la carrera administrativa o se encaminan a desnaturalizar el sistema de méritos⁷. Por esa misma razón resulta para él contradictorio que el Congreso sea “sancionado con una decisión de dicha naturaleza” que se ajusta a lo dispuesto en la Carta Política y respeta la jurisprudencia constitucional reiterada. Agrega, en seguida, que en relación con el deber de indemnizar a los empleados de carrera por supresión del cargo, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera clara y enfática que dicho deber encuentra plena justificación constitucional “en el hecho de que el empleo público de carrera administrativa ‘es titular de unos derechos subjetivos adquiridos que gozan protección constitucional, al igual que ocurre con la propiedad privada, según el artículo 58 de la Carta’⁸. Puestas las cosas de esa manera, añade la jurisprudencia constitucional que “si fuese necesario que el Estado, (...) elimine el empleo que ejercía el trabajador inscrito en carrera (...) sería también indispensable indemnizarlo para no romper el principio de igualdad en relación con las cargas públicas (art. 13 C. N.), en cuanto aquél no tendría obligación de soportar el perjuicio, tal como sucede también con el dueño del bien expropiado por razones de utilidad pública. En ninguno de los casos la licitud de la acción estatal es óbice para el resarcimiento del daño causado”.

Opina el interviniente que el resarcimiento del daño también se sustenta en lo dispuesto por el artículo 90 superior que ordena al Estado “responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. Esta posición ha sido reiterada por la jurisprudencia constitucional (Sentencias C-642 de 1999; C527 de 1994). Concluye, por último, que la indemnización por supresión del

cargo prevista en la norma acusada a favor de los funcionarios de carrera administrativa resulta ajustado a los preceptos constitucionales y específicamente se ajusta a lo dispuesto por los artículos 125 y 58 superiores pues “la indemnización así concebida reviste un carácter compensatorio que atempera en el empleado escalafonado los efectos de la desvinculación e indemniza la titularidad de los derechos subjetivos de contenido económico que le son propios”. (Énfasis dentro del texto original). Por los motivos expuestos, estima el interviniente que las acusaciones formuladas por el actor contra la expresión “carrera administrativa” son infundadas por cuanto antes que quebrantar lo dispuesto en la Constitución “la desarrollan con rigor”.

3.1.3. Ministerio de la Protección Social.

Precisa que la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público” omitió referirse a la figura de la provisionalidad pues su intención fue siempre lograr que “los empleos de la administración pública se provean siempre por concurso público, evitando de esta manera la utilización de esta figura que ha servido para desvirtuar el principio del mérito”. Ahora bien, justo en este orden de ideas se explica el motivo por el cual el legislador por medio de “la incorporación o indemnización por supresión del cargo, quiso proteger al funcionario de carrera administrativa, cuando el ejecutivo en uso de sus facultades extraordinarias, se vea en la necesidad de suprimir algunos cargos, por la fusión o reestructuración de las entidades en aras a la modernización del Estado”.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social solicita a la Corte Constitucional rechazar los argumentos esgrimidos por el demandante y declarar que la norma acusada se ajusta a la Constitución Política.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la presente demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241.4 de la Constitución Política.

2. Norma, cargo y problema de constitucionalidad.

2.1. Norma y contexto normativo.

2.1.1. El artículo 44 demandado se encuentra en el Título VII -Retiro de Empleados Públicos-, de la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.

2.1.2. Regula, en particular, derechos del empleado de carrera administrativa en caso de suprimirse su cargo. El supuesto normativo es la supresión del cargo de que es titular un funcionario de la carrera administrativa -a consecuencia de las situaciones administrativas previstas en la norma-; y como consecuencia jurídica (i) el derecho preferencial de incorporación -en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal-, o (ii) el derecho subsidiario de opción entre la reincorporación -en empleo igual o equivalente de planta preexistente- y la indemnización.

2.2. Análisis formal de los cargos.

2.2.1. Criterios mínimos de procedencia de los cargos planteados.

Es necesario que los razonamientos alegados contengan unos parámetros mínimos que puedan llevar a esta Corporación a desconfiar de la constitucionalidad de la norma acusada y no se malogre la posibilidad constitucional de un fallo de fondo respecto del asunto planteado. Así, esta Corporación ha entendido que los cargos de inconstitucionalidad deben ser “claros, ciertos, específicos, pertinentes y suficientes¹¹”.

La claridad hace referencia a la comprensión del concepto de violación que se pretende alegar. La certeza, a que el cargo se realice sobre una norma jurídica presente en el ordenamiento jurídico, no sobre una inferencia subjetiva de la misma. La especificidad consiste en que el cargo debe contener una acusación de inconstitucionalidad contra la disposición atacada que permita realizar un juicio de inexecutableidad. La pertinencia alude a que el cargo no puede ser vago, abstracto e indeterminado, sino de naturaleza constitucional y no basado en argumentos legales o doctrinarios. Por último, la suficiencia del cargo, esto es, que suscite una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada y posibilite “un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional”¹².

2.2.2. Cargo único: vulneración del derecho de igualdad.

Pese a que el actor alegó la vulneración del preámbulo, del artículo 1º; del artículo 13 y del artículo 25 de la Carta Política, su argumentación se centró en la violación del derecho a la igualdad.

Respecto de los cargos elevados por violación del preámbulo, del artículo 1º y del artículo 25 de la Carta Política, el demandante no aporta argumentos que cumplan con las exigencias de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia en los términos en que la jurisprudencia constitucional ha fijado el sentido y alcance de tales requerimientos. Los cargos contra los mencionados artículos fueron planteados todos de manera global y, más que acusaciones en el sentido estricto del término, hacen referencia a apreciaciones subjetivas del demandante al paso que carecen también de especificidad, pues se formulan de manera general.

Si se hace una lectura detenida de los reparos formulados en la demanda, puede constatarse que las acusaciones adquieren fuerza argumentativa y cumplen con exigencias mínimas de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia únicamente en lo que se refiere al reproche elevado por desconocimiento del artículo 13 de la Carta Política. Para el demandante, todo servidor público, incluido el nombrado de manera provisional en un cargo de carrera administrativa, tiene derecho a gozar de los mismos derechos que le reconoce la disposición acusada a los funcionarios. Así, una distinción entre los “mal denominados provisionales” y los funcionarios de carrera, resulta ser una discriminación injustificada que desconoce “el espíritu proteccionista que informa el artículo 13 superior”. A juicio del demandante, el artículo que contiene la expresión objeto de reproche pasa por alto que el precepto contemplado en el artículo 13 de la Carta Política ordena que todas las personas reciban “la misma protección y trato de las autoridades y [gocen] de los mismos derechos”.

2.3. Problema jurídico de constitucionalidad.

Debe constatar la Sala si el Legislador incurrió en una diferenciación injustificada al conferirle a los empleados inscritos en el régimen de carrera administrativa, en caso de supresión de sus cargos -por liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias o de traslado de funciones de una entidad a otra o en caso de modificación de la planta de personal-, (i) el derecho preferencial de incorporación -en empleo igual o

equivalente de la nueva planta de personal-, y de no ser ello posible, (ii) el derecho a optar entre ser reincorporado a empleos equivalentes o a recibir indemnización, sin hacer extensivos tales beneficios a los demás servidores públicos y, en especial, a quienes han ocupado puestos de carrera en provisionalidad.

3. Contexto normativo-constitucional y jurisprudencial del artículo 44 de la Ley 909 de 2004.

3.1. La Constitución de 1991 introdujo en el artículo 125 Superior el Régimen de Carrera Administrativa como un postulado estructural de la función pública y, más aún, como un elemento definitorio de la Constitución de 1991¹³. La regla general consignada en el artículo 125 de la Carta Política prevé que “el ingreso a todos los órganos o entidades del Estado se hace por el sistema de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”. Así, tanto el ingreso como el ascenso a los cargos de carrera, se realizan previo el cumplimiento de unas exigencias fijadas legalmente con el objeto de “determinar los méritos y calidades de los aspirantes”. A su vez, el retiro de dichos cargos “se hará ‘por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley’”.

3.2. El sentido de esta previsión consiste en garantizar, de una parte, la igualdad de oportunidades de los trabajadores para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas -tal y como ello se establece en los artículos 40 y 53 de la Carta Política-¹⁴. De otra parte, en asegurar: (i) la protección de los derechos subjetivos de los trabajadores a la estabilidad y permanencia en el cargo; (ii) los beneficios propios de la condición de escalafonado; (iii) el sistema de retiro del cargo. También busca lograr que (iv) la función pública se ejerza de manera eficiente y eficaz. De esta manera, es “precisamente el rendimiento en el desempeño del cargo de cada trabajador (el cual garantiza eficiencia y eficacia del conjunto) el que determina el ingreso, la estabilidad en el empleo, el ascenso y el retiro del servicio, tal como lo dispone el artículo 125 de la Constitución”¹⁵.

Con todo, ha subrayado de igual forma la Corte que el derecho a la estabilidad laboral de los empleados de carrera no es, en manera alguna, absoluto. La misma Constitución en el

artículo 125 fija las causales en que procede el retiro en armonía con lo dispuesto en el artículo 58 superior que ordena conferir prevalencia al interés público sobre el interés particular. Ha insistido de otro lado en que “los principios generales que orientan la carrera administrativa son aplicables a todos los servidores públicos que desempeñan cargos de carrera administrativa en las distintas entidades y órganos del Estado, así como a los servidores públicos de las carreras especiales”.

3.3. La jurisprudencia constitucional ha destacado de manera reiterada la importancia del mérito y de los concursos como ingredientes principales del Régimen de Carrera Administrativa. En la sentencia C-1262 de 2005 se pronunció la Corte Constitucional acerca del concurso de méritos. Reiteró su jurisprudencia sobre el punto¹⁶ y recordó que “la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen (...) un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, [descartándose] de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado social de derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política, el derecho público y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos”¹⁷. En esa misma sentencia se pronunció la Corte con respecto al mérito y recordó que éste es un “un criterio fundamental ‘...para determinar el acceso, el ascenso y el retiro de la función pública’”¹⁸.

3.4. Los objetivos que se busca lograr con la implementación del Régimen de Carrera Administrativa -ha insistido la Corte Constitucional-, resultan vulnerados cuando quiera que el ordenamiento jurídico que la regula “pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo, o cuando ignora la estabilidad de éste como presupuesto indispensable para que el sistema opere”¹⁹. (Énfasis en el texto original) En esa misma línea de pensamiento, ha destacado la Corte que: “la justificación de esa regla de acceso a la administración pública, encuentra su fundamento constitucional en los objetivos que persigue la función pública, que no son otros que los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 superior, así como en los principios de igualdad, moralidad, eficacia,

economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que rigen la función administrativa, en virtud de los dispuesto por el artículo 209 de la Ley Fundamental. (...) “La carrera administrativa es entonces un instrumento eficaz para lograr la consecución de los fines del Estado, el cual requiere de una organización adecuada que le permita alcanzarlos, con un recurso humano que no sólo sea calificado sino que pueda desarrollar su función en el largo plazo, es decir, con vocación de perdurabilidad. Por esta razón, se erige como un sistema que armoniza los principios que rigen la función pública, consagrados principalmente en el Preámbulo y en los artículos 1, 2, 122 a 131 y 209 de la Carta, con la protección del derecho al trabajo” (...).

3.5. A partir de lo expuesto en precedencia, queda sentada la importancia que la Carta Política le ha conferido al Régimen de Carrera Administrativa, conclusión que se ha encargado de reiterar la jurisprudencia constitucional. Con esta óptica debe entenderse el sentido y del precepto contemplado por el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 y, precisamente, bajo esa misma perspectiva ha de analizarse el cargo por desconocimiento del derecho a la igualdad.

4. Cargo por vulneración del artículo 13 de la Carta Política.

Como se indicó atrás, el actor considera que la disposición contemplada por el artículo 44 de la Ley 909 de 2004, desconoce el mandato de igual trato y la prohibición de discriminación injustificada contemplado en el artículo 13 Superior, al no hacer partícipes de los mencionados beneficios a los demás servidores públicos y, en especial, a quienes ocupan puestos de carrera en provisionalidad.

4.1. La igualdad en general y la igualdad de trato.

4.1.1. Esta Corporación ha destacado en varias ocasiones y más recientemente en la sentencia C-242 de 2009 la multiplicidad de significados que presenta la igualdad. En aquella ocasión resaltó la Corte que “la igualdad como valor (preámbulo) implica la imposición de un componente fundamental del ordenamiento; la igualdad en la Ley y ante la Ley (artículo 13 inciso 1°, desarrollado en varias normas específicas) fija un límite para la actuación promocional de los poderes públicos; y la igualdad promocional (artículo 13 incisos 2° y 3°)

señala un horizonte para la actuación de los poderes públicos”²⁰. La expresión del artículo 13 de la Constitución según la cual la ley debe ser aplicada de la misma forma a todas las personas, constituye la primera dimensión del derecho a la igualdad plasmada en el artículo 13 Superior, cuyo desconocimiento se concreta cuando “una ley se aplica de forma diferente a una o a varias personas con relación al resto de ellas”²¹. En otras palabras, sobreviene una vulneración del derecho a la igualdad al reconocer consecuencias jurídicas diferentes a personas cuya conducta o estado se subsume en un mismo supuesto normativo.

4.1.2. Ha subrayado la Corte cómo la igualdad también puede considerarse un derecho subjetivo de tipo relacional y genérico por cuanto su desconocimiento apareja el desconocimiento de otros derechos y se proyecta respecto de todas las situaciones jurídicas, así como condiciona “la actuación de las autoridades públicas [en cuanto] límite al ejercicio del poder público”²². El mandato de igualdad de trato adquiere entonces un cariz prescriptivo. Su respeto se impone a todas las autoridades públicas y a toda la ciudadanía sin excepción.

4.1.3. Con todo, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha acentuado que, “el control del respeto a la igualdad de trato es una operación compleja por cuanto el análisis realizado por el juez, cuando ejerce el control, en cierta forma se superpone a unas consideraciones sobre la igualdad realizadas previamente por el Legislador o por la autoridad administrativa”²³. Al expedir un determinado acto las autoridades políticas o administrativas suelen establecer ciertas diferenciaciones para obtener algunos objetivos considerados válidos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, tal distinción vista con los ojos de dichas autoridades no resultaría en principio discriminatoria. No obstante, en el momento de examinar si se respetó o no el mandato de igual trato, se debe analizar si la autoridad competente –en este caso el legislador–, obró dentro del margen de configuración que le reconoce la Carta Política. En otras palabras, ha de establecerse si se respetó o no el mandato de igualdad, para lo cual el juez constitucional “evalúa la razón que tuvo en cuenta quien con cierta medida afectó dicho derecho en forma negativa o positiva”²⁴.

4.1.4. Desde luego, la Corte Constitucional ha destacado los problemas que se ligan con la aplicación del mandato de igual trato contemplado en el artículo 13 de la Carta Política. Ha enfatizado, primero, que en la realidad no se presentan situaciones o personas que sean por

entero iguales o totalmente distintas. Así, ha subrayado: “ninguna situación ni persona es totalmente igual a otra, pues si lo fuera, sería la misma situación y la misma persona; y, en ese mismo contexto, ninguna situación es totalmente distinta, pues siempre existen algunos rasgos comunes entre los eventos más diversos”²⁵. Es por ello, que en ocasiones el mandato encaminado a asegurar que la ley se aplique por igual a todas las personas y a todas las situaciones, no garantiza que reciban el mismo trato de la ley²⁶. Con miras a lograr este objetivo adicional, es necesario tener en cuenta la segunda dimensión del derecho a la igualdad consignado también en el artículo 13 de la Constitución Política que se dirige a garantizar que la ley no regulará de forma diferente “la situación de personas que deberían ser tratadas igual” ²⁷ ni que regulará “de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente”²⁸.

4.1.6. Desde la perspectiva antes descrita puede preguntarse si la situación de todos los empleados o servidores públicos es la misma o si con base en ciertos criterios puede diferenciarse el trato que se les da a unos y a otros. A primera vista, podría pensarse que como todos tienen el rango de empleados o de servidores públicos la igualdad de trato consiste precisamente en que todos gocen de los mismos derechos y tengan las mismas obligaciones. Sin embargo, la misma Constitución ha introducido criterios diferenciadores. De este modo, el estar inscritos en el régimen de carrera supone un criterio o *tertium comparationis* que permite conferirles a los empleados o servidores públicos que se hallen bajo este supuesto, un conjunto de privilegios que no se les reconoce a los demás empleados o servidores públicos.

4.1.7. Al realizar el examen de igualdad, ha dicho la Corte que es permitido utilizar criterios para diferenciar situaciones diversas siempre y cuando: (i) tales situaciones sean, en efecto, distintas; y (ii) el criterio que se utiliza para destacar su diversidad se ajusta a lo establecido por la Constitución; (iii) sea factible y (iv) es, además, adecuado. Como lo recordó la Corte recientemente, “[c]ada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos -fáctico, legal o administrativo y constitucional en la relación- que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución)”²⁹. De otro lado, el rigor con que se ejerce el juicio de igualdad depende, por

su parte, de la amplitud con que se le reconozca al legislador el margen de apreciación e que dispone para configurar las políticas. Entre mayor sea dicho margen, menos riguroso será el juicio³⁰. Si por el contrario, la potestad configuradora es más restringida, el juicio de igualdad tendrá mayor rigor³¹.

4.2. Igualdad de trato y el margen de configuración del Legislador en el terreno de la regulación de los derechos de los empleados públicos inscritos en el régimen de Carrera Administrativa.

4.2.1. Así las cosas, la Carrera Administrativa es la regla general de la función pública, que admite las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición superior³², posibilidad de exceptuar de que goza el Legislador dentro de un margen de apreciación restringido: entre los elementos que restringen al Legislador está el principio de razón suficiente, así como la naturaleza de la función asignada³³. Al respecto, la jurisprudencia constitucional siempre ha subrayado “la necesaria limitación del legislador al fijar los cargos exceptuados, para evitar que el ordenamiento constitucional resulte alterado por una multiplicación de las excepciones que reduzca a extremos marginales el ámbito de la carrera administrativa, pues esta, en cuanto regla general, está llamada a predominar cuando se trate de la provisión de los empleos estatales, de la permanencia en el cargo, de los ascensos y del retiro”³⁴.

4.2.2. La Asamblea Constituyente otorgó al Régimen de Carrera Administrativa una preeminencia en el Estado social, pluralista y democrático de derecho. Como se indicó en párrafos anteriores, la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia se ha encargado, a su turno, de preservar el Régimen de Carrera Administrativa y ha enfatizado las ventajas que de su aplicación de derivan. Con todo, ha destacado también que, dadas las exigencias a las que se sujetan quienes quedan inscritos en el sistema de carrera y la responsabilidad que recae en cabeza suya, la aplicación del régimen de carrera abre paso a configurar un conjunto de beneficios a favor de quienes se encuentran inscritos, entre los que se cuentan: (i) el derecho a gozar de estabilidad en el cargo; (ii) el derecho a obtener los privilegios que se enlazan con la condición de escalafonado; (iii) el derecho a contar con distintas alternativas en caso de liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias o de traslado de funciones de una entidad a otra o en el evento en que se modifique la planta de personal.

4.2.3. Así, existe un mandato constitucional que ordena implementar el Sistema de Carrera Administrativa -artículo 125 Superior-, por lo que el Legislador está autorizado de manera clara y expresa para establecer diferenciaciones que privilegien dicho régimen. En esa línea, la norma prevista en el artículo acusado establece una distinción respecto del conjunto de personas que se desempeñan como empleadas o servidoras públicas, al reconocerles a quienes se encuentran inscritas en el Régimen de Carrera Administrativa un grupo de prerrogativas. Desde luego, quienes están inscritos en ese Sistema continúan siendo servidores públicos pero no se encuentran en la misma o en similar situación que los demás servidores públicos -ni siquiera en la circunstancia en la que se hallan quienes han sido nombrados de manera provisional en un cargo de carrera-. Tal diferenciación no sólo está justificada desde el punto de vista constitucional sino que obedece a un mandato constitucional expreso, esto es, al contemplado por el artículo 125 Superior.

En otras palabras, todos los empleados tienen la categoría de servidores públicos. No obstante, su situación no es exactamente la misma, pues al paso que los empleados inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa han sido sometidos a un estricto mecanismo de selección sustentado en el mérito y en el concurso, los demás empleados o servidores públicos no lo han hecho. Por ello, el hallarse los empleados públicos inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa se permite tratar de manera igual a todas las personas que, además de ostentar el cargo de empleados públicos, se encuentren inscritos en dicho Sistema. Este criterio hace factible al mismo tiempo tratar de manera desigual, esto es, no hacer extensivos los privilegios que les reconoce la Constitución a los empleados de carrera, a los demás empleados públicos, por ejemplo, a los empleados públicos de libre nombramiento o remoción.

4.2.4. La disposición consignada en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 satisface a cabalidad el test de igualdad, toda vez que: (i) los supuestos fácticos que rodean a los servidores o empleados públicos en general y a los empleados o servidores públicos inscritos en el Régimen de Carrera Administrativa son diferentes: mientras que los primeros no se someten al rigor del concurso para obtener de manera meritoria una plaza, los segundos ingresan al servicio público bajo las estrictas pautas previstas para acceder al Régimen de Carrera; (ii) la decisión adoptada por el legislador de otorgar unos beneficios a los empleados o servidores de carrera en caso de “liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias o de traslado de funciones de una entidad a otra o en caso de

modificación de la planta de personal”, y no hacer extensivos tales privilegios a los demás servidores o empleados públicos está fundada en un fin no sólo aceptado constitucionalmente sino –en esta precisa eventualidad–, ordenado por la Constitución en su artículo 125; y (iii) la consecución de dicho fin –incentivar que se instaure el Régimen de Carrera– por los medios propuestos –esto es, reconociendo en cabeza de quienes se someten al rigor de la elección por mérito un conjunto de privilegios para el ascenso y el retiro– no sólo es posible y sino que resulta además adecuada.

4.2.5. En conclusión: las diferencias existentes entre los servidores o empleados públicos inscritos en el régimen de carrera administrativa y los servidores o empleados públicos que no lo están, justifican que desde el punto de vista constitucional el legislador les confiera a unos y a otros empleados o servidores públicos un trato diferenciado. Ahora bien, resta determinar si, como lo sugiere el demandante, este trato deja sin protección a los empleados que han sido nombrados de manera provisional en cargos de carrera.

4.3. Protección constitucional a empleados en provisionalidad en cargos de carrera.

4.3.1. En varias ocasiones se ha referido la Corte Constitucional a los derechos en cabeza de las personas que ocupan de manera provisional cargos de carrera administrativa. Mediante sentencia C-733 de 2005 le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo transitorio 56 de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”. La Corte declaró la inexecutable de dicho artículo de conformidad con el cual “[a] los empleados que a la vigencia de la presente ley se encuentren desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, y se presenten a los concursos convocados para formar listas de elegibles para proveer dicho cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, se les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio”.

En aquella ocasión la demandante alegó que la previsión consignada en el artículo transitorio acusado permitía desplegar una evaluación adicional sustentada en criterios como la experiencia, la antigüedad, el conocimiento y la eficiencia en el ejercicio del cargo a las personas que ocupaban en provisionalidad cargo de carrera y con ello se desconocía el principio de igualdad “en desmedro de quienes hasta la fecha de convocatoria al concurso no

ejercen cargos públicos, o se hallan desempleados o se encuentran en régimen de carrera”. En opinión de la actora, “no existe razón alguna que justifique que no se encuentren en un plano de estricta igualdad quienes pretendan ingresar al sector público, bien sea que se trate de funcionarios en provisionalidad, de carrera, o personas que nunca han estado vinculadas con el Estado”.

En las consideraciones de su sentencia examinó la Corte los antecedentes de la Ley 909 de 2004 y destacó que entre los objetivos que buscó conseguir dicha Ley se encontraba, por una parte, el de ajustar la legislación a lo establecido por la sentencia C-372 de 1999 en lo atinente a “la composición y funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil”. Puso énfasis la Corte en que “desde 1999 no se adelantan procesos de selección para el ingreso a los empleos públicos de carrera, originándose de esta forma un elevado número de empleos provisionales”. Puso de presente asimismo que “existe una normatividad rígida y excesiva en materia de manejo de personal y que se presentan bajos estímulos para capacitación y formación”.

En efecto, cuando se realiza una lectura detenida del informe de ponencia para primer debate del Proyecto de Ley que luego se aprobó con el número 909 de 2004, resulta factible identificar entre los objetivos que se propone obtener la Ley35 así como entre los principios que orientan al proyecto los siguientes: (i) “Difícil acceso al empleo público”; (ii) “Permanencia con fundamento exclusivo en el mérito y el buen desempeño”; (iii) “Fácil retiro del empleo público”; (iv) Restricción de “la utilización del nombramiento provisional, conservándolo únicamente para el caso de vacancias temporales”. Acentuó sobre este extremo el informe de ponencia, cómo se ha “detectado que esta figura [el nombramiento en provisionalidad] ha sido utilizada para evadir el proceso de comprobación del mérito”³⁶. (Énfasis añadido).

4.3.2. De otra parte, en la sentencia C-1175 de 2005 le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad contra algunas de las normas contenidas en el Decreto Ley 760 de 2005 “Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional de Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones”. Entre las normas acusadas se encontraba el artículo 44 de conformidad con el cual: “[c]uando por razones de estricta necesidad para evitar afectación en la prestación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud sustentada del Jefe del Organismo o entidad,

podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso, en las vacancias temporales generados por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional”. La Corte encontró que la previsión establecida en el artículo transcrito no desconocía precepto constitucional alguno toda vez que a su juicio nombramientos en encargo y en provisionalidad no establecen limitación de las facultades legales ni vulneran el principio de mérito como requisito para el ingreso a la Carrera Administrativa³⁷.

En aquella ocasión el actor encontró que la disposición contemplada en el artículo 44 del Decreto 760 de 2005 con arreglo a la cual “cuando por razones de estricta necesidad y para evitar la afectación en la prestación del servicio, la Comisión Nacional del Servicio Civil, previa solicitud motivada del jefe de la entidad interesada, podrá autorizar encargos en empleos de carrera, sin previa convocatoria a concurso, y en las vacancias temporales generadas por el encargo, se podrá efectuar nombramiento provisional”, desconocía lo establecido por el artículo 125 superior. A juicio del demandante la norma acusada incurrió en una “extralimitación de la ley de facultades, pues la Ley 909 de 2004 acabó con la figura de la provisionalidad”. En su opinión, la disposición acusada revivió la provisionalidad que a su juicio había sido abolida por la Ley 909 de 2004.

Para la Corte la previsión contemplada por el artículo acusado se aplica en el momento en que se produce la vacancia temporal de un cargo de carrera. En ese instante, entonces se autoriza la provisión del cargo “sin previa convocatoria a concurso y por encargo”. Consideró la Corte que tal situación hallaba justificación “en la necesidad de la continuidad en la prestación del servicio público, sin que ello signifique que con posterioridad pueda prescindirse de la realización del concurso para proveer el empleo conforme a las reglas que regulan la carrera administrativa”. A continuación, destacó que “si como consecuencia de la designación por encargo se produce a su vez una vacancia temporal, porque el encargado no pueda simultáneamente desempeñar los dos empleos, el artículo 44 de la norma que ahora se estudia autoriza que se efectúe un nombramiento provisional. De tal manera que concluido el encargo, volverá entonces el titular del empleo a su cargo original”.

Adicionalmente, estimó la Corte que no le asistía razón al demandante respecto de que la Ley 909 de 2004 hubiera puesto fin a la figura de la provisionalidad. Para la Corte esta percepción es equivocada por cuanto “basta leer el contenido del artículo 25 de la Ley en mención para concluir lo contrario”³⁸. Lo mismo sucede si se tiene en cuenta lo establecido

en el artículo 24 de la misma Ley 39. Por lo anterior, concluyó que lo que de había suprimido del artículo 25 fueron los nombramientos provisionales para integrar vacantes definitivas. De esta manera –sostuvo la Corporación–, “se asegura que el mérito comprobado mediante los concursos públicos y abiertos, sea el único medio para el ingreso a los empleos de carrera”.

Destacó en la misma providencia que la situación era distinta tratándose de vacancia definitiva. En tal caso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 44 acusado “puede darse el encargo, bajo las siguientes condiciones allí previstas: que se presenten razones de estricta necesidad para evitar la afectación del servicio público; que exista previa solicitud motivada de la entidad interesada ante la Comisión Nacional del Servicio Civil; que no exista un empleado de carrera que cumpla los requisitos para ser encargado; y, que no haya lista de elegibles vigente”. En esa eventualidad –insistió la Corte–, “podrá efectuarse el nombramiento provisional y sólo por el tiempo que dure la situación” (Subrayas añadidas).

Más adelante, trajo a la memoria la Corporación cómo durante el desarrollo de los debates legislativos “se insistió en la necesidad de restringir al máximo los nombramientos en provisionalidad, debido a la precariedad laboral que ofrece dicha figura”. A propósito de lo anterior citó en extenso el texto de la “Ponencia para segundo debate al proyecto de ley número 233 de 2004 Senado, 216 y su acumulado 262 de 2003 Cámara”, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 263 de 2004. Dado que el tema en cuestión cobra relevancia para resolver el problema jurídico formulado, también aquí se hará transcripción de lo allí consignado:

“Uno de los objetivos del proyecto es terminar con la parálisis del sistema de carrera en que se encuentra con ocasión de la citada Sentencia C-372 de 1999, que ocasionó la suspensión de los procesos de selección para el ingreso a los empleos de la administración pública y por tanto ha creado una situación de interinidad por la utilización obligada de los nombramientos en provisionalidad, lo cual no sólo causa inconvenientes a la administración sino que ha generado una condición de desigualdad de los empleados provisionales quienes a pesar de estar vinculados algunos en términos superiores a cuatro años carecen de todos los derechos que otorga la carrera administrativa como son la estabilidad con base en el buen desempeño, la capacitación y los incentivos y el derecho a la indemnización como consecuencia de la supresión del cargo, situación esta que llevó al Legislador a expedir la Ley 790 de 2003, creando un reconocimiento económico para los provisionales que fueran a ser desvinculados

como consecuencia de la supresión de su empleo dentro del Programa de Renovación de la Administración Pública del orden nacional, creando así otra desigualdad frente a los empleados del nivel territorial que han sido desvinculados por la misma causa. Es de tal dimensión el problema de la provisionalidad que de 91.174 empleos de carrera administrativa de las entidades del orden nacional de la Rama Ejecutiva, solamente 60.294 se encuentran inscritos en la carrera administrativa y los restantes, es decir, 30.880 en provisionalidad; no hay datos de este número de empleos en el orden territorial pero se calcula que los provisionales alcanzan allí una suma de 60.000 o más. De la situación planteada hace imperativo legislar de manera urgente para redefinir la composición y funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil e igualmente, regular el empleo público tanto de carrera administrativa como de libre nombramiento y remoción". (Negrillas y subrayados agregados).

4.3.3. A partir de lo expuesto puede concluirse, en suma, que la existencia de nombramientos de personas en provisionalidad para ocupar cargos de Carrera Administrativa es una circunstancia frente a la cual resulta preciso distinguir dos aspectos, como lo ha hecho la Corte Constitucional en jurisprudencia reiterada. La Corporación ha tenido en cuenta que en la realidad el número de personas nombradas de manera provisional en cargos de carrera es muy extenso. Esto la ha llevado a tutelar en múltiples ocasiones los derechos de estas personas y la ha conducido a precisar que ellas gozan de una protección intermedia que no las asimila a la que les corresponde a quienes -por medio del concurso y del mérito-, han llegado a integrar un cargo de carrera en propiedad, pero que tampoco las hace equiparables a los funcionarios de libre nombramiento y remoción. (Énfasis añadido).

4.3.4. Se presenta, pues, una diferencia entre los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, los funcionarios inscritos en carrera administrativa y los funcionarios públicos nombrados en provisionalidad en cargos de carrera. En relación con los primeros, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que cuando quien se desvincula del servicio es un (a) empleado (a) de libre nombramiento y remoción al "tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del [/de la] nominador [a]40." Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que "el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del [/de la] nominador [a] y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación"41.

Bajo estas circunstancias, quien nomina goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en numerosas ocasiones que, “la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución⁴².” Ha recalado, al mismo tiempo, que la no motivación de esos actos constituye “una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno⁴³.”

4.3.5. Cosa distinta ocurre con los cargos de carrera. Como ya se mencionó, las personas que acceden a tales cargos deben reunir un conjunto de condiciones de mérito y sólo cuando demuestran que cumplen con los requisitos para acceder, pueden ocupar un cargo. La provisión de estos puestos se somete, por consiguiente, a los procesos de selección y a los concursos públicos que determine la ley. De ahí, que quienes ejercen cargos de carrera gocen de mayor estabilidad y su desvinculación únicamente proceda por razones disciplinarias, por calificación insatisfactoria de labores o por otra causal previamente determinada por la Ley⁴⁴. La Legislación exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa deba ser motivado.

4.3.6. Ahora bien, el ordenamiento legal ha previsto que los cargos de carrera pueden proveerse en provisionalidad cuando se presentan vacancias definitivas o temporales “mientras éstos se proveen en propiedad conforme a las formalidades de ley o cesa la situación administrativa que originó la vacancia temporal”⁴⁵. En numerosas ocasiones⁴⁶ y especialmente en la sentencia SU-250 de 1998 se expresó la Corte en extenso sobre el particular. Trajo a la memoria la Corporación cómo el diseño institucional previsto por la Constitución Nacional había tenido como uno de sus principales propósitos el que la generalidad de los empleos públicos, fuesen ocupados por personas vinculadas a la carrera administrativa. Ello, con el fin de que el acceso a los cargos públicos se hiciera mediante concurso de méritos lo que de suyo implicaba la necesidad de brindar mayor estabilidad a los empleados y empleadas vinculados (as) de esta manera.

4.3.7. No obstante, como ya se indicó, los concursos de mérito han demorado en realizarse y esta situación ha dado paso a que cargos previstos para ser ocupados por personas

vinculadas a la carrera administrativa han tenido que ser proveídos transitoriamente por personas designadas para encargarse transitoriamente de estas funciones mientras se efectúa la selección ordenada por la Constitución. Por tal razón, esta Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial reiterada y consolidada que tiene por objeto deslindar la situación de las personas que ocupan cargos de carrera en provisionalidad de la circunstancia característica de los empleados y las empleadas de libre nombramiento y remoción.

La Corte ha admitido, en efecto, que entre una y otra forma de vinculación existen ciertas coincidencias pero ha subrayado la protección intermedia que se les confiere a quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad. Un resumen de las consideraciones de la Corte sobre la materia aparece en la sentencia C- 279 de 2007, mediante la cual la Corporación se pronuncia sobre la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 70 y 76 de la Ley 938 de 2004, “Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”. En dicha oportunidad, la Corte reiteró las líneas jurisprudenciales sentadas sobre la materia, en los siguientes términos:

“En múltiples oportunidades⁴⁷, la Corte ha conocido de solicitudes de tutela en las que los actores han manifestado que se desempeñaban en provisionalidad en un cargo de carrera en la Fiscalía General de la Nación y que habían sido desvinculados de la entidad mediante un acto administrativo sin motivación, sustentado en la discrecionalidad del nominador. En todas las ocasiones la Corte ha amparado el derecho al debido proceso y a la igualdad de los solicitantes, cuando ha verificado la existencia del nombramiento en provisionalidad y de la declaración de insubsistencia sin motivación alguna⁴⁸.

4.3.8. En suma, los argumentos que han servido de apoyo a las decisiones de la Corte Constitucional sobre el tópico debatido se pueden sintetizar de la manera que se expresa a continuación. De una parte, el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso resulta aplicable a “todas las decisiones administrativas, a pesar de las reglas específicas que rigen dichas actuaciones”. De otra, en la Sentencia T-653 de 2006 definió la jurisprudencia constitucional este derecho como: “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa; (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal⁴⁹.

Por último, el objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados⁵⁰.

De la misma manera y en estrecha articulación con lo hasta aquí mencionado, la exigencia relativa a la obligación de motivar las actuaciones administrativas se conecta con la necesidad de asegurar, de forma simultánea, la vigencia de “los principios de legalidad y de publicidad” por cuanto tal motivación hace factible ejercer “el derecho a la defensa, lo cual marca una frontera clara a fin de evitar actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades administrativas. Por lo tanto, la motivación de los actos administrativos asegura la garantía constitucional al derecho fundamental al debido proceso⁵¹.

4.3.9. A la par con lo manifestado en precedencia, la Corte ha insistido⁵² en que quien ocupe un cargo de carrera en provisionalidad debe poder gozar del derecho a que el acto administrativo encaminado a declarar su insubsistencia en el cargo sólo pueda tenerse como válido cuando haya mediado motivación toda vez que “solo razones de interés general pueden conducir a la desvinculación”. Por ello, “quien goza de la facultad nominadora no puede desvincular al empleado con la misma discrecionalidad con que puede hacerlo sobre uno de libre nombramiento y remoción, a menos que exista justa causa para [tales efectos]”⁵³.

4.3.10. Fuera de las anteriores consideraciones, la jurisprudencia constitucional ha recalado cómo en vista de los límites trazados en relación con la discrecionalidad de quien goza de la facultad de nominación para declarar insubsistente a personas “gozan de una cierta estabilidad” que ha sido denominada por la Corte Constitucional como “estabilidad intermedia” de suerte que quien ocupe “cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción”⁵⁴. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.” (Énfasis fuera del texto original).

4.3.11. En esa misma dirección, la Corte ha realizado que los actos por medio de los cuales se resuelve la desvinculación de quienes ocupan cargos de carrera en provisionalidad deben

contener las razones por las cuales se [los/las] separa del cargo. Ciertamente es que quien nombra cuenta con un margen de discrecionalidad. No lo es menos, sin embargo, que dicho margen de apreciación no puede desembocar en arbitrariedad. Sea como fuere, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación han de ser explicitados con miras a garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada⁵⁵.

Resulta, pues, pertinente agregar que la discrecionalidad no puede entenderse aquí sino en conexión con las razones de interés general atinentes al servicio prestado por el/la funcionario (a) habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el/la funcionario (a) concreto (a). Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo será ocupado quien ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo⁵⁶.

4.3.12. El papel relevante de la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se procede a desvincular funcionarios o funcionarias que ocupan de modo permanente o transitorio un cargo de carrera ha sido destacado por la jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones y más recientemente en la sentencia T-552 de 2005. En esa oportunidad indicó la Corte cómo el artículo 209 superior determina el principio de publicidad de las actuaciones que se adelantan ante la administración pública. Existe como se indicó un nexo estrecho entre la exigencia de motivar los actos administrativos de desvinculación de cargos de carrera - hayan sido estos ocupados de manera permanente o pasajera - y el principio de publicidad. En tal sentido, expresó la Corte,

“el deber de motivar tales actos representa una carga que el derecho constitucional y administrativo contemporáneo impone a la administración, según la cual ésta se encuentra obligada a exponer las razones de hecho y de derecho que determinan su actuar en determinado sentido. Así, el deber de motivar los actos administrativos, salvo excepciones precisas, se revela como un límite a la discrecionalidad de la administración”.

4.3.13. El requisito de la motivación se orienta, por lo demás, a satisfacer exigencias características de un gobierno democrático. De un lado, la obligación de rendir cuentas respecto de las actuaciones efectuadas. En otras palabras: la necesidad de explicar a las y a

los administrados, porque se ha obrado de una determinada manera, tal como lo disponen los artículos 123 y 109 de la Constitución Nacional: "(...) Los (as) servidores (as) públicos (as) están al servicio del Estado y de la comunidad". "La función administrativa está al servicio de los intereses generales (...)". De otro lado, se liga con el compromiso de "administrar bien", esto es, de cumplir con un grupo de tareas que garanticen un "examen acucioso de los fundamentos de las decisiones que [se] proyecta[n], previniendo, de esta manera, que se adopten decisiones estudiadas de manera insuficiente o de dudosa justificación⁵⁷." Por último, se conecta con la necesidad de facilitar el control de las actuaciones de la administración:

"así, el conocimiento de los motivos por los cuales la administración ha adoptado determinada decisión permite a los interesados apreciar las razones de las decisiones que los afectan y, eventualmente, interponer los recursos administrativos o instaurar las acciones judiciales a que haya lugar, garantizando, de esta manera, el ejercicio del derecho de defensa. En el mismo sentido, facilita la tarea del juez administrativo en el "instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo⁵⁸."

4.3.14. Ahora bien, es preciso destacar en este lugar que la jurisprudencia constitucional también ha sido enfática al advertir que si bien los actos administrativos que declaran la insubsistencia de una persona nombrada en provisionalidad requieren de su respectiva motivación para garantizar el derecho al debido proceso, esto no significa que quienes han sido nombrados (as) en provisionalidad ostentan los derechos que se derivan de la carrera y, en particular, el derecho a la estabilidad laboral que nace de haber accedido por concurso de méritos a la carrera y al cargo correspondiente.

4.3.15. A partir de lo expuesto se deriva la importancia que la jurisprudencia constitucional le ha conferido, en general, a la necesidad de motivar los actos administrativos y, en particular, a los actos orientados a desvincular funcionarios (as) que ocupan cargos de carrera, cuestión que se extiende también a los procesos de desvinculación de personas que ocupan tales cargos en provisionalidad. De manera repetida ha establecido la Corte Constitucional que la acción tutela constituye una vía idónea para ordenar la motivación del acto administrativo mediante el cual se declara insubsistente un (a) funcionario (a) nombrado (a) en provisionalidad para desempeñar un cargo de carrera, lo anterior con el propósito de

garantizar el derecho constitucional fundamental a la garantía del debido proceso⁵⁹.

4.3.16. El punto en el que se equiparan los funcionarios inscritos en el régimen de carrera administrativa y los servidores o empleados públicos que desempeñan de manera provisional un cargo de carrera es, por tanto, la necesidad de motivar los actos administrativos en caso de que tales servidores públicos sean declarados insubsistentes. Ello, empero, no puede conducir a pensar que existe una identidad entre la circunstancia propia de los empleados inscritos en el régimen de carrera y quienes no lo están, así de manera provisional ocupen un cargo de carrera.

4.3.17. En consecuencia, considera la Sala que la disposición prevista en el artículo demandado se ajusta, también en este aspecto, a los preceptos constitucionales. El precepto previsto en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 no trae como consecuencia la desprotección de los empleados públicos que ejercen de manera provisional un cargo de carrera. Esta acusación carece de sustento, pues, como se vio, dichos servidores no se encuentran en la misma situación en la que se hallan los empleados públicos inscritos en el régimen de carrera. No obstante, la Corte Constitucional les ha conferido una protección intermedia que consiste en que su retiro solo puede darse: (i) porque el cargo se proveerá mediante el sistema de méritos o (ii) por la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio -debidamente motivada-.

4.4. Conclusión.

La disposición acusada desarrolla, en lo que le atañe, los fines sociales previstos en los artículos en los artículos 2º, artículos 40 (numeral 7) y 99 de la Constitución Política y resulta ser aplicación directa del mandato contemplado en el artículo 125 Superior pues contribuye a que se consolide el Régimen de Carrera Administrativa a la vez que no desconoce principio de igualdad alguno por cuanto: (i) el tratamiento diferenciado está plenamente justificado desde el punto de vista constitucional; (ii) recae sobre grupos diferentes de empleados o servidores públicos, a saber, aquellos inscritos en el régimen de carrera administrativa y los que no lo están; (iii) no trae consigo la desprotección de los empleados que desempeñan de manera provisional un cargo de carrera quienes gozan de una protección intermedia en los términos en que ha definido tal protección la jurisprudencia constitucional. En suma, el precepto contemplado en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 no establece diferenciaciones

injustificadas que vulneren el derecho a la igualdad por lo que la Corte declarará exequible la expresión “carrera administrativa” contemplada en dicho artículo.

III. DECISION.

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

RESUELVE:

Primero.- Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “carrera administrativa” contenida en el artículo 44 de la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” por el cargo examinado en la presente sentencia.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Ausente en comisión

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

Ausente en comisión

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente en comisión

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Diario Oficial No. 45.680, de 23 de septiembre de 2004.

2 Expediente a folio 15.

3 *Ibíd.*

4 *Ibíd.* Folio 16.

5 *Ibíd.*

6 Mediante escrito fechado el día 20 de enero de 2010.

7 Así, por ejemplo, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de las normas que

consagraban el ingreso extraordinario o automático a la Carrera Administrativa mediante sentencia C-030 de 1996 y C-566 de 2009. La Corporación declaró también la inexecutable de las normas que privilegiaban la experiencia profesional de los provisionales en los concursos públicos mediante sentencia C-211 de 2007.

8 Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 1999.

9 Artículos 25; 189 numerales 14 y 15; artículos 3º y 51 de la Ley 489 de 1998) y recuerda que desde el año de 1938 “se ha procurado poner en marcha un sistema de carrera administrativa que garantice la estabilidad de los empleados públicos”.

10 En los años de 1958, 1968, 1992 y 1998, para mencionar las más relevantes.

11 Corte Constitucional. Sentencia C- 1052 de 2001.

12 Ibíd. Respecto de los requisitos mínimos que deben tener los cargos véase las siguientes Sentencias de esta Corporación: C- 918 de 2002, C- 150, C- 332 y C- 569, estas últimas de 2003.

13 Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. En aquella ocasión le correspondió a la Corte pronunciarse sobre la acción de inconstitucionalidad presentada contra el Acto legislativo 01 de 2008, artículo 1 “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”. Concluye la corporación que la carrera administrativa constituye un eje definitorio de la identidad de la Constitución.

14 “El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), es una manifestación concreta del derecho a la igualdad (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado. // El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio

de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”. Ver entre otras, Corte Constitucional. Sentencia C-371 de 2000; C-963 de 2000.

15 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1119 de 2005.

16 Corte Constitucional. Sentencia C-733 de 2005. Esta sentencia realiza un recuento de las sentencias que la Corte ha pronunciados en relación con los fines que orientan la carrera administrativa en Colombia. Entre muchas otras ver C- 479 de 1992; C- 195 de 1994; C- 040 de 1995; C- 041 de 1995; C- 037 de 1996; C- 030 de 1997; C- 539 de 1998; C- 110 de 1999; C- 109 de 2000; C- 371 de 2000; C- 486 de 2000; C- 292 de 2001; C- 954 de 2001; C- 1177 de 2001; C- 517 de 2002; C- 1079 de 2002; C- 969 de 2003 y C- 077 de 2004.

17 Corte Constitucional. Sentencia C- 1079 de 2002.

18 Trajo a la memoria la Corte como en la sentencia C-266 de 2002 se hizo mención a pronunciamientos de la Corte en dicho sentido, por ejemplo las sentencias “...relativas al ascenso en la carrera diplomática y consular, a la inconstitucionalidad de la imposibilidad de participar en concursos de ascenso en la DIAN diferentes al correspondiente a la categoría inmediatamente superior, a las calidades requeridas para el cargo de notario y a los méritos para la promoción en la carrera docente. Lo anterior porque cualquier tipo de trato privilegiado o preferencial a servidores públicos, así sean de carrera, es contrario a la calidad y al mérito como criterios para el ingreso, el ascenso y la permanencia en la función pública (art. 125 C. P.)”.

20 Corte Constitucional. Sentencia C-530 de 1993.

21 Ibíd.

22 *Ibíd.*

23 Corte Constitucional. Sentencia C-1191 de 2001.

24 Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2009.

25 Corte Constitucional. Sentencia C-1191 de 2001

26 Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004.

27 *Ibíd.*

28 *Ibíd.*

29 Corte Constitucional. Sentencia C-1110 de 2001.

30 En la sentencia C-093 de 2001 se pronunció la Corte Constitucional sobre el margen de configuración del legislador y respecto de la forma como puede modularse el mandato de igualdad. Así dijo la Corporación “[e]n aquellos campos en donde la Carta confiere a las mayorías políticas, representadas en el Congreso, una amplia libertad de apreciación y configuración, entonces el escrutinio judicial debe ser más dúctil, a fin de no afectar la discrecionalidad legislativa, que la propia Constitución protege”.

31 La Corte Constitucional ha identificado en qué casos el escrutinio debe ser estricto: (i) cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, por cuanto al tenor de lo establecido por el artículo 13 superior “todas las personas tienen derecho a una igual protección de sus derechos y libertades”. (ii) cuando el Congreso se vale de un criterio prohibido o sospechoso como la raza en cuanto elemento para establecer la diferenciación “pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías”; (iii) cuando la Constitución prevé mandatos puntuales de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas ordenada por el artículo 19 superior, dado que “en esos eventos, la libertad de configuración del Legislador se ve menguada”. (iv) cuando las normas legales afectan a poblaciones que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad; (v) cuando la Constitución misma de manera ordena incentivar una determinada política.

32 El artículo 125 de la Constitución exceptúa los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los de trabajadores oficiales e igualmente defiere a la ley el señalamiento de algunas otras excepciones.

33 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-292 de 2001. En tal sentido, la Corte Constitucional, tras verificar que el legislador ha subsumido cargos que debían ser de Carrera Administrativa bajo la categoría de Libre Nombramiento y Remoción, ha declarado la inconstitucionalidad de varias normas. Véanse, por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencias C-514 de 1994; C-599 de 2000; C-1177 de 2001.

34 Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009.

35 En los términos que se transcriben a continuación: “Con este proyecto se busca expedir una ley que si bien regule la carrera administrativa, trascienda su aplicación al ámbito general del empleo público, y trate específicamente un área que ha carecido de normas que orienten su funcionamiento, como es el de la Gerencia Pública. // Se define claramente el ámbito de aplicación de la ley, respecto de la cual se da la posibilidad de que a futuro haya reglamentaciones especiales para las entidades territoriales; se recogen todas las sentencias de la Corte Constitucional sobre clasificación de empleos de libre nombramiento exponiendo criterios claros y seguros para el manejo de este tema por parte de las entidades. // Se conforma la Comisión Nacional del Servicio civil respetando su naturaleza de ente autónomo, con la misión esencial de ser un órgano de garantía y protección del sistema de mérito del empleo público. // Como ente autónomo definirá su estructura y planta de personal dentro de los principios de economía y eficiencia. // Se descentraliza la administración del talento humano asignando concretas responsabilidades a las unidades de personal de las entidades. // Se institucionaliza la participación de los empleados en acciones de vigilancia del principio de mérito a través de las Comisiones de Personal. // Se identifica el empleo público como el núcleo básico de la estructura de la Función Pública; se establece la posibilidad de crear cuadros funcionales de empleo con el fin de optimizar los recursos humanos de cada entidad y se crean los empleos temporales como una alternativa par suplir necesidades ocasionales de personal sin acudir a la contratación”.

36 Gaceta del Congreso número 267 del día martes 10 de junio de 2003, p. 4.

37 En esa sentencia la Corte se refirió en detalle al procedimiento que debe surtir ante y

por la Comisión Nacional del Servicio Civil en cumplimiento de sus funciones. También se pronunció respecto del conocimiento y de la decisión de las reclamaciones presentadas en los procesos de selección para la provisión de empleos de Carrera Administrativa, así como de las características constitucionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

38 “Artículo 25. Provisión de empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional sólo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera”. (Se subraya)

39 El artículo 24 regula el encargo, así: “Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio” (...) (se subraya)

40 Así lo expresó en la sentencias C-514 de 1994, en la SU 250 de 1998 y en la sentencia C-292 de 2001.

41 Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001.

42 Corte Constitucional. Sentencia T-222 de 2005.

43 Corte Constitucional. Sentencia T-610 de 2003.

45 Corte Constitucional. Sentencia T- 1206 de 2004.

46 Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998, C-734 de 2000, T-884 de 2002 y T-519 y T-610 de 2003; Sentencia T-132 de 2007; T-384 de 2007; T-857 de 2007; T-887 de 2007; T-007 de 2008.

47 Ver, entre otras, las sentencias T-1206 de 2004; T-031 de 2005; T-161 de 2005; T-222 de 2005; T-267 de 2005; T-392 de 2005; T-648 de 2005; T-660 de 2005; T-804 de 2005; T-1159 de 2005, T-1162 de 2005; T-1310 de 2005; T-1316 de 2005; T-1323 de 2005; T-081 de 2006; T-156 de 2006; T-653 de 2006.

48 Sobre la procedencia de la acción de tutela estableció que ésta cabía como mecanismo definitivo ya que no existe un mecanismo de defensa alternativo para la protección de los derechos fundamentales vulnerados con la falta de motivación del acto administrativo. Lo anterior, ya que si bien es procedente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ésta tiene como objeto controvertir la legalidad del acto y no su adecuación a la Constitución, fin para el cual la acción de tutela se encuentra encaminada.

49 Ver Corte Constitucional. Sentencia T-522 de 1992. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”.

50 Ver Corte Constitucional. Sentencia T-522 de 1992. En esta providencia se indicó también que “El proceso administrativo, denominado antes procedimiento administrativo, para diferenciarlo del proceso judicial, en tanto, este último, tenía por finalidad la cosa juzgada; comprende el conjunto de requisitos o formalidades anteriores, concomitantes o posteriores, que establece el legislador para el cumplimiento de la actuación administrativa, y los procedimientos, o pasos que debe cumplir la administración para instrumentar los modos de sus actuaciones en general”.

51 sentencia SU-250 de 1998. Como se indicó con antelación, e esta ocasión la Corte concedió el amparo al debido proceso de una persona que ocupaba el cargo de notario, por considerar que si bien había sido nombrada de manera provisional, la resolución por medio de la cual se desvinculaba debió motivarse. Al respecto señaló: “La Constitución de 1991 dispuso al Estado como social de derecho, es decir, que una de sus consecuencias es el sometimiento al derecho, de ahí la importancia de la motivación del acto administrativo puesto que de esta manera se le da una información al juez en el instante que pase a ejercer el control jurídico sobre dicho acto, constatando si se ajusta al orden jurídico y si corresponde a los fines señalados en el mismo. Es la desviación de poder que hoy contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, y que antes se deducía del artículo 66 del anterior Código, cuando se

hablaba de abuso o desviación en las funciones propias del funcionario público. / (...) “El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad.” / (...) “Si el nominador retira a un Notario interino y éste no es reemplazado por un Notario en propiedad, previo concurso, el acto administrativo que contiene la desvinculación debe incluir las razones formales y materiales, normativas y fácticas, que motivaron el retiro, de acuerdo con el parámetro ya señalado de que es por motivos de interés general que afecten el servicio por lo que puede producirse el retiro. (...)”

52 Corte Constitucional. Sentencia SU-250 de 1998.

53 Corte Constitucional. Sentencia T-800 de 1998; Sentencia T-610 de 2003. “Es claro, entonces, que los actos de desvinculación de funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación y ello es así, porque la provisión de dichos empleos supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos personales o de confianza. Por tanto, la no motivación de estos actos es una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno. /3.4. Dentro de este contexto, esta Corporación ha manifestado que es necesaria la motivación para el retiro de los empleados que son de carrera o que están en una situación provisional o de interinidad en un empleo que no es de libre nombramiento y remoción.” Lo anterior fue reiterado en la Sentencia T-752 de 2003: “Así mismo, teniendo en cuenta la calidad de provisionalidad en el cargo de carrera que venía desempeñando, la resolución que declaró la insubsistencia de su nombramiento debió motivarse. Como se indicó en los fundamentos 4. y 5 de esta sentencia, la no motivación de tal acto administrativo constituye una vulneración al debido proceso de la accionante. La Sala considera verdaderamente injusto el hecho de que la peticionaria no se le hayan indicado las razones de su retiro, pues sólo durante el trámite de la presente acción de tutela la entidad planteó los supuestos motivos de su decisión, sin que al momento de la expedición del referido acto administrativo hubiera tenido la oportunidad de conocer o controvertir las razones de su insubsistencia y ejercer su derecho de contradicción y defensa.” A su vez la sentencia T-1011 de 2003 “el fuero de estabilidad ampara a quienes han ingresado a la función pública mediante el sistema de concurso de méritos y que las personas nombradas en provisionalidad no cuentan con el mismo grado de protección judicial cuando son

removidas del cargo. Sin embargo, quienes son designados en provisionalidad gozan de cierto grado de protección, en la medida en que no podrán ser removidos de su empleo sino dentro de los límites que la Constitución Política y las leyes establecen.” Ver también sentencia T-222 de 2005.

54 Ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencias T-800 de 1998; C-734 de 2000; T-884 de 2002; T-519 de 2003; T-610 de 2003. T-222 de 2005; T-660 de 2005: “La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en estimar que las garantías de estabilidad laboral propias de los empleos de carrera administrativa también resultan aplicables a quienes ejercen dichos cargos en condición de provisionalidad, puesto que este mecanismo de designación no tiene el efecto de transformar la naturaleza del cargo de carrera a de libre nombramiento y remoción. Por ende, el acto administrativo que retira del servicio a funcionarios de esta categoría no puede fundarse solamente en el ejercicio de la facultad discrecional del nominador, como sucede para el caso de los empleos de libre nombramiento y remoción, sino que tiene que motivarse.”: T-116 de 2005: “Ahora bien, pese a la transitoriedad de estos nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera administrativa en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, ya que su desvinculación no puede estar sujeta a la discrecionalidad del nominador como está permitido en los cargos de libre nombramiento y remoción, sino que debe fundamentarse en una falta disciplinaria o porque se proveyó la vacante, luego de realizar el respectivo concurso.”; Sentencia T-1310 de 2005. Sentencia T-1316 de 2005: “Recientemente, la Corte tuvo la posibilidad de reiterar esta regla en la Sentencia T-1240 de 2004, destacando que el retiro del funcionario con estabilidad intermedia, es decir, quien ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional, sólo puede darse si el empleo se va a proveer por el sistema de méritos o porque exista una razón suficiente desde la perspectiva del servicio para su retiro:

“Encuentra la Sala que no puede equipararse la situación de quien ocupa en provisionalidad un empleo de carrera, con la de quien ha sido designado para desempeñarse en un empleo de libre nombramiento y remoción. Si bien el empleado en provisionalidad no tiene la misma estabilidad de quien ha ingresado en la carrera, en cuanto que no ha ingresado mediante concurso de méritos, ni está sujeto a calificación de servicios, su permanencia en el cargo no depende de una facultad discrecional del nominador. Tal facultad se predica de los empleos de libre nombramiento y remoción y no puede extenderse a los empleos de carrera aun cuando sean ocupados en provisionalidad. En este evento, el retiro del empleado solo puede

obedecer a que el cargo se va a proveer por el sistema de méritos, o a la existencia de una razón suficiente desde la perspectiva del servicio” (Sentencia T-1240 de 2004.)

En síntesis, aquel funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa de manera provisional tiene un estabilidad laboral intermedia, pues si bien no goza de todas las prerrogativas del funcionario de carrera administrativa, en ningún caso puede recibir el tratamiento del funcionario que se nombra y remueve de manera libre, pues el proceder en este último caso depende de la existencia de una relación de confianza con el nominador, circunstancia que no tiene ocurrencia en los cargos de carrera aun cuando hayan sido provistos en provisionalidad.”

55 En la sentencia T-081 de 2006 se reiteró la anterior posición y se recordó la jurisprudencia que así lo ha establecido desde tiempo atrás: “Para la Corte, si bien la Constitución otorga esta facultad al Fiscal General de la Nación, no debe desconocerse que dicha potestad no puede ejercerse sino “de conformidad con la ley” y aunque es discrecional no debe interpretarse como arbitraria. Al respecto en sentencia C-031 de 1995 se dijo:

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos.””

56 Sentencia T-1310 de 2005 “En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.” A su vez la sentencia T-222 de 2005 dijo: “La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado.” Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998; T-884 de 2002; T-1206 de 2004; y T-392 de 2005.

57 Corte Constitucional. Sentencia T-552 de 2005.

58 *Ibíd.*

59 Por todas, ver Corte Constitucional. Sentencia T-132 de 2007.