



Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA
M.P. **LUIS ERNESTO VARGAS SILVA**
E. S. D.

1

REF: Expediente **D-10715** Demanda de inconstitucionalidad contra Ley 909 de 2004, artículo 5 numeral 2 (parcial).

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; **DIANA JIMENEZ AGUIRRE**, actuando como ciudadana y **Docente del Área de Derecho Laboral de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal conforme al auto del 12 de mayo de 2015, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 y el Decreto 2067 de 1991, presento la siguiente intervención ciudadana con respecto a las demandas de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

I. ANTECEDENTES

La ciudadana **ADRIANA XIMENA CARREÑO DONADO**, presenta demanda con radicado No. D-10715 mediante la cual pretende se declare la inconstitucionalidad del numeral 2 parcial del artículo 5 de la Ley 909 de 2004 que establece:

Artículo 5º. Clasificación de los empleos. Los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

1. Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación
2. Los de libre nombramiento y remoción que correspondan a uno de los siguientes criterios:
 - a) Los de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices así:

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; Jefes de Control Interno y de Control Interno Disciplinario o quien haga sus veces; Jefe de Oficina, Jefes de

Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

La Corte Constitucional admitió la demanda y dispuso su fijación en Lista por el término de ley, dentro del cual nos encontramos y presentamos la siguiente intervención.

II. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN DEL DEMANDANTE

El argumento base de la demanda de inconstitucionalidad lo resume el demandante de la siguiente manera:

Establece una violación al artículo 125 inciso primero de la Constitución Política ya que este artículo establece como regla general del acceso a los empleos públicos el sistema de carrera al disponer que:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley...”

Para sustentar la demanda resalta apartes de la sentencia C-553 de 2010, la sentencia C-195 de 1994, para concluir que los empleos de jefes de control interno y control interno disciplinario deben ser de carrera.

En nuestro criterio y anticipándonos a la conclusión, podemos manifestar que no compartimos los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad, puesto que no establece ni analiza la eventual materialización de la vulneración, es decir, la divergencia entre la norma acusada y el texto constitucional, ni mucho menos cuestiona la razonabilidad, proporcionalidad o finalidad de la disposición; no hay violación alguna y por consiguiente se debe declarar la EXEQUIBILIDAD de los apartes acusados.

Basamos nuestra argumentación en lo siguiente

III. FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCIÓN.

La Constitución y la Carrera Administrativa

El artículo 125 de la Carta Política de Colombia, determina que los empleos del Estado son por regla general de carrera, lo cual se confirma y desarrolla en normas legales pertinentes, como ocurre con el artículo 27 de la Ley 909 de 2004, según el cual la carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público.

Empleos de Libre Nombramiento y Remoción

El artículo 125 constitucional determina una regla general de la carrera en materia de empleos públicos, excepción hecha para los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

En el mismo sentido el artículo 5º de la Ley 909 de 2004 prevé que los empleos de los organismos y entidades regulados por la presente ley son de carrera administrativa, con excepción de:

Los de elección popular, los de período fijo, conforme a la Constitución Política y la ley, los de trabajadores oficiales y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas conforme con su legislación.

Los de Libre nombramiento y remoción.

En sentencia C-824 de 2013, la Corte Constitucional, hizo alusión a los empleos de libre nombramiento y remoción, del siguiente modo:

Al mismo tiempo, el propio constituyente dispuso, en el citado artículo 125, que pueden presentarse excepciones a la regla general de la carrera, en cuatro supuestos: a) los empleos de elección popular; b) los de libre nombramiento y remoción; c) los trabajadores oficiales; y d) los demás que determine la ley. Reiteró que la competencia para definir los cargos de esta categoría no supone una facultad absoluta que pueda terminar desvirtuando la regla general de la carrera administrativa, hasta el punto de convertirla en la excepción. La jurisprudencia constitucional ha establecido que son dos condiciones alternativas las que habilitan a clasificar por excepción, un determinado cargo como de libre nombramiento y remoción: (i) que el cargo tenga asignadas funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se definan o adopten políticas públicas; o (ii) que el cargo tenga asignadas funciones y responsabilidades que exijan un nivel especial y cualificado de confianza, adicional al que se le puede exigir a todo servidor público. En cada caso en particular, el cargo público ha de ser exceptuado de la carrera administrativa en forma específica y concreta por el legislador; no han sido admitidas por la Corte disposiciones generales aplicables en abstracto a varios cargos públicos, sino que ha exigido que tales excepciones a la carrera administrativa sean específicas, concretas y unívocas. (Sentencia C-195/94).

Potestad que tiene el legislador de configurar empleos públicos de libre nombramiento y remoción

La Corte Constitucional, en sentencia C-553 de 2010, indicó que:

La potestad que tiene el legislador para definir cargos de libre nombramiento está limitada desde dos perspectivas. La primera, relativa a que el ejercicio de la citada facultad es excepcional, por lo que solo podrá ser utilizada para determinados cargos específicos, sin que pueda convertirse en la regla general o en sucedáneo de la aplicación del régimen ordinario de carrera administrativa. La segunda, consiste en reafirmar que la definición de cargos de libre nombramiento y remoción debe responder a un criterio de razón suficiente, que para el caso objeto de análisis tiene carácter calificado, pues debe referirse a la naturaleza de las funciones del empleo o al grado de confianza que deba depositarse en el servidor público que lo ejerce.

En términos de la jurisprudencia constitucional, "(...) como base para determinar cuándo un empleo puede ser de libre nombramiento y remoción, hay que señalar en primer término que tenga fundamento legal; pero, además, dicha facultad del legislador no puede contradecir la esencia misma del sistema de carrera, es decir, la ley no está legitimada para producir el efecto de que la regla general se convierta en excepción. En segundo lugar, debe haber un principio de razón suficiente que justifique al legislador para establecer excepciones a la carrera administrativa, de

manera que la facultad concedida al nominador no obedezca a una potestad infundada. Y, por último, no hay que olvidar que, por su misma naturaleza, los empleos que son de libre nombramiento y remoción son aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometido a su permanente vigilancia y evaluación.

Por otro lado, la Ley 909 de 2004, artículo 39. Obligación de evaluar:

Los empleados que sean responsables de evaluar el desempeño laboral del personal, entre quienes, en todo caso, habrá un funcionario de libre nombramiento y remoción, deberán hacerlo siguiendo la metodología contenida en el instrumento y en los términos que señale el reglamento que para el efecto se expida. El incumplimiento de este deber constituye falta grave y será sancionable disciplinariamente, sin perjuicio de que se cumpla con la obligación de evaluar y aplicar rigurosamente el procedimiento señalado.

El Jefe de Control Interno o quien haga sus veces en las entidades u organismos a los cuales se les aplica la presente ley, tendrá la obligación de remitir las evaluaciones de gestión de cada una de las dependencias, con el fin de que sean tomadas como criterio para la evaluación de los empleados, aspecto sobre el cual hará seguimiento para verificar su estricto cumplimiento.

El Departamento Administrativo de la Función Pública en lo que respecta a este tema ha explicado que:

En la Resolución 048 de 2004 de la Contaduría General de la Nación. Dicta disposiciones relacionadas con el control interno contable y establece las funciones de la Oficina de Control Interno relacionadas con la materia.

En el Decreto 1599 de 2005. Adopta el Modelo Estándar de Control Interno para el Estado Colombiano”, estableciendo en el numeral 5.5 los roles y responsabilidades de la Oficina de Control Interno en tanto señala que es responsable por realizar la evaluación Independiente al Sistema de Control Interno y la gestión de la entidad pública, así como por el seguimiento al Plan de Mejoramiento Institucional, generando las recomendaciones correspondientes y asesorando a la Alta Dirección para su puesta en marcha.

Así mismo Decreto 153 de 2007 que modifica la fecha de presentación del Informe Ejecutivo Anual hasta el 28 de febrero. Orientaciones desde Las Normas Internacionales Por su parte, el Instituto Internacional de Auditores ha desarrollado en relación con los temas de trabajo de la Oficina de Control Interno, las normas internacionales para el ejercicio de la auditoría interna, entendida esta como la herramienta básica para el ejercicio del Control Interno.

*Se considera que la auditoría interna es una actividad independiente **y objetiva de evaluación y asesoría**, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de una entidad, ayudándola a cumplir sus objetivos y aportando un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la eficacia de los procesos de administración del riesgo, control y gestión.*

La evaluación comprende la valoración y verificación objetiva de las evidencias efectuadas por los Jefes de la Oficina de Control Interno, para proporcionar una opinión o conclusión independiente respecto de un proceso, sistema u otro asunto.

La naturaleza y el alcance del trabajo de evaluación están determinados por el Jefe de la Oficina de Control Interno.

Por lo general, existen tres partes en la evaluación: 1) la persona o grupo directamente implicado en el proceso, sistema u otro asunto, es decir, el dueño del proceso; 2) la persona o grupo que realiza la evaluación, es decir, el Jefe de la Oficina de Control Interno; y 3) la persona o grupo que utiliza la evaluación, es decir, el usuario de los resultados de la evaluación.

La asesoría, por su parte, se basa en que habitualmente se dan consejos a solicitud de la entidad. La naturaleza y el alcance del trabajo de asesoría están sujetos al acuerdo efectuado con la Alta Dirección¹.

En una sentencia reciente la Corte Constitucional² al evaluar si era constitucional que el jefe de la Oficina Asesora de Jurídica fuera un cargo de libre nombramiento y remoción estableció que:

“En cuanto a la nomenclatura y clasificación del cargo de Jefe de Oficina Asesora de Jurídica, la Resolución No. 4026 de 2009 establece que se trata de un cargo del nivel asesor, que tiene como propósito principal brindar soporte jurídico a la Secretaría General y demás áreas del Ministerio sobre temas de derecho público y privado en la legislación nacional, velar por su adecuada aplicación y coordinación la adecuada y oportuna defensa jurídica de los intereses del Ministerio de Relaciones Exteriores y de su Fondo Rotatorio adscrito, en el ámbito nacional y en las misiones colombianas acreditadas en el exterior, y los proceso de contratación y cobro coactivo de la entidad y su Fondo Rotatorio adscrito.

Como funciones esenciales, entre otras, están las de establecer, diseñar y proponer al Ministro, políticas, planes, programas y procedimientos que aseguren la adecuada y oportuna defensa jurídica de los intereses del Ministerio de Relaciones Exteriores y de su Fondo Rotatorio adscrito, en el ámbito nacional y en las misiones colombianas acreditadas en el exterior, coordinar la elaboración de los conceptos y los estudios que se requieren sobre el ordenamiento jurídico interno aplicable al Ministerio de Relaciones Exteriores, coordinar el seguimiento y análisis del comportamiento de los fallos de las autoridades judiciales nacionales relacionados con las funciones y gestión del Ministerio y proponer las políticas de prevención del daño antijurídico del Ministerio y de su Fondo Rotatorio y coordinar la preparación de los instrumentos necesarios con destino a las diferentes dependencias y misiones.

El artículo 5 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”, clasifica como excepción de la carrera administrativa los cargos de libre nombramiento y remoción de Jefes de Oficina Asesora de Jurídica y de Planeación al considerar que dichos cargos ejercen funciones de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices en la Administración Central del Nivel Nacional.

Es constitucionalmente admisible la exclusión de los cargos de Jefes de Oficina Asesora del régimen de carrera administrativa, en la medida en que en él concurren con claridad los dos elementos alternativos exigidos por la jurisprudencia constitucional:

i) Se trata de cargos del nivel asesor cuyas funciones específicas, según el artículo 5 de la Ley 909 de 200, incluyen las de dirección, conducción y orientación de la política institucional en el Ministerio de Relaciones Exteriores en relación con la

¹ Tomado de : http://portal.dafp.gov.co/form/formularios.retrieve_publicaciones?no=530

² Sentencia C-814 de 2014 MP María Victoria Sáchica

formulación de políticas y directrices institucionales y de adopción de planes programas y proyectos.

ii) Estos empleos a todas luces exigen un nivel especial y cualificado de confianza en la persona que lo ejerza, pues el grado de confidencialidad necesaria en el ejercicio de estos cargos, es inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere la ejecución de las referidas funciones”.

En atención a lo expuesto, consideramos que el legislador no excedió los límites constitucionales al excluir del régimen de carrera administrativa a los Jefes de Control interno y de control interno disciplinario, por tratarse de cargos cuya naturaleza y funciones son propias de empleos de libre nombramiento y remoción.

6

IV. SOLICITUD

Por lo expuesto anteriormente, solicitamos a la H Corte Constitucional, que declare la EXEQUIBILIDAD del artículo 5 numeral 2 (parcial) de la Ley 909 de 2004.

En los anteriores términos dejamos rendida nuestra intervención de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la ley.

De los señores Magistrados, atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correo: jkbv@hotmail.com

DIANA PATRICIA JIMÉNEZ AGUIRRE

C.C. 6671635.

Docente Facultad de Derecho Universidad Libre Bogotá

Miembro Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional