

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 inexequibilidad. 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 otra 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 consagrado 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.

JUICIO DE IGUALDAD-Reglas

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 se 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 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.

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 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". 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 realzado 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–

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”*¹²¹.

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 constatar 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 1991¹²³. 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-¹²⁴. 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”*¹²⁵.

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 punto¹²⁶ 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 públicos¹²¹. 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’¹²²”.

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 opere¹²³” (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 lo 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 públicos¹²⁴”. 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 ellas¹²⁵”. 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 público¹²⁶”. 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 administrativa¹²⁷”. 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 otra 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 positiva¹²⁸”.

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^[29]. 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^[26]. 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].

4.1.5. ¿Cómo evitar que la situación de personas que han de ser tratadas diferente se regule de manera igual y que la situación de personas que deben ser tratadas de igual manera se regule de manera diferente? En otras palabras: ¿cómo garantizar igualdad de trato? 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.

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 juicio^[30]. Si por el contrario, la potestad configuradora es más restringida, el juicio de igualdad tendrá mayor rigor^[31].

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 superior^[32], 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 asignada^[33]. 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 inexequibilidad 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 Ley^[35] 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 Administrativa¹³⁷.

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”¹³⁸. Lo mismo sucede si se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 24 de la misma Ley¹³⁹. 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]⁴⁴⁰.” 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”⁴⁴¹.

Bajo estas circunstancias, quien nombra 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 Constitución⁴⁴².” Ha recalcado, al mismo tiempo, que la no motivación de esos actos constituye “una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno⁴⁴³.”

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 Ley⁴⁴⁴. 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*”⁴⁴⁵. En numerosas ocasiones⁴⁴⁶ 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.

Se mencionó atrás, que la circunstancia descrita se conecta en forma estrecha con la idea de configurar una burocracia cada vez más preparada, experimentada y eficiente, razón por lo cual la estabilidad en el cargo juega un papel destacado. Lo hasta aquí expresado remite al texto del artículo 125 constitucional en donde se consignan –cómo se señaló–, los cimientos sobre los cuales se configura el sistema de administración de personal que presta sus servicios a los órganos y a las entidades que componen el Estado colombiano. En esa misma línea de pensamiento, el artículo establece una regla general, a saber, “*que la provisión de los empleos públicos es el sistema de carrera administrativa*”.

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 oportunidades⁴⁴⁷, 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 alguna⁴⁴⁸.

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 legal⁴⁴⁹. 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 administrados⁴⁵⁰”.

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 proceso⁴⁵¹”.

4.3.9. A la par con lo manifestado en precedencia, la Corte ha insistido⁴⁵² 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]”*⁴⁵³.

4.3.10. Fuera de las anteriores consideraciones, 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”*⁴⁵⁴. **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 desvinculada⁴⁵⁵.

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 cargo⁴⁵⁶.

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”.

En este orden de ideas, los motivos del acto administrativo, comúnmente llamados “considerandos”, deberán dar cuenta de las razones de hecho, precisamente circunstanciadas, y de derecho, que sustenten de manera suficiente la adopción de

determinada decisión por parte de la administración pública, así como el razonamiento causal entre las razones expuestas y la decisión adoptada”.

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, porqué 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 justificación¹⁵⁷¹.” 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 mismo¹⁵⁸¹.”

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 proceso¹⁵⁹¹.

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