COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/618/15

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/618/15
Expediente	—
Fecha	2015-09-30
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Provision De Empleos Temporales De La Planta De Personal Requerida Para La Contraloria General De La Republica
- Planta De Personal De Caracter Temporal Para Contraloria General De La Republica
- Potestad De Configuracion Del Legislador En Materia De Funcion Publica
- /Carrera Administrativa
- Potestad De Configuracion Del Legislador En Materia De Acceso A Cargos Publicos
- Empleos Temporales De Planta De Personal De La Contraloria General De La Republica

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La actora acusó el primer inciso del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, por considerarlo contrario a los artículos 2º, 13, 40-7, 125 y 209 de la Constitución a causa de otorgarle a los empleos temporales de la Contraloría General de la República la condición de libre nombramiento y remoción y de excluir en relación con tales empleos las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004.

Texto completo

C-618-15 NOTA DE RELATORIA : Mediante oficio SGC-009 de fecha 20 de enero de 2017 suscrito por la Secretaria General de la Corporación, se allega oficio de la Magistrada María Victoria Calle Correa donde indica que por error involuntario anotó que firmaba la presente providencia con aclaración de voto, lo cual no corresponde a su posición, en tanto estuvo plenamente de acuerdo con lo expresado en ella.

Con base en lo anterior, se retira dicha anotación. Sentencia C-618/15 PROVISION DE EMPLEOS TEMPORALES DE LA PLANTA DE PERSONAL REQUERIDA PARA LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Debe ser efectuada con base en las listas de elegibles vigentes para los empleos de carácter permanente PLANTA DE PERSONAL DE CARACTER TEMPORAL PARA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Empleos de libre nombramiento y remoción POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE FUNCION PUBLICA- Raigambre constitucional atinente a empleos públicos y a su tratamiento CONGRESO DE LA REPUBLICA- Expedición de leyes que rigen el ejercicio de las funciones públicas CARRERA ADMINISTRATIVA- Carácter de regla general tratándose del acceso al ejercicio de cargos públicos, ascenso y retiro /CARRERA ADMINISTRATIVA- Principio especial del ordenamiento jurídico CARRERA ADMINISTRATIVA- Sirve de estándar y

método preferente para ingreso al servicio público /CARRERA ADMINISTRATIVA- Decisión legislativa de incluir empleos públicos tiene respaldo constitucional CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO- Principio constitucional CARRERA ADMINISTRATIVA- Limitación de facultad configurativa del legislador de introducir excepciones al régimen de carrera o conferir a empleos tratamiento jurídico distinto del reconocido como regla general CARRERA ADMINISTRATIVA- Excepciones CARRERA ADMINISTRATIVA- Modalidades de empleos en órganos y entidades estatales CARRERA ADMINISTRATIVA- Mérito como referente para la regulación de todos los empleos en órganos y entidades del Estado/ MERITO- Criterio axial para el ingreso, permanencia y retiro de cargos del Estado MERITO- No está circunscrito a la carrera administrativa/ CONCURSO- Como mecanismo para evaluar el mérito no es exclusivo de la carrera administrativa POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR- Ejercicio razonable al regular el acceso a la función pública, permanencia en el servicio, retiro y clasificación de distintos empleos públicos MERITO- Evaluación como mecanismo de acceso al servicio del Estado POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS- Debe velar por el logro de los fines esenciales del Estado MERITO- Cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE FUNCION PUBLICA- Materias relativas tienen que ver con los derechos de los trabajadores y el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos ACCESO AL DESEMPEÑO DE CARGOS PUBLICOS- Derecho a la igualdad compromete la igualdad de trato y de oportunidades CONGRESO DE LA REPUBLICA Y PRINCIPIOS DE LA FUNCION PUBLICA- Debe buscar el equilibrio entre derecho de igualdad de oportunidades para acceder a cargos y funciones públicas y la eficiencia y eficacia en la Administración POTESTAD DE CONFIGURACION DEL LEGISLADOR EN MATERIA DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS- Carácter restrictivo CONTRALORIA GENERAL DE LA NACION- Tratamiento de empleos temporales como los cargos de libre nombramiento y remoción EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Jurisprudencia constitucional EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Fundamento legal y principio de razón suficiente EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Creación de manera específica que implica la confianza inherente al cargo EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Comportan tratamiento diferente a los empleos de carrera administrativa EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Discrecionalidad del empleador EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Amplia discrecionalidad del nominador debe estar exenta de arbitrariedad por desviación de poder EMPLEOS TEMPORALES DE PLANTA DE PERSONAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Carácter temporal no permite calificarlos como de libre nombramiento y remoción EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Clasificación acarrea tratamiento distinto respecto de la discrecionalidad en el acceso, permanencia y retiro del servidor público DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y ACCESO AL DESEMPEÑO DE FUNCIONES Y CARGOS PUBLICOS- Se compromete el debido respeto de servidores públicos temporales cuando injustificadamente se prescinde de la apreciación del mérito DERECHO A LA IGUALDAD- Determinación de méritos y calidades de aspirantes a incorporarse o ascender en la administración pública se patentiza como igualdad de trato/ DERECHO A LA IGUALDAD- Ingreso a empleos en la administración pública debe ofrecerse sin discriminación de ninguna índole DERECHO A LA IGUALDAD- Igualdad de oportunidades en el ingreso a empleos de la administración pública ACCESO AL DESEMPEÑO DE CARGOS PUBLICOS- Vulneración al conferirle a empleos temporales de la Contraloría General de la República el carácter de libre nombramiento y remoción EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Categorización y régimen EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION- Excepción al régimen de carrera administrativa EMPLEOS TEMPORALES- Regulación EMPLEOS TEMPORALES- No tienen la condición de libre nombramiento y remoción ni de carrera administrativa EMPLEOS DE CARACTER TEMPORAL- Creación debe responder a ciertas condiciones MECANISMO DE INGRESO A EMPLEOS

TEMPORALES- Desarrollo de la función pública/ MECANISMO DE INGRESO A EMPLEOS TEMPORALES- No existe completa discrecionalidad del nominador sino que se encuentra limitado por los principios de la función pública PLANTA DE PERSONAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Inconstitucionalidad de exclusión de Ley 909 de 2004 para regular lo referente a empleos temporales que fueran de libre nombramiento y remoción EMPLEOS TEMPORALES DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Respeto de principios y derechos vinculados al mérito cuya evaluación sustituye la discrecionalidad del nominador propia del régimen de libre nombramiento y remoción EMPLEOS TEMPORALES DE PLANTA DE PERSONAL DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA- Se impone la eliminación de la clasificación de empleos de libre nombramiento y remoción Referencia:

Expediente D-10.679 Demandante: Margarita Teresa Nieves Zárate Asunto: Acción pública de inconstitucionalidad contra el inciso primero del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, “ P or la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016 ” Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015) La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y el trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA I.

ANTECEDENTES En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, establecida en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, la ciudadana Margarita Teresa Nieves Zárate demandó el primer inciso del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, “ P or la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016 ”.

Mediante Auto de diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015), el Magistrado Sustanciador decidió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para los efectos de su competencia. En la misma providencia ordenó comunicar la iniciación del proceso al Congreso de la República, al Ministerio de Justicia y del Derecho, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al Ministerio de Minas y Energía y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran dentro del proceso, con el propósito de impugnar o defender la exequibilidad de la disposición acusada.

Además, invitó al Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, al Departamento Administrativo de la Función Pública, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia, al Sindicato Nacional de Servidores Públicos del Estado Colombiano, al Sindicato Nacional de Servidores Públicos y a la Confederación de Trabajadores de Colombia, así como a los decanos de las Facultades de Derecho de las Universidades de Antioquia, del Atlántico, del Rosario, Externado de Colombia, del Norte, Pontificia Javeriana, del Sinú, Industrial de Santander, San Buenaventura, Andes, Libre, Gran Colombia, EAFIT, Pontificia Bolivariana, Santo Tomas, Sergio Arboleda, del Valle y Autónoma de Bucaramanga, para que intervinieran dentro del proceso, con la finalidad de rendir concepto sobre la constitucionalidad de la disposición demandada.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. EL TEXTO DEMANDADO A continuación se transcribe el texto del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, según su publicación en el Diario Oficial No. 49.376 de 26 de diciembre y se subraya el aparte demandado.

“ LEY 1744 DE 2014 Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016.

EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA: (…) TITULO III DISPOSICIONES GENERALES Artículo 39. Plantas de Personal de Carácter Temporal para la Contraloría General de la República.

Los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República, son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel y dependencia a los cuales pertenezcan. Por tanto, no se sujetarán a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004.

En las condiciones establecidas en el inciso anterior, se prorrogan hasta el 31 de diciembre de 2016, los empleos de carácter temporal en la planta de la Contraloría General de la República, creados mediante Decreto-ley 1539 de 2012 .” III. LA DEMANDA La demandante considera que la preceptiva objeto de censura constitucional, contenida en el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, contraviene los artículos 1°, 13, 40, 125, y 209 de la Constitución Política.

Aduce que la Corte Constitucional, en Sentencia C-288 de 2014, señaló que: “ la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado”.

Así pues, aun cuando los empleos temporales de la Contraloría General de la República no son de carrera administrativa, tampoco son de libre nombramiento y remoción, por lo cual se requiere para proveerlos que se adelante un proceso diferente a la discrecionalidad del nominador en el que prime el mérito.

Sostiene que el artículo 21, numeral 3 de la Ley 909 de 2004 establece que el ingreso a los empleos temporales “se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas, a lo que añade que “de no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.” Con lo anterior se pretende que las personas que ocupen dichos cargos sean idóneas y estén capacitadas para prestar sus servicios, conforme lo requiera el interés general y, así mismo, que con la experiencia, conocimientos y dedicación de dicho personal se garanticen mejores resultados.

En esa medida, la disposición acusada al establecer que los empleos temporales de la Contraloría General de la República son de libre nombramiento y remoción “quiebra los fines del interés general”, pues prefiere proveer dichos cargos a través de un mecanismo discrecional, en lugar de apelar a un procedimiento regido por el mérito, como el consagrado en la Ley 909 de 2004.

Sostiene que la norma demandada vulnera los principios democrático, participativo y pluralista, así como el derecho a la igualdad de oportunidades que tienen todos los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas, pues establece un trato discriminatorio, que no persigue un objetivo constitucionalmente legítimo, al prever que serán nombrados en los empleos temporales de la Contraloría General de la República solo aquellas personas que escoja discrecionalmente el nominador.

Agrega que también se vulnera el derecho que tienen todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, contemplado en el artículo 40 de la Constitución, así como la búsqueda de la eficacia y la eficiencia en la Administración, “mediante mecanismos que permitan seleccionar aquellos trabajadores que, por su mérito y capacidad profesional, resulten los más idóneos para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo”.

De igual manera, advierte que el inciso primero del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 desconoce el artículo 125 constitucional que prevé que “ los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.” Apunta que el inciso demandado contraviene el precedente sentado por la Corte Constitucional en las Sentencias C-

284 de 2011, C-315 de 2007, C-1177 de 2001, C-312 de 2003, C-506 de 1999, C-405 de 1995, C-514 de 1994 y C-195 de 1995, sobre las condiciones que habilitan al legislador para clasificar un determinado cargo público como de libre nombramiento y remoción.

Indica que el legislador, al disponer en la disposición acusada que los empleos temporales de la Contraloría General de la República son de libre nombramiento y remoción, habilitó al nominador a proveer, de forma discrecional, dichos cargos con la planta creada por la Ley 1539 de 2012.

Señala que no resulta constitucionalmente admisible que el argumento para clasificar los empleos temporales de la Contraloría General de la República como de libre nombramiento y remoción sea solo su transitoriedad y no se tengan en cuenta las funciones que desarrollan. Así mismo, apunta que la Corte Constitucional, en Sentencia C-506 de 2014, declaró inexequible el Decreto Ley No. 2025 de 2013, por medio del cual se clasificó a todos los empleos de la planta temporal de la Contraloría General de la República como de libre nombramiento y remoción.

Aduce que los cargos de libre nombramiento y remoción son creados de forma específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, que implica confiar en quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En ese orden de ideas, considera que el precepto acusado es inconstitucional por declarar, de forma general y abstracta, que los empleos de la planta de temporal de la Contraloría General de la República son de libre nombramiento y remoción.

Finalmente, manifiesta que el Decreto Ley 268 de 2000 “por medio del cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República” solo establece dos modalidades de empleo en la entidad, la carrera administrativa y los cargos de libre nombramiento y remoción, por lo que resulta aplicable la normatividad prevista en la Ley 909 de 2004 para los empleos temporales de la Contraloría General de la República, disposiciones que, precisamente, son excluidas por la preceptiva demandada de manera inconstitucional, cuando indica que por tratarse de cargos de libre nombramiento y remoción los citados empleos temporales “no se sujetarán a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004”.

IV. INTERVENCIONES Vencido el término de fijación en lista, y en cumplimiento de lo ordenado en Auto de 19 de marzo de 2015, la Secretaria General de esta Corporación informó que, de acuerdo con las comunicaciones libradas, se recibieron los siguientes escritos de intervención:

1. Universidad Santo Tomas Ciro Nolberto Güechá Medina, Decano de la Facultad de Derecho y Carlos Rodríguez Mejía, Coordinador del Grupo de Acciones Constitucionales de la Universidad Santo Tomas, intervienen en el proceso de la referencia para solicitar a la Corte Constitucional que declare inexequible la norma demandada.

Refieren que de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el numeral 1° del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Observación General Número 25, el artículo 3 de la Convención Interamericana contra la Corrupción y el artículo 7 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, el Estado Colombiano debe establecer procedimientos equitativos y transparentes para la provisión de cargos públicos, que implementen prácticas de empleo enmarcadas en el mérito y la preparación de los candidatos y no en factores discrecionales, que pueden estar fundados en motivos discriminatorios vedados por el derecho internacional de los derechos humanos.

Consideran que el aparte acusado contraviene las mencionadas disposiciones internacionales, toda vez que establece formas discrecionales, injustificadas e indeterminadas de proveer los cargos temporales en la administración pública, que propician la desigualdad y las prácticas corruptas.

2. Academia Colombiana de Jurisprudencia José Antonio Molina Torres, en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia solicita a la Corporación declarar inexequible el artículo 39 de la Ley 1744 de 2012.

En primer lugar, señala que los cargos de la demanda adolecen parcialmente de razones impertinentes, en cuanto pretenden deducir la inexequibilidad de la norma acusada a partir del imperio de la Ley 909 de 2004, del Decreto Ley 268 de 2000 y del Decreto 1539 de 2012 y no de normas constitucionales. No obstante lo anterior, considera que tiene razón la demandante cuanto transcribe apartes jurisprudenciales de la Corte Constitucional, según los cuales, el legislador no puede clasificar in solidum los cargos de libre nombramiento y remoción.

Así mismo, estima que si bien esta Corporación, en Sentencia C-506 de 2014, declaró inexequible el Decreto Ley 2025 de 2013 " Por el cual se modifica la planta temporal de empleos de Regalías de la Contraloría General de la República ", el fundamento de dicha decisión fue la inconstitucionalidad por consecuencia, como quiera que en Sentencia C-386 de 2014, la Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 15 de la Ley 1640 de 2013, por medio de la cual se le otorgaron facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para modificar la Planta Temporal de Regalías de la Contraloría General de la República, por consiguiente, en el caso objeto de estudio se desvirtúa la posible cosa juzgada material.

3. Departamento Nacional de Planeación Luis Carlos Vergel Hernández, actuando como apoderado del Departamento Nacional de Planeación solicita a la Corporación declarar exequible el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, pues considera que el legislador está habilitado para crear plantas de personal, de forma temporal, en los distintos órdenes de la administración pública y de atribuirle a estos cargos la categoría de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional, en Sentencia C-161 de 2003.

4. Intervención ciudadana Félix Francisco Hoyos Lemus, ciudadano en ejercicio, interviene en el asunto de la referencia para coadyuvar la demanda.

5. Universidad del Norte Luz Elena Agudelo Sánchez, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad del Norte, solicita a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, por cuanto el legislador, al expedir dicha disposición, desconoció el precedente de la Corte Constitucional respecto de las condiciones que se deben cumplir para que el legislador pueda clasificar determinado cargo como de libre nombramiento y remoción, toda vez que los empleos de la planta temporal de la Contraloría General de la República no tienen asignadas funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se definan o adopten políticas públicas, ni desarrollan funciones que exijan un nivel especial y cualificado de confianza adicional al que se le puede exigir a todo servidor público.

6. Departamento Administrativo de la Función Pública Andri Marceli Osorio Betancourt, actuando como apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública, solicita a la Corporación que declare exequible el artículo demandado, pues considera que cumple con los requisitos señalados en la jurisprudencia para catalogar a un empleo como de libre nombramiento y remoción.

Advierte que con los empleos de la planta temporal de personal de la Contraloría General de la República se busca fortalecer la labor de vigilancia y control fiscal de los recursos del sistema general de regalías y, de igual manera, dotar a la entidad de empleos de mayor nivel de especialización misional y a su vez, de empleos para el apoyo de estas labores, que permitan una prestación más eficiente, eficaz y oportuna.

Aduce que la disposición acusada no contraviene el artículo 13 constitucional, pues el Estado, a través de sus diferentes ramas y órganos, está legitimado para expedir normas tendentes a lograr una igualdad real y efectiva, lo que no necesariamente significa que la legislación nacional deba establecer un trato matemáticamente igualitario para todos. Es así como los empleos de la planta temporal de regalías de la Contraloría General de la República, creados mediante

Decreto Ley 1539 de 2012, difieren de los empleos de la misma denominación de la planta de personal de la Contraloría, en que los primeros tienen funciones de mayor nivel de especialización misional.

7. Sindicato Unitario Nacional de Trabajadores del Estado Carlos Ernesto Castañeda Ravelo, actuando como representante legal del Sindicato Unitario Nacional de Trabajadores del Estado, solicita a la Corte Constitucional declarar inexequible el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, toda vez que vulnera el artículo 125 constitucional, pues clasifica, de forma genérica, como empleos de libre nombramiento y remoción, a los cargos creados en la planta temporal de personal de la Contraloría General de la República, sin tener en cuenta las funciones que desarrollan, ni tampoco que dichos cargos corresponden a una nueva clasificación de vinculación a la administración pública.

Indica que el Consejo de Estado, en Sentencia 1475-06 de 19 de junio de 2008, señaló que los empleos temporales establecidos en la Ley 909 de 2004, si bien no son de carrera administrativa, tampoco son cargos o empleos de libre nombramiento y remoción, pues pertenecen a una categoría o clasificación nueva de servidores públicos creada por el legislador.

Advierte que la norma demandada no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para que un cargo sea clasificado como de libre nombramiento y remoción, pues, en primer lugar, las funciones que desarrollan los empleos temporales de la Contraloría General de la República son las mismas que ejerce la planta permanente de la entidad y, en segundo lugar, dichos empleos no se encargan de programas que tengan una duración determinada, toda vez que el sistema general de regalías es definitivo y permanente y, por consiguiente, el objeto de control fiscal. Agrega que, en tercer lugar, no se demostró que existiera una sobrecarga laboral y que , en cuarto lugar, los cargos no tienen asignadas labores de consultoría y asesoría institucional.

De conformidad con lo expuesto, considera que la creación de la planta temporal de personal de la Contraloría General de la República se fundamenta en una falsa motivación, pues no reúne ninguno de los requisitos para su existencia.

8. Universidad Externado de Colombia Alberto Montaña Plata, Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, interviene en el proceso de la referencia para solicitar a la Corporación que declare inexequible el artículo demandado.

Indica que el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 es contrario al artículo 1° constitucional, pues no resulta conducente con la prevalencia del interés general elevada por el constituyente a rango de principio fundamental. La razón de esa incompatibilidad estriba en que es de interés general que los mecanismos discrecionales de provisión del empleo público constituyan una excepción y no la regla en la función pública, toda vez que tales mecanismos enervan la imparcialidad con que debe obrar la administración pública al contratar funcionarios.

Refiere que el hecho de que los mecanismos discrecionales tengan un carácter excepcional, como el libre nombramiento y remoción establecido por la norma demandada para el caso de los empleos temporales de la Contraloría General de la República, implica que su aplicación debe obedecer a criterios bien definidos por el ordenamiento. Esos criterios tienen que ver específicamente con la necesidad de la discrecionalidad en la elección del individuo llamado a hacer parte de la función pública, es decir, debe existir una justificación suficiente y satisfactoria para que el modo de provisión de un empleo obedezca a la voluntad de un nominador.

Si tal justificación no existe o es insuficiente, el método de selección de los funcionarios públicos debe estar regido por parámetros específicos que materialicen el principio de legalidad, y deben obedecer a criterios como el mérito, de tal suerte que los principios de la función administrativa tengan más cabida en la práctica.

Advierte que en el numeral 3 de su artículo 21, la Ley 909 de 2004 prevé para el caso de la provisión de empleos temporales la utilización de listas vigentes de elegibles para la provisión de empleos de carácter permanente, siendo

evidente, entonces, que la norma demandada consagra una excepción al preferir un mecanismo discrecional sobre uno más imparcial y democrático.

De igual manera, considera que la norma demandada desconoce el precedente de la Corte Constitucional respecto de las condiciones que se deben cumplir para que el legislador pueda clasificar determinado cargo como de libre nombramiento y remoción, toda vez que los empleos de la planta temporal de la Contraloría General de la República no tienen asignadas funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se definan o adopten políticas públicas, ni desarrollan funciones que exijan un nivel especial y cualificado de confianza adicional al que se le puede exigir a todo servidor público.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION El señor Procurador General de la Nación, mediante concepto N.° 5915 de 14 de mayo de 2015, solicita a la Corte Constitucional, que "declare inexequibles las expresiones ' son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel y dependencia a los cuales pertenezcan ' y ' por tanto, no ', contenidas en el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014. Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

Según el Procurador, "el legislador vulneró el principio estructural del mérito por cuanto estableció la regla general de provisión discrecional prescindiendo absolutamente del mérito, además de no justificar funcionalmente la necesidad de sustraer un cargo de la regla general de provisión por conducto de este principio. Lo que se evidencia, particularmente, en la aplicación del sistema de libre nombramiento con independencia del nivel, es decir, que tanto los cargos directivos como del nivel asesor o ejecutivo, como los pertenecientes al nivel profesional, técnico y asistencial están absolutamente desligados del principio constitucional del mérito".

Así mismo, sostiene que "la Corte Constitucional ya tuvo oportunidad de analizar el artículo 21 de la Ley 909 de 20004. En efecto, la Sala Plena, en la Sentencia C-288 de 214, decidió declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión ' de no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos ' contemplada en el numeral 3° del artículo citado, aunque bajo el entendido de que el mismo deberá garantizar el cumplimiento de los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad".

Considera que esta decisión es importante para el presente caso, porque la declaración de constitucionalidad condicionada obedeció, principalmente, a que la realización de las capacidades y competencias de los candidatos podría interpretarse como una facultad discrecional carente de parámetros para efectuar la evaluación. Por esta razón, la Sala Plena encontró que la facultad de evaluación no equivale a una facultad discrecional absoluta, pues debe regirse por las siguientes reglas: (i) la expedición de un acto administrativo motivado que justifique la necesidad de la creación de un determinado cargo temporal; (ii) la publicación de una convocatoria en la página web de la entidad para efectos de que todo interesado pueda concurrir a participar en la selección; y (iii) una selección de los candidatos que responda al mérito, en el sentido de que quien sea elegido es quien tenga mayores capacidades y competencias para cumplir con el perfil del empleo.

De igual manera, el jefe del Ministerio Público considera que "la regla general de provisión de empleos temporales por conducto de libre nombramiento y remoción que establece la norma demandada también desconoce los principios de la función administrativa establecidos en el artículo 209 de la Constitución Política, pues además de prescindir de las listas de elegibles desconoce el debido proceso administrativo (deber de motivación), el principio de publicidad y, en ultimas, el principio de mérito, en tanto el medio previsto no asegura la designación del aspirante con mayores capacidades para el desempeño del empleo.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho hasta ahora, el jefe del ministerio público no comparte la pretensión de la demanda en el sentido de declarar la inconstitucionalidad de la expresión 'los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República, son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel y dependencia a los cuales pertenezcan. Por tanto, no se sujetaran a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004', en su totalidad. Lo anterior, toda vez que esta declaratoria implicaría la imposibilidad de proveer plantas de carácter temporal o la posibilidad de prorrogar las existentes, ya que necesidades del servicio podrían demandar su existencia".

Por la anterior razón pide que la inexequibilidad recaiga sobre las expresiones " son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel y dependencia a los cuales pertenezcan " y " por tanto, no ", contenidas en el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE 1. La competencia De conformidad con lo establecido en el artículo 241-4 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir la demanda de la referencia.

2. Planteamiento de la cuestión La ciudadana Margarita Teresa Nieves Zárate presentó demanda de inconstitucionalidad en contra del primer inciso del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, "Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1º de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016". El precepto demandado hace parte del Título III, sobre disposiciones generales, y se ocupa de las plantas de personal de carácter temporal para la Contraloría General de la República.

Según el tenor literal del inciso cuestionado, "Los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República, son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel y dependencia a los cuales pertenezcan. Por tanto no se sujetarán a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004".

El artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 tiene, además, un segundo inciso que no ha sido demandado y, de acuerdo con el cual, "En las condiciones establecidas en el inciso anterior, se prorrogan hasta el 31 de diciembre del 2016, los empleos de carácter temporal en la planta de la Contraloría General de la República, creados mediante Decreto Ley 1539 de 2012".

La libelista considera que la preceptiva censurada vulnera los artículos 1º, 13, 40, 125 y 209 de la Constitución y centra su alegato (i) en la condición de empleos de libre nombramiento y remoción que el artículo parcialmente demandado le confiere a los empleos temporales de la planta de personal para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República, así como en (ii) la no aplicación en este caso de las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004.

La accionante considera que los empleos temporales no son de carrera administrativa, pero tampoco de libre nombramiento y remoción, por lo cual el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, en su inciso tercero, ha creado "un procedimiento ajeno a la discrecionalidad del nominador" para proveerlos, lo que le otorga prioridad al mérito, asegura "que la administración esté conformada por personas con capacidad profesional e idoneidad moral" y garantiza "de una mejor forma la satisfacción del interés general" en un ámbito tan importante como el cumplimiento del control fiscal.

A juicio de la actora, la aplicación a los empleos temporales de la discrecionalidad del nominador, propia de los empleos de libre nombramiento y remoción, vulnera el principio democrático, participativo y pluralista, porque en su provisión faltan "unos parámetros o reglas para que el mayor número posible de personas que cumplan los requisitos de educación y experiencia para ocupar dichos cargos puedan acceder a ellos a través de un procedimiento que garantice la libertad de concurrencia", lo cual también es contrario a los derechos a la igualdad y al acceso al desempeño de funciones y cargos

públicos, así como al artículo 125 de la Constitución sobre carrera administrativa y a los principios que, según el artículo 209 superior, deben guiar el desarrollo de la función administrativa.

Para la ciudadana Nieves Zárate es inadmisible que los empleos temporales para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República sean sustraídos de un procedimiento como el previsto en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, orientado por el mérito, tornándolos de libre nombramiento y remoción y dejando su provisión "a la libre interpretación de la Contraloría General de la República", eximiéndolos de su propio régimen legal, "para disponer otra forma de provisión" que privilegia la discrecionalidad, con sacrificio de la igualdad y el mérito.

Corresponde, entonces, a la Corte examinar las facultades que le corresponden al legislador respecto de la creación y clasificación de empleos públicos para pasar a dilucidar si es constitucionalmente admisible que a empleos temporales como los mencionados en el precepto acusado se les otorgue el tratamiento jurídico propio de los empleos de libre nombramiento y remoción y, en caso de concluir en la inconstitucionalidad que reclama la actora, la Corporación tendrá que evaluar la constitucionalidad de la exclusión de los referidos empleos del régimen previsto en la Ley 909 de 2004.

3. Asunto previo Antes de proceder a examinar la primera de las cuestiones planteadas, la Sala Plena considera indispensable hacer una referencia a la propuesta formulada por el señor Procurador General de la Nación en su concepto de rigor, propuesta que tiene que ver con el texto demandado y con los apartes sobre los que eventualmente podría recaer la declaración de inexequibilidad que llegara a producir la Corte.

El Jefe del Ministerio Público estima que en lugar de declarar la inexequibilidad de todo el inciso primero del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, como lo solicita la demandante, esta Corporación debería limitar esa declaración a las expresiones "son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel y dependencia a los cuales pertenezcan" y "Por tanto, no", ya que en ellas radica directamente la inconstitucionalidad esgrimida, de manera que al separarlas del ordenamiento el inciso censurado quedaría con un contenido avenido a la Constitución, el cual coincidiría con el reivindicado en el libelo demandatorio.

En efecto, privada de los referidos segmentos, la disposición sobreviviría en el ordenamiento jurídico de conformidad con el siguiente texto: "Los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República se sujetarán a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004", con lo cual, una vez depurada la eventual inconstitucionalidad, quedaría a salvo la referencia a los empleos temporales en la Contraloría y el régimen al cual estarían sometidos, caso que no pudieran ser de libre nombramiento y remoción.

En la vista fiscal se estima que, de llegar a declararse la inconstitucionalidad, la referencia a esos empleos temporales es necesaria, porque si se optara por separar todo el inciso cuestionado, el precepto quedaría sin un supuesto de hecho al cual anudarle la consecuencia que, en caso de inconstitucionalidad, sería la contraria a la prevista por el legislador, que ha sustraído el régimen de los empleos temporales de la Contraloría de lo previsto en la ley 909 de 2004.

Pero, fuera de que la disposición quedaría con el contenido que se ajusta a la Constitución, lo cual en nada contradice las pretensiones de la actora ni la orientación de su demanda, en el nuevo contexto cobraría pleno sentido el inciso segundo del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 que reza: "En las condiciones establecidas en el inciso anterior, se prorrogan hasta el 31 de diciembre de 2016, los empleos de carácter temporal en la planta de la Contraloría General de la República, creados mediante Decreto Ley 1539 de 2012".

La Corte comparte estas apreciaciones y considera que, si después del análisis efectuado se impone como consecuencia la declaración de inconstitucionalidad, mediante la separación de las expresiones que el Ministerio Público ha señalado, se atendería, simultáneamente, a la depuración del ordenamiento de unos contenidos contrarios a la Constitución y al mantenimiento de los textos que sirven de soporte a los contenidos conformes con la preceptiva superior.

Por lo demás, es de anotar que cada uno de los segmentos que el Procurador propone como objeto directo del análisis de constitucionalidad coincide, respectivamente, con los dos aspectos en los que la demandante centra su ataque, a saber: el tratamiento de los empleos temporales como empleos de libre nombramiento y remoción y la no sujeción, en su disciplina jurídica, a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004.

Dado que el Congreso de la República ha catalogado los mencionados empleos temporales como de libre nombramiento y remoción y los ha sustraído del régimen previsto en la Ley 909 de 2004, se impone iniciar el análisis con una referencia al alcance de la potestad de configuración legislativa en la materia, tal como se anunció al formular el plan para el desarrollo de la presente providencia.

4. La función pública y la potestad de configuración del legislador Lo primero que corresponde destacar a este propósito es la innegable raigambre constitucional de lo atinente a los empleos públicos y a su tratamiento, como que el artículo 123 superior se ocupa de indicar que son servidores públicos “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, mientras que el artículo 125 de la Carta establece el régimen de carrera administrativa para los “empleos en los órganos y entidades del Estado”, con las excepciones allí mimo previstas, entre las que aparecen “los de libre nombramiento y remoción”.

En cuanto hace al Congreso de la República debe destacarse el artículo 150 de la Carta, en cuyo numeral 23 se le encarga de “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”, competencia que ha de ser compaginada con los constantes llamados a la ley hechos en artículos como los citados 123 y el 125, para, por ejemplo, contribuir a determinar la forma de acuerdo con la cual los servidores públicos deben ejercer sus funciones o para establecer los requisitos y condiciones destinados a fijar los méritos y calidades de los aspirantes a ingresar o a ascender en la carrera administrativa.

La regulación constitucional de la materia le confiere a la carrera administrativa el carácter de regla general tratándose del acceso al ejercicio de cargos públicos, del ascenso y del retiro [1] , y lo hizo de tal modo que a la carrera se le ha reconocido la condición de “principio especial del ordenamiento jurídico”, lo que no solamente tiene “una consecuencia categorial”, por cuanto la “ubica como uno de los pilares en que se sustenta el orden superior, sino que también conlleva particulares funciones hermenéuticas [2] .

Tratándose de la categoría que adquiere la carrera administrativa, su principal manifestación radica en que “sirve de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público” [3] , de manera que, considerada como principio, la carrera ha sido reforzada mediante garantías favorables a su prioridad [4] , de donde la jurisprudencia de esta Corte ha concluido que “la decisión legislativa de incluir empleos públicos dentro de la carrera administrativa general tiene per se un fuerte respaldo constitucional” [5] .

En lo que toca con el acceso de los ciudadanos al servicio público la Corte ha estimado que “en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento jurídico”, lo cual, ante todo, ha de ser tenido en cuenta por el legislador [6] .

Contrapartida del régimen reforzado que constitucionalmente se le asigna a la carrera administrativa y de las especiales funciones hermenéuticas que le atañen en cuanto principio especial del ordenamiento, es la limitación de la facultad configurativa del legislador cuando se trata de introducir excepciones al régimen de carrera o de conferirle a algunos empleos un tratamiento jurídico distinto del correspondiente al que ha sido reconocido como regla general.

Desde luego, la propia Constitución ha reconocido algunas excepciones a la carrera administrativa y también ha facultado a la ley para que las establezca, al señalar, en su artículo 125, que se exceptúan de la carrera los cargos “de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley”,

pero esa determinación encargada al legislador, con todo y tener respaldo constitucional, se encuentra “sujeta a precisos límites”, pues la atribución “es per se limitada” [7] y “para que el legislador pueda optar por un sistema de vinculación distinto al de carrera administrativa, deberá tener razones constitucionales suficientes para ello, en los términos del artículo 125 y demás normas que sean aplicables según la Entidad de que se trate” [8] .

Así pues, en cuanto a las modalidades de empleos en los órganos y entidades estatales, fuera de los de carrera administrativa, se encuentran los correspondientes a los funcionarios “cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución y la ley”, que, conforme lo indica el artículo 125 superior, “serán nombrados por concurso público”, los de trabajadores oficiales, los de libre nombramiento y remoción, así como los “que determine la ley”, según los términos de la disposición constitucional citada.

Aunque la carrera administrativa no cobije a todo el conjunto de servidores estatales, la regulación de todos los empleos en los órganos y entidades del Estado, tiene por referente necesario a la carrera y a sus distintos componentes, entre los cuales se encuentra el mérito que, siendo “el aspecto nodal que otorga sentido al principio de carrera administrativa”, en cuanto “criterio axial para el ingreso, permanencia y retiro de los cargos del Estado”, tiene influencia más allá de la carrera administrativa, pues también para los cargos que no pertenezcan a ella se requiere que los servidores públicos “muestren las mayores habilidades, conocimientos y destrezas en el campo laboral correspondiente” [9] .

Así como el mérito no está circunscrito a la carrera, el concurso como mecanismo para evaluarlo tampoco es exclusivo de la carrera administrativa, pues, de conformidad con lo expresado en la jurisprudencia constitucional, “el concurso de méritos y la designación de conformidad con el orden resultante del concurso no son indicativos, por sí solos, de la instauración de un sistema de carrera administrativa que cobije a quienes accedan a su cargo en virtud de la evaluación de sus méritos en las distintas etapas de un concurso público” [10] .

Ciertamente, el mérito es el criterio que, como regla general, debe presidir el nombramiento o designación de quienes van a desempeñar la función pública” y el concurso es uno de los mecanismos adecuados para evaluar “tanto los factores objetivos como los subjetivos” que reúna el aspirante, pero aun cuando el concurso “como medio para evaluar el mérito de quienes aspiran a ocupar un cargo público tiene especial relevancia en el caso de la carrera administrativa (…), no es exclusivo de la carrera y es utilizado para determinar el mérito de los aspirantes a empleos que no son de carrera administrativa” [11] .

En este orden de ideas, al regular lo concerniente al acceso a la función pública, a la permanencia en el servicio y al retiro, así como a la clasificación de los distintos empleos públicos, el legislador debe efectuar un “ejercicio razonable de la potestad de configuración normativa” que el Constituyente le ha reconocido, habida cuenta de que la definición de estos aspectos involucra el respeto debido a variados contenidos constitucionales que han de ser tenidos en cuenta en todos los casos en que pueda incidir el Congreso de la República y no solo en las hipótesis directamente relacionadas con la carrera administrativa.

La evaluación del mérito, como mecanismo de acceso al servicio del Estado, tiene importantes repercusiones en diferentes ámbitos constitucionales, trátese o no de la provisión de empleos de carrera administrativa. En este sentido la Corte ha anotado que “la facultad otorgada al legislador para regular las condiciones y requisitos que se imponen para el acceso a los cargos públicos” tiene que velar por “el logro de los fines esenciales del Estado” contemplados en el artículo 2º de la Constitución [12] .

Adicionalmente, la Corporación ha anotado que la consideración del mérito se relaciona con el cumplimiento de “los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” que, según el artículo 209 de la Carta, deben guiar el cumplimiento de la función administrativa [13] , pues “independientemente de los efectos jurídicos de cada forma de vinculación al Estado -por carrera, libre nombramiento y remoción o concurso- todos los

empleos públicos buscan un objetivo común, cual es el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines estatales" [14] .

Además, las materias relativas a la función pública que han sido confiadas a la configuración del legislador, tienen que ver con los derechos de los trabajadores contemplados en el artículo 53 superior, así como con el derecho a acceder "al desempeño de funciones y cargos públicos", establecido en el artículo 40-7 de la Constitución y, tratándose del derecho a la igualdad, previsto en el artículo 13 constitucional, la jurisprudencia de esta Corporación ha destacado que el acceso al desempeño de cargos públicos compromete dos de sus dimensiones que son la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades [15] .

Entonces, el legislador, al regular los requisitos y condiciones de acceso a la función pública, no puede "desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes a ocupar un cargo público" y debe "establecer condiciones que se ajusten al mérito, a la capacidad de los aspirantes y, especialmente, a las exigencias del servicio" [16] .

Se requiere, pues, que el Congreso de la República busque un equilibrio "entre dos principios de la función pública", a saber: "el derecho de igualdad de oportunidades que tienen los ciudadanos para acceder al desempeño de cargos y funciones públicas" y la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en la Administración, mediante mecanismos que permitan seleccionar aquellos trabajadores que, por su mérito y capacidad profesional, resulten los más idóneos para cumplir con las funciones y responsabilidades inherentes al cargo" [17] .

Así las cosas, en términos de potestad de configuración, "para la Corte es claro el carácter restrictivo que debe guiar el ejercicio de la atribución legislativa a efectos de clasificar cargos públicos por fuera del sistema de carrera administrativa, en las distintas modalidades autorizadas constitucionalmente" [18] , ya que estas modalidades están concebidas como excepciones y, en cuanto tales, son de interpretación restrictiva, "lo que en esta materia se traduce en que las previstas por el legislador deben hallarse plenamente justificadas" [19] , pues, "de excederse, la actuación sería arbitraria y violatoria no solo del principio general de carrera administrativa, sino también de otros principios y derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento superior" [20] . Con base en las precedentes consideraciones, pasa la Corte a examinar los cargos formulados por la demandante.

5. El tratamiento de los empleos temporales de la Contraloría General de la Nación como cargos de libre nombramiento y remoción Conforme ha quedado expuesto, la actora sostiene que los empleos temporales de la Contraloría General de la República no son de libre nombramiento y remoción y que al clasificarlos así, el primer inciso del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 desconoce la Constitución. En algunas intervenciones y en la vista fiscal se le da la razón a la demandante y para ello se citan criterios provenientes de la jurisprudencia constitucional. Conviene, entonces, iniciar con un breve repaso de lo señalado por esta Corte, en reiterada jurisprudencia, para obtener las primeras conclusiones que, con posterioridad, permitan apreciar si por este aspecto se vulnera la Carta y de qué manera.

5.1. Los empleos de libre nombramiento y remoción en la jurisprudencia constitucional Tratándose de la clasificación de los distintos empleos, la Corte Constitucional ha sentado importantes criterios y para el asunto que ahora se aborda importa destacar los atinentes a la identificación de los cargos de libre nombramiento y remoción que se remontan a las Sentencias C-195 y C-514 de 1994, como que en estas dos providencias la Corporación se planteó el problema consistente en determinar en qué supuestos resulta viable excepcionar el régimen de carrera administrativa, mediante la creación de empleos de libre nombramiento y remoción.

En ese contexto, la Corte estimó que para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción "hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal" y, adicionalmente, indicó que la ley no puede extender el catálogo de los empleos de libre nombramiento y remoción "para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción", por lo cual "debe haber un principio de razón suficiente" que justifique el establecimiento de

esta clase de excepciones a la carrera administrativa, como lo sería la índole de la función misma “que en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política” [21] .

Posteriormente, la Corporación puntualizó que los cargos de libre nombramiento y remoción “no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades” [22] .

Respecto de la confianza, la Corte hizo énfasis en que en este supuesto no se trata de la “inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial, aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata” [23] .

Los criterios reseñados se han mantenido en la jurisprudencia constitucional que frecuentemente los reitera [24] y que los ha resumido para destacar que, no implicando “una facultad absoluta” la competencia legislativa para la definición de cargos de libre nombramiento y remoción [25] , son dos tipos de consideraciones las que habilitan la clasificación de un empleo como tal, a saber: que “debe tratarse del cumplimiento de funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional” y que “ha de referirse a aquellos cargos en los cuales es necesaria la confianza de los servidores que tienen a su cargo esa clase de responsabilidades” [26] .

Más adelante la Corporación ha precisado que la primera de las consideraciones obedece a un criterio material, relativo a la “naturaleza de las funciones”, mientras que la segunda expresa un criterio subjetivo que concierne al “grado de confianza” [27] y también ha señalado que ambas condiciones “están referidas a la naturaleza y funciones de cada cargo en particular” y que siendo “alternativas” y “no copulativas”, la primera, alude a cargos “en cuyo ejercicio se definan o adopten políticas públicas” y, la segunda, se refiere a “un nivel especial y cualificado de confianza, adicional al que se le puede exigir a todo servidor público” [28] .

Ahora bien, dadas estas condiciones, los cargos de libre nombramiento y remoción comportan un tratamiento diferente del que se discierne a los empleos de carrera administrativa, conforme se evidencia tratándose de la estabilidad que es “prerrogativa especial” de la carrera y que no asiste plenamente a los empleados de libre nombramiento y remoción, en cuyo caso es “restringida o precaria”, puesto que “la vinculación, permanencia o retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos” [29] .

La discrecionalidad del empleador es, entonces de “alto grado” [30] respecto de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados “en cualquier momento de su cargo” [31] , como ya lo había anotado la Corte en su Sentencia C-514 de 1994, al indicar que las excepciones a la carrera administrativa “solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera”.

Desde luego, el ejercicio de la amplia discrecionalidad del nominador debe estar exento de “arbitrariedad por desviación de poder” [32] , pues, de cualquier modo, “la permanencia o desvinculación de una persona de libre nombramiento y remoción obedece a razones de buen servicio y de confianza, según el caso, sin que la discrecionalidad de la administración pueda tornarse en arbitrariedad” [33] .

En atención a las anteriores consecuencias, esta Corporación ha destacado que “para que la función del legislador tenga cabal desarrollo con estricto apego a la normativa fundamental, es necesario que, al expedirse la ley, se considere de

manera objetiva cuál es el papel que juegan los distintos cargos dentro de la estructura del Estado y que se evalúe el tipo de funciones a ellos asignadas, con el fin de decidir cuáles resultan incompatibles con el sistema de carrera" [34] .

Así pues, siendo la discrecionalidad "una atribución necesaria en cabeza de algunos funcionarios que ejercen una labor eminentemente política, o que requieren colaboradores de su más absoluta confianza para el logo de sus fines", es claro que son distintas las condiciones de los empleados de libre nombramiento y remoción, lo que advierte acerca de lo "desproporcionado" que resultaría aplicar sus reglas "en materia de desvinculación, ingreso, permanencia y promoción" a, por ejemplo, los empleados de carrera, ya que no cabe "regular con criterio político una función que corresponde a la esencia del sistema de carrera" [35] , pero tampoco "puede prosperar una hipótesis administrativista para regular una función eminentemente política" [36] .

5.2. El cargo de inconstitucionalidad esgrimido y los criterios sentados en la jurisprudencia constitucional Como se ha indicado, la demandante cuestiona la constitucionalidad de la primera parte del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, porque considera que, en contra de lo que el legislador señaló allí, los empleos temporales de la planta requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República no son de libre nombramiento y remoción, por lo cual, a su juicio, deben tener un régimen distinto al de la discrecionalidad y en el que tenga una mayor incidencia el mérito, en cuanto criterio para el acceso, el mantenimiento y el retiro.

En la propia demanda se hace constar que tales empleos temporales no son de carrera administrativa, lo que no significa que necesariamente deban ser de libre nombramiento y remoción, porque entre estos dos extremos ciertamente existe una amplia gama de categorías de empleos para los que no se aplica el régimen de carrera administrativa, lo cual tampoco impide que respecto de ellos (i) se tenga en cuenta el mérito como elemento basilar de la función pública, (ii) se descarte la discrecionalidad del nominador y, por lo tanto, (iii) haya una mayor apertura hacia los ciudadanos en general cuando se trata de proveerlos, así como (iv) una estabilidad mayor que la restringida o precaria predicable de los empleados de libre nombramiento y remoción.

De conformidad con lo que se ha expuesto, las condiciones a las que están sometidos los cargos de libre nombramiento y remoción y quienes los ejercen obligan a que el legislador justifique el encuadramiento de empleos en esta categoría, de manera que para determinar si el Congreso ha actuado dentro de los límites de lo excepcional, la Corte debe atenerse a las pautas que para identificar los empleos de libre nombramiento y remoción ha fijado en su propia jurisprudencia, reiterada y constante.

Si se atiende al primero de los criterios que es material y atinente a la índole de las funciones, la escueta referencia a los empleos temporales de la planta de personal para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República, con independencia "del nivel y dependencia a los cuales pertenezcan", contenida en el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, remite a una consideración global e indiscriminada de un conjunto de cargos en los que no se advierte el cumplimiento de la condición objetiva que permita entenderlos como de libre nombramiento y remoción.

En efecto, el carácter temporal que se les asigna y la mención general de las funciones encomendadas a la Contraloría General de la República están lejos de otorgar la certeza acerca de que se trata de empleos con funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, o de definición y adopción de políticas públicas, fuera de lo cual ha de repararse en que la planta de personal correspondiente a la Contraloría y en la que se definen los empleos de dirección institucional está fijada en otra parte y no en una ley que, como la 1744 de 2014, se ocupa del presupuesto del sistema general de regalías para el bienio del 1º de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016. Definitivamente no se está ante cargos que involucren dentro de sus funciones la definición y la adopción de políticas públicas e institucionales y, por lo mismo, desde la perspectiva del criterio material relativo al aspecto funcional nada hay que permita calificarlos como de libre nombramiento y remoción.

Utilizado el primer criterio jurisprudencial, queda como alternativa el segundo que, conforme ha sido señalado, es de carácter subjetivo y concierne al grado de confianza requerido por la índole de ciertos asuntos que ameritarían un tratamiento reservado, o el cuidado que debe rodear la adopción de las decisiones de mayor trascendencia en la respectiva entidad.

Tampoco en este ámbito el carácter temporal de los empleos y la alusión general a la planta de personal de la Contraloría General de la República militan a favor de la calificación de estos cargos como de libre nombramiento y remoción, como que en vano se busca en la preceptiva demandada algún ingrediente que pudiera ser revelador de esa especial confianza que sobrepasa la exigible a todo servidor público, debiéndose añadir que la calificación basada en ese tipo de confianza no aparece segura en una ley sobre el presupuesto del sistema general de regalías para un periodo determinado.

En últimas, los cargos a los que alude el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 se refieren a "puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el intuito personae" y, en consecuencia, tales funciones "quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción" [37] .

Al hilo de las precedentes consideraciones la actora ha llamado la atención acerca del ya destacado sesgo general o globalizante que asume la disposición cuestionada, al catalogar un conjunto de empleos como de libre nombramiento y remoción, sin diferenciarlos específicamente, diferenciación que parece obvia e indispensable tratándose de cargos sometidos a un régimen excepcional y, por ello, sustraídos de la regla general dotada, además, de un fuerte respaldo constitucional.

Desde las sentencias en las que inicialmente se pronunció sobre estas materias, la Corte hizo énfasis en que los cargos de libre nombramiento y remoción "no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente", de conformidad con los criterios desde entonces planteados, que podrían hacer pensar, "por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho" [38] .

La alusión indiscriminada a los cargos temporales de la planta de personal de la Contraloría General de la República, independientemente del nivel o dependencia a los cuales pertenezcan, aporta un elemento más que denota la injustificada calificación que de ellos hace el precepto censurado, adscribiéndolos al régimen de los empleos de libre nombramiento y remoción, idea esta que se impone como conclusión.

5.3. La apreciación del mérito La clasificación de los empleos como de libre nombramiento y remoción acarrea un tratamiento distinto en el que, conforme se ha visto, tiene amplia repercusión la discrecionalidad en el acceso, la permanencia y el retiro del servidor público. Si los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República no son de libre nombramiento y remoción, resulta palmario que el régimen de esta clase de empleos no les atañe y que, por supuesto, la discrecionalidad debe carecer de la relevante influencia que se le reconoce en el régimen de libre nombramiento y remoción.

El espacio que cede la discrecionalidad en el acceso, permanencia y retiro de los servidores públicos lo gana el criterio del mérito correspondiente al aspirante o al empleado, luego es evidente que, según lo pone de manifiesto la demandante, el primer inciso del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, al clasificar como de libre nombramiento y remoción empleos que no lo son, desconoce el mérito y, por contera, los derechos fundamentales cuya cabal observancia depende, al menos en parte, de la evaluación de las calidades objetivas y subjetivas de la persona que aspira a vincularse a la administración pública, a mantenerse o a ascender en cualquiera de sus plantas de personal.

Ya se ha señalado que cuando injustificadamente se prescinde de la apreciación del mérito se compromete el respeto debido a los derechos de los trabajadores previstos en el artículo 53 superior [39] , predicables de los servidores públicos

aun sometidos a la temporalidad, y también el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, establecido en el artículo 40-7 de la Constitución, por cuanto el ciudadano puede tener acceso a su ejercicio "con sujeción a los méritos y calidades propios" y de acuerdo con la Declaración Universal de derechos Humanos que contempla el acceso de las personas "a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos" [40] .

En cuanto al derecho a la igualdad, la jurisprudencia ha precisado que la determinación de los méritos y de las calidades de los aspirantes a incorporarse a la administración pública o a ascender en ella es una de sus manifestaciones [41] que se patentiza como igualdad de trato, porque el ingreso a los empleos se debe ofrecer sin discriminación de ninguna índole [42] , de modo que los aspirantes tengan la oportunidad de "compartir la misma posibilidad de conseguir un empleo, así luego, por motivos justos, no se obtengan las mismas posiciones o no se logre la aspiración deseada" [43] .

En este ámbito el derecho a la igualdad también aparece en su dimensión de igualdad de oportunidades, pues a los candidatos a ingresar o a ascender se les ha de garantizar un mismo punto de partida, a causa de lo cual las autoridades no pueden otorgar tratos preferentes o privados de justificación objetiva [44] y los requisitos que se exijan deben ser los mismos para todos, en forma tal que idéntico rasero se aplique para evaluar el mérito, sin que haya posibilidad de incluir ítems de evaluación para algunos aspirantes y no para todos, de disponer criterios de evaluación que valgan para unos y no para otros, o de admitir formas de apreciación del mérito solo aplicables a algunos, porque sería inane que quienes cumplen los requisitos participen en una convocatoria, si a todos no se les evalúa igual [45] .

El desconocimiento del criterio del mérito también comporta el de otros contenidos constitucionales, entre los que se cuentan los concernientes a los fines del Estado postulados en el artículo 2º superior, ya que el favorecimiento que opera mediante la concesión irregular de empleos estatales aleja "a la función pública de la satisfacción del interés general", del cumplimiento de esos fines [46] y del logro de los cometidos de la función administrativa, puesto que si falla el mérito de los llamados a adelantarla, esa función no podrá "estar al servicio de los intereses generales, ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" [47] , lo que es contrario al artículo 209 de la Carta, en la medida en que la eficiencia y la eficacia del servicio público "dependerán de la idoneidad de quienes deben prestarlo" [48] .

Razón le asiste a la actora al sostener que al conferirles a los empleos temporales de la Contraloría General de la República el carácter de libre nombramiento y remoción, no solo se vulnera el artículo 125 de la Carta, en lo que hace al mérito, sino también los artículos 2º, 13, 40-7 y 209 superiores, dado que el soslayar el mérito se compromete un eje importante conformado por principios constitucionales y derechos fundamentales. Por consiguiente, se impone la inconstitucionalidad de la adscripción de estos cargos a la categoría de los de libre nombramiento y remoción, por lo cual resta considerar la segunda inquietud de la demandante, que radica en la no sujeción de los empleos temporales de la Contraloría General de la República a las disposiciones previstas a la Ley 909 de 2004.

6. La exclusión de las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004 Habida cuenta de que, según lo explicado al desarrollar la primera parte de estas consideraciones, los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República, no pueden ser catalogados como de libre nombramiento y remoción sin contrariar la Constitución, surge una primera cuestión relativa a su categorización y su régimen.

En cuanto hace a la categorización ya se ha señalado que tampoco pueden ser cargos de carrera, por lo cual corresponden a una de las excepciones al régimen de carrera administrativa que el artículo 125 de la Carta encuadra bajo el enunciado "los demás que determine la ley". Precisamente, el mismo artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, demandado parcialmente, los inscribe dentro de la categoría de los empleos temporales, luego procede reiterar aquí la jurisprudencia

constitucional, que más adelante se expondrá con mayor detalle, y a firmar que los empleos temporales constituyen una categoría diferente de los de libre nombramiento y remoción y de los pertenecientes a la carrera administrativa.

En tanto integrantes de una categoría especial y distinta, resulta evidente que deben contar con un régimen propio y, por lo tanto, respecto de los que conforman la planta de personal de la Contraloría General de la República se debe averiguar cuál es el régimen jurídico al que deben atenerse. Tal como acontece con la calificación como empleos temporales, la respuesta la da el mismo artículo 39 del al ley 1744 de 2014 en uno de los apartes que han sido objeto de acusación.

En efecto, al adscribirlos al régimen de libre nombramiento y remoción, el precepto demandado proveía un régimen acorde con esa adscripción y lo hacía en sentido negativo, al precisar que "Por tanto, no se sujetarán a las disposiciones previstas en la ley 909 de 2004", de donde surge que una vez removida la calificación como empleos de libre nombramiento y remoción, son, justamente, los preceptos de la ley últimamente citada los que deben ser examinados a fin de determinar si allí se encuentra el régimen jurídico correspondiente a los cargos de carácter temporal pertenecientes a la planta de personal de la Contraloría General de la República.

El inciso demandado es claramente indicativo de que, tratándose de empleos temporales, su regulación se encuentra en la Ley 909 de 2004, pues no de otra manera se explica que esta ley haya sido mencionada en su texto para excluir sus disposiciones, exclusión que, se repite, deja de tener sentido al privar a estos cargos, de la condición de libre nombramiento y remoción, reivindicando su adscripción a la categoría de los temporales, adscripción constitucionalmente correcta que también conduce a la reivindicación de las disposiciones pertinentes contenidas en la Ley 909 de 2004, cuya exclusión ha perdido su sentido.

La Ley 909 de 2004 se ocupa de regular el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública y efectúa una clasificación de los empleos públicos, dentro de la cual aparecen los "empleos de carácter temporal, cuya creación debe responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta, por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

A lo anterior el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 agrega que la "justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y la disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salario y prestaciones sociales", que el "ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas" y, finalmente, que de "no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos".

Ciertamente la exclusión de estas disposiciones era acorde con el régimen de libre nombramiento y remoción al que se sometían los empleos temporales de la Contraloría General de la República, pero ya no armoniza con su categorización como empleos temporales, pues esta clasificación indica todo lo contrario de lo inicialmente previsto por el legislador, es decir, que el régimen antes excluido debe ser el aplicable a los empleos de carácter temporal de la Contraloría General de la República.

Esta conclusión surgida de la interpretación del precepto censurado después de haberse hallado inconstitucional la definición de estos cargos como de libre nombramiento y remoción, resulta corroborada por la propia Ley 909 de 2004 que, al precisar el ámbito de su aplicación, establece en el artículo 3º que sus disposiciones serán aplicables en su

integridad “con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales como la que rige en la Contraloría General de la República y en las Contralorías Territoriales”.

Conforme lo indica el inciso segundo del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 los empleos de carácter temporal en la planta de la Contraloría General de la República fueron creados mediante Decreto Ley 1539 de 2012 y se prorrogan hasta el 31 de diciembre de 2016. Así pues, razón le asiste a la actora al solicitar la inconstitucionalidad de la exclusión de las disposiciones pertinentes de la Ley 909 de 2004, así como al pedir que el régimen aplicable a los tantas veces mencionados empleos temporales sea el previsto en esta ley.

Así las cosas, en resumen cabe sostener que si los empleos temporales a los que se refiere el primer inciso del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 no son de libre nombramiento y remoción ni de carrera administrativa, es evidente que deben tener un régimen jurídico distinto. Para averiguar cuál es ese régimen basta reparar en que, según la redacción del precepto acusado, la calificación como empleos de libre nombramiento y remoción se concordaba con la condición establecida en la última parte del inciso primero, de conformidad con cuyo tenor literal “Por tanto, no se sujetarán a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004”.

Habiéndose hallado inconstitucional la primera parte del enunciado, la exclusión de lo establecido en la Ley 909 de 2004 pierde su sustento y deja de estar en armonía con lo que queda del inciso, luego es lógico concluir que, desechada la incorporación de los empleos temporales en la categoría de los de libre nombramiento y remoción, se sigue como consecuencia que lo previsto en la Ley 909 de 2004, antes descartada, debe ser tenido en cuenta ahora para determinar si en sus regulaciones se encuentra el régimen de los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República.

En su artículo 1º, la Ley 909 de 2004 establece que “de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley”, hacen parte de la función pública los empleos públicos de carrera, los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, los empleos de periodo fijo y los empleos temporales, de donde surge que estos últimos empleos son diferentes de los de libre nombramiento y remoción y que, por lo tanto, su régimen diverge, a tal punto que la temporalidad no es elemento que permita el ejercicio de la discrecionalidad correspondiente al nominador en el régimen de libre nombramiento y remoción.

La Corte Constitucional ha citado jurisprudencia del Consejo de Estado en la que claramente se indica que “ el empleo temporal no es de carrera sino que constituye una categoría independiente de empleo público”. En efecto, esta Corporación ha destacado que, en sentencia del diecinueve (19) de junio de dos mil ocho (2008), el Consejo de Estado estimó que “ resulta entendible el grado de protección que le pretende dar el legislador al empleado temporal, pues si bien no tiene la categoría de empleado de carrera administrativa, tampoco la de uno de libre nombramiento y remoción” y que después, en sentencia del dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012), el Consejo de Estado puntualizó que “el empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende, su creación sólo está permitida en los casos expresamente señalados por el legislador” [49] .

Conforme fue indicado, en su numeral 3º, el artículo 21 de la Ley 909 de 2004 indica que “el ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente” y añade que “de no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos”, expresión esta última que fue declarada exequible por el cargo analizado en la Sentencia C-288 de 2014, y bajo el entendimiento de que el proceso de evaluación “deberá garantizar el cumplimiento de los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.

La Corte consideró que “el mecanismo de ingreso a los empleos temporales es un desarrollo de la función pública, por lo cual en relación con el mismo no existe una completa discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario se encuentra limitado por los principios de la función pública”, pues hallándose “plenamente justificado que exista un procedimiento distinto al concurso público para la provisión de los empleos temporales”, la salvaguarda del principio de eficacia “no justifica que el nominador pueda actuar de manera arbitraria y sin ningún límite en el establecimiento del procedimiento para la selección de los servidores públicos” [50] .

Agregó la Corporación que “la norma demandada no autoriza la discrecionalidad del nominador para la selección del empleado temporal, como sucedería con los empleos de libre nombramiento y remoción, pues lo limita directamente por el mérito al exigir la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos”, luego “ el fundamento de los cargos temporales no es la discrecionalidad, sino la necesidad de consagrar un procedimiento ágil que permita solucionar transitoriamente necesidades de la función pública pero que a la vez salvaguarde el debido proceso administrativo, por lo cual, la primera opción deberá ser la utilización de la lista de elegibles y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos que en todo caso respete los principios de la función pública” [51] .

La Corte puntualizó que la interpretación a la que se condiciona la exequibilidad exige el cumplimiento de ciertos parámetros, de manera que:

(i) “ para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004”, (ii) “en caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad”, (iii) “se deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad con suficiente anticipación” y (iv) “el procedimiento de selección para los empleos temporales deberá tener en cuenta exclusivamente factores objetivos como: el grado de estudios, la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar” [52] .

Así las cosas, la exclusión de la Ley 909 de 2004 para regular lo referente a los empleos temporales de la planta de la planta de personal para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República encontraba soporte siempre y cuando se entendiera que, como estaba previsto en el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, tales empleos fueran de libre nombramiento y remoción, pero resulta inconstitucional cuando se concluye, conforme se ha hecho en esta sentencia, que su régimen no es ese y que en relación con ellos debe garantizarse el mérito en las decisiones atinentes al acceso, la permanencia y el retiro para hacer efectivos los principios y derechos constitucionales en cuya realización cuenta la apreciación del mérito.

Es inconstitucional, entonces, la exclusión de lo previsto en la Ley 909 de 2004, pues siendo los empleos temporales una categoría distinta de los de carrera administrativa y de los de libre nombramiento y remoción, lo contemplado en la mencionada ley no puede evadirse en el caso de los empleos temporales de la Contraloría General de la República a los que alude el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, por cuanto esa regulación garantiza el respeto de los principios y derechos vinculados al mérito, cuya evaluación sustituye la discrecionalidad del nominador, propia del régimen de libre nombramiento y remoción.

Se impone, pues, que, como lo propone el señor Procurador General de la Nación, en el primer inciso del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014 se elimine la clasificación de los empleos allí mencionados como de libre nombramiento y

remoción y también la expresión “Por tanto, no”, en la medida en que surte el efecto, contrario a la Carta, de excluir las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004 que, según se ha visto, deben ser tenidas en cuenta, particularmente, en lo que tiene que ver con la regulación de los empleos temporales.

7. Síntesis de la providencia La actora acusó el primer inciso del artículo 39 de la Ley 1744 de 2014, por considerarlo contrario a los artículos 2º, 13, 40-7, 125 y 209 de la Constitución a causa de otorgarle a los empleos temporales de la Contraloría General de la República la condición de libre nombramiento y remoción y de excluir en relación con tales empleos las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004.

Al abordar el primer cuestionamiento, la Sala Plena reiteró la jurisprudencia constitucional que ha mantenido constantemente como pautas para identificar los empleos de libre nombramiento y remoción, de una parte, un criterio material atinente a las funciones asignadas a estos empleos que deben ser directivas, de fijación de políticas institucionales o públicas y, de la otra, un criterio subjetivo, concerniente al grado de confianza que se exige del empleado y que debe ser especial, cualificado y adicional al exigible a todo servidor público.

Al aplicar estos criterios a los empleos temporales regulados en el artículo parcialmente demandado, la Corte encontró que ninguno de los dos es predicable de estos cargos, pues en ellos no se evidencia el carácter directivo o de establecimiento de políticas públicas, ni la necesidad de un nivel de confianza especial, por lo que concluyó que no pueden estar sometidos a la discrecionalidad característica del régimen de libre nombramiento y remoción, como que respecto de ellos se debe dar lugar a la apreciación del mérito que evita el desconocimiento de los artículos 2º, 13, 40-7, 125 y 209 de la Carta, propiciado por el régimen de libre nombramiento y remoción al que injustificadamente los sometió el legislador.

Al ocuparse de la segunda cuestión, la Corporación encontró que la exclusión de las disposiciones de la Ley 909 de 2004 respecto de los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República es inconstitucional, porque soslaya la consideración del mérito, predicable de los empleos temporales que conforman una categoría especial distinta de los empleos de carrera administrativa y de los de libre nombramiento y remoción. La falta de apreciación del mérito implica violación de los artículos superiores ya invocados y, la Corte estimó que a fin de erradicar la discrecionalidad del nominador y favorecer el mérito, deben ser tenidas en cuenta las disposiciones de la Ley 909 de 2004 y, especialmente, las referentes a los empleos temporales.

VII. DECISION En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel o dependencia a los cuales pertenezcan” y “Por tanto, no”, contenidas en el artículo 39 de la Ley 1744 de 2014.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente. MARIA VICTORIA CALLE CORREA Presidenta (e) MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado Ausente LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO Magistrada JORGE IVAN PALACIO PALACIO Magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado Ausente ALBERTO ROJAS RIOS Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] Sentencia C-514 de 1994.

[2] Sentencia C-553 de 2010. [3] Ibídem. [4] Sentencia C-405 de 1995. [5] Sentencia C-315 de 2007. [6] Sentencia T-406 de 1992. [7] Sentencia C-1177 de 2001.

[8] Sentencia C-532 de 2006. [9] Sentencia C-553 de 2010. [10] Sentencia C-984 de 2010. [11] Ibídem. [12] Sentencia C-100 de 2004. [13] Ibídem.

[14] Sentencia T-422 de 1992. [15] Sentencia C-588 de 2009. [16] Sentencia C-100 de 2004. [17] Ibídem. [18] Sentencia C-1177 de 2001. [19] Sentencia C-552 de 1996.

[20] Sentencia C-1177 de 2001. [21] Sentencia C-195 de 1994. [22] Sentencia C-514 de 1994. [23] Ibídem. [24] Así por ejemplo, en las Sentencias C-405 de 1995, C-808 de 2001, C-312 de 2003 y C-553 de 2010.

[25] Sentencia C-292 de 2001. [26] Sentencias C-177 de 2001 y C-161 de 2003. [27] Sentencia C-824 de 2013. [28] Sentencias C-284 de 2011 y C-195 de 2013.

[29] Sentencia C-443 de 1997. [30] Ibídem. [31] Sentencias C-479 de 1992 y C-540 de 1998. [32] Sentencia C-443 de 1997. [33] Sentencia T-422 de 1992.

[34] Sentencias C-808 de 201 y C-195 de 1994. [35] Sentencia C-195 de 1994. [36] Sentencia C-023 de 1994. [37] Sentencia C-514 de 1994. [38] Ibídem.

[39] Sentencia C-1077 de 2001. [40] Sentencia C-901 de 2008. [41] Sentencia C-041 de 1995. [42] Sentencia C-954 de 2001. [43] Sentencia C-1381 de 2000.

[44] Ibídem. [45] Sentencia C-1265 de 2005. [46] Sentencia C-315 de 2007. [47] Sentencia C-901 de 2008. [48] Sentencia C-356 de 1994. [49] Sentencia C-288 de 2014.

[50] Sentencia C-288 de 2014. [51] Ibídem. [52] Ibídem.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 30 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.