



Bogotá, D.C., 30 de mayo de 2013

**Señores
MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.**

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 128 (parcial) de la Ley 1474 de 2011, “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

Demandante: Hernán Arias Vidales

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Expediente D-9582

Concepto 5578

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, procedo a rendir concepto en relación con la demanda que, en ejercicio de su ciudadanía, presentó Hernán Arias Vidales contra algunas expresiones contenidas en el artículo 128 de la Ley 1474 de 2011, cuyo texto, con lo demandado en negrillas, es el siguiente:

LEY 1474 DE 2011

(julio 12)

Diario Oficial No. 48.128 de 12 de julio de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 128. FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Con el fin de fortalecer las acciones en contra de la corrupción, créanse dentro de la estructura de la Contraloría General de la República la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, la Unidad de Apoyo Técnico al Congreso y la Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático, las cuales estarán adscritas al Despacho del Contralor General y serán dirigidas por un Jefe de Unidad del mismo nivel de los jefes de las oficinas asesoras.



**PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION**

Procurador General

Concepto 5578

En la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, créanse once (11) cargos de Contralor delegado intersectoriales, quienes desarrollarán sus funciones con la finalidad de adelantar auditorías especiales o investigaciones relacionadas con hechos de impacto nacional que exijan la intervención inmediata de la entidad por el riesgo inminente de pérdida o afectación indebida del patrimonio público o para establecer la ocurrencia de hechos constitutivos de responsabilidad fiscal y recaudar y asegurar las pruebas para el adelantamiento de los procesos correspondientes.

La Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes estará conformada por servidores públicos de la planta de personal de la entidad, asignados en misión a la misma, y tendrá como función principal la promoción e implementación de tratados, acuerdos o convenios con entidades internacionales o nacionales para obtener el intercambio de información, pruebas y conocimientos por parte de personal experto o especializado que permita detectar bienes, cuentas, inversiones y otros activos de personas naturales o jurídicas investigadas o responsabilizadas por la causación de daños al patrimonio público para solicitar el decreto de medidas cautelares en el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal y de cobro coactivo o en las acciones de repetición.

La Unidad de Apoyo Técnico al Congreso prestará asistencia técnica a las plenarias, las comisiones constitucionales y legales, las bancadas parlamentarias y los senadores y representantes a la Cámara para el ejercicio de sus funciones legislativa y de control político, mediante el suministro de información que no tenga carácter reservado, el acompañamiento en el análisis, evaluación y la elaboración de proyectos e informes especialmente en relación con su impacto y efectos fiscales y presupuestales, así como la canalización de las denuncias o quejas de origen parlamentario.

La Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático prestará apoyo profesional y técnico para la formulación y ejecución de las políticas y programas de seguridad de los servidores públicos, de los bienes y de la información de la entidad; llevará el inventario y garantizará el uso adecuado y mantenimiento de los equipos de seguridad adquiridos o administrados por la Contraloría; promoverá la celebración de convenios con entidades u organismos nacionales e internacionales para garantizar la protección de las personas, la custodia de los bienes y la confidencialidad e integridad de los datos manejados por la institución.

*Para los efectos anteriores, créanse dentro de la planta global de la Contraloría General de la República dos cargos de director grado 03, cinco (5) cargos de profesional universitario grado 02 y tres (3) cargos asistenciales grado 04, **de libre nombramiento y remoción.***

Para la vigilancia de los recursos públicos de la Nación administrados en forma desconcentrada en el nivel territorial o transferidos a las entidades territoriales y sobre los cuales la Contraloría General de la República ejerza control prevalente o concurrente, organícense en cada departamento gerencias departamentales colegiadas, conformadas por un gerente departamental y no menos de dos

contralores provinciales. Con la misma estructura, organícese para el Distrito Capital una gerencia distrital colegiada.

El número de contralores provinciales a nivel nacional será de 75 y su distribución entre las gerencias departamentales y la distrital la efectuará el Contralor General de la República en atención al número de municipios, el monto de los recursos auditados y nivel de riesgo en las entidades vigiladas.

Las gerencias departamentales y Distrital colegiadas, serán competentes para:

a) Elaborar el componente territorial del plan general de auditoría de acuerdo con los lineamientos fijados por el Contralor General de la República y en coordinación con la Contralorías delegadas;

b) Configurar y trasladar los hallazgos fiscales;

c) Resolver las controversias derivadas del ejercicio del proceso auditor;

d) Determinar la procedencia de la iniciación de los procesos de responsabilidad fiscal y del decreto de medidas cautelares;

e) Las demás que establezca el Contralor General de la República por resolución orgánica.

PARÁGRAFO 1o. Para los efectos previstos en este artículo, los servidores públicos de la Contraloría General de la República que tengan la calidad o ejerzan la función de contralores delegados, contralores provinciales, directores, supervisores, coordinadores, asesores, profesionales o tecnólogos podrán hacer parte de los grupos o equipos de auditoría.

PARÁGRAFO 2o. Los gastos que demande la aplicación de lo dispuesto en el presente artículo serán atendidos con los recursos del presupuesto de la respectiva vigencia y para el año 2011 no implican una erogación adicional. La Contraloría General de la República efectuará los traslados necesarios.

1. Planteamientos de la demanda

El demandante considera que las expresiones acusadas vulneran el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 13, 40 y 125 de la Constitución Política. Para estructurar el concepto de violación el actor propone los siguientes argumentos:

En primer lugar, considera que las expresiones demandadas desconocen el preámbulo y los artículos 1 y 2 Superiores, ya que la norma al establecer en forma “indiscriminada” la provisión de cargos por fuera del sistema de méritos, deja abierta la posibilidad que los nombramientos se realicen guiados por intereses personales ajenos al servicio público y el interés general. En estos términos, concluye en su

demanda que “(...) *se hace nugatoria la normatividad constitucional que prevé que el orden social justo, la dignidad humana, la efectividad de los derechos, LA IMPARCIALIDAD en toda actuación judicial (sic), la igualdad de armas en una investigación (como fines del Estado) que en cabeza de los ciudadanos colombianos en ejercicio, tienen la expectativa de ocupar cargos en la administración pública*”.

Luego de hacer algunas consideraciones generales sobre el modelo de control fiscal adoptado por la Carta de 1991, y algunas otras sobre la erradicación de ciertas prácticas clientelistas, el demandante aduce que la norma acusada afecta gravemente la independencia de la Contraloría General de la República, pues “(...) *la asignación de más de 400 empleos que en la práctica son de libre nombramiento y remoción, [constituye una] situación anómala y contraria al espíritu democrático, pluralista y participativo en la administración pública*”.

Continuando con su exposición, el actor solicita a la Corte Constitucional que se tengan en cuenta elementos tanto normativos como fácticos con el propósito de determinar la constitucionalidad de las normas demandadas. En este sentido, expresa que es preciso estudiar las disposiciones normativas contenidas en el Decreto Ley 1539 de 2012, por medio del cual se crean algunos empleos transitorios cuya provisión está fuera del sistema de méritos; por otro lado, aduce que algunas declaraciones de la Contralora General de la República son anómalas, porque “ (...) *es manifiesta la repartición de cuotas burocráticas con la participación del legislativo y nominador del Ente de Control (sic) de los empleos que se han creados, **todos en la práctica**, de libre nombramiento y remoción*” (subraya y negrillas en el texto); por último, considera que la suspensión de la normativa existente en la Contraloría, la cual establecía como criterios de ingreso a los cargos factores como la experiencia, el perfil académico, entre otras, constituye una “*extraña coincidencia*”

En segundo lugar, arguye que los apartes demandados vulneran el principio de igualdad establecido en el artículo 13 Superior, como quiera que el legislador desconoció dicho mandato al prever que los cargos creados por el artículo demandado son de libre nombramiento y remoción, sin justificar las razones para tal decisión. Así las cosas, y a juicio del accionante, la previsión legislativa desconoce, de una parte, la regla general de provisión de cargos mediante criterios de mérito y, de otra, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad a cargos en la administración pública.

El acceso en condiciones de igualdad para cargos públicos, entiende la demanda, no solo encuentra sustento en los mandatos de derecho interno, sino en distintos tratados internacionales de los que se derivan mandatos concretos de imperioso cumplimiento, los que también fueron desconocidos por el legislador al establecer una provisión general de cargos violando tanto la Carta como dichos tratados públicos.

Por último, y reiterando lo planteado a lo largo de la demanda, el actor argumenta que la disposición demandada desconoce el artículo 125 constitucional, dado que el legislador invirtió la regla general del mérito como forma de provisión de los cargos en la administración pública, circunstancia evidente, ya que dicha excepción carece de una justificación específica, concreta y unívoca.

Desde esta perspectiva, indica que la misma norma adolece de algunas contradicciones internas, de ahí que no sea posible saber cuál es la forma de provisión de algunos de los empleos -Jefe de Unidad y Contralor Intersectorial y Contralores provinciales-, ya que su inclusión como cargos de libre nombramiento y remoción no los excluye *per se* del régimen general de provisión por mérito, además de no ofrecer

justificación alguna para que los cargos de profesional universitario y cargos asistenciales sean provistos fuera del sistema de mérito.

Para concluir, analiza unidades específicas al interior de la Contraloría General de la República, en particular las de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes y la Unidad de apoyo Técnico al Congreso, de cuyo análisis concluye que no hay justificaciones para que los cargos creados para el funcionamiento de dichas unidades, estén fuera del sistema de carrera previsto en la normativa constitucional.

2. Problema jurídico

2.1 Cuestión previa: precisión sobre el problema jurídico objeto del debate

Como se sintetizó con anterioridad, el demandante en su escrito propone que “[s]i bien es cierto, la norma acusada corresponde al artículo 128 de la Ley 1474, respetuosamente solicito que el cargo formulado se analice con el contexto que le imprime al cargo formulado lo siguiente...”. En este orden de ideas, el demandante solicita se tengan en cuenta normas como el Decreto-Ley 1539 de 2012 y la Resolución Reglamentaria 152 de 2011, así como declaraciones efectuadas por la Contralora General de la República acerca de la forma de provisión de ciertos cargos dentro de la estructura de los organismos de control. En cuanto al Decreto-Ley referenciado, la Corte carece de competencia para pronunciarse, en la medida en que el control de constitucionalidad contra este tipo de actos se activa siempre y cuando se haya presentado una demanda, excluyendo la posibilidad de control oficioso por parte de la Sala¹; en lo que tiene que ver con la Resolución

¹ Sobre el particular, la Corte en la Sentencia C-055 de 2013, expuso que “Interpretando el alcance de las funciones contenidas en los numerales 4° y 5° del artículo 241 de la Carta, la jurisprudencia ha dejado claro que, frente a las leyes y decretos con fuerza de ley, la Constitución no consagra un sistema de control constitucional oficioso sino rogado, en el sentido que éste solo se entiende activado a través de la presentación de la respectiva demanda de inconstitucionalidad,

Reglamentaria 152 de 2011, ocurre lo propio, pues la Corte carece, *prima facie*, de competencia para pronunciarse sobre un acto administrativo en ejercicio de competencias típicamente administrativas; por último, las declaraciones de funcionarios públicos, a pesar de su jerarquía, no son razones jurídico-constitucionales admisibles para realizar un control formal o material de una determinada norma jurídica.

No obstante, en la demanda se formula un cargo concreto de inconstitucionalidad de las expresiones contenidas en la norma demandada, el cual se centra en determinar si es compatible o no con la Carta Política.

2.2 Formulación del problema jurídico

De conformidad con lo expuesto, el problema jurídico puede formularse de la siguiente forma:

¿La previsión normativa contenida en el artículo 128 de la Ley 1474 de 2011, según la cual, son de libre nombramiento y remoción los cargos de director grado 03, de profesional universitario 02 y asistenciales grado 04, vulnera los artículos 1, 2, 4, 13, 40 y 125 de la Constitución Política?

3. Análisis jurídico

La provisión de cargos por conducto del sistema de carrera administrativa constituye, desde una perspectiva constitucional, la regla general para el ingreso a los cargos en la administración pública, razón por la cual la Corte² ha sostenido que el legislador carece de plena libertad para variar la regla de acceso a los empleos por conducto de la

constituyéndose ésta en un requisito indispensable de activación del referido proceso”.

² Sobre el punto: Corte Constitucional, Sentencias C-479 de 1992, C-356 de 1994, C-195 de 1994, C-095 de 1995, C-588 de 2009.

utilización de otros medios de vinculación, como son los empleos de libre nombramiento y remoción.

Con el fin de evaluar la constitucionalidad de algunas de las excepciones a la regla general de provisión de empleos por medio de la carrera administrativa, la jurisprudencia³ ha determinado ciertas condiciones que constituyen razones plausibles para justificar razonablemente la existencia de empleos de libre nombramiento y remoción, así: (i) la naturaleza y funciones del cargo deben “ (...) *desarrollar un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adopten políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades*”⁴; (ii) el cargo de libre nombramiento y remoción implica de suyo un grado de confianza pleno y total que se concreta en el “ (...) *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*”⁵. En cuanto al cumplimiento de estas condiciones, la jurisprudencia de la Corte ha determinado que el cumplimiento de uno de ellos habilita al legislador para determinar el empleo como de libre nombramiento y remoción⁶.

Bajo los anteriores criterios se analizarán los cargos de la demanda, así:

³ Sobre estos criterios: Corte Constitucional, Sentencias C-514 de 1994, C-292 de 2001, C-808 de 2001, entre otras.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-448 de 2011.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-514 de 1994.

⁶ Sobre el particular la Sentencia C-284 de 2011 estableció que “[e]n síntesis, son dos las condiciones -alternativas, no copulativas- que habilitan al Legislador para clasificar un determinado cargo público como de libre nombramiento y remoción, ambas referidas a la naturaleza y funciones de cada cargo en particular: (1) Que el cargo tenga asignadas funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se definan o adopten políticas públicas; o (2) 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”.

La norma demandada creó varias Unidades⁷ adscritas al despacho del Contralor General de la República, para lo cual dispuso la constitución de los siguientes empleos: “*dos cargos de director grado 03, cinco (5) cargos de profesional universitario grado 02 y tres (3) cargos asistenciales grado 04*”, los cuales son de libre nombramiento y remoción.

De conformidad con la norma demandada y la estructura orgánica de la Contraloría General de la República, la Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático, adscrita al Despacho del Contralor, está dividida en la Dirección de Seguridad y la Dirección de Aseguramiento Tecnológico e Informático. En estas direcciones prestan sus servicios los directores a que se refiere la norma demandada.

En primer lugar, al Sistema de Nomenclatura y Clasificación de los cargos en la Contraloría General de la República, se encuentra regulado en el Decreto Ley 269 de 2000, el cual establece, en su artículo 4º que corresponde al nivel directivo “*(...) el desempeño de funciones de dirección general, de formulación de políticas y adopción de planes, programas y proyectos*”. Por consiguiente, el cargo de “*director*”, conforme a sus funciones generales derivadas de su pertenencia a dicho nivel, *prima facie*, coinciden con aquellas que pueden ser objeto de excepciones a la regla general de provisión de cargos por conducto de la carrera administrativa.

No obstante, lo anterior no es suficiente para justificar, para cargos de nivel directivo, la exclusión de ciertos cargos de la regla general de provisión. Como complemento del análisis de las funciones generales,

⁷ Estas son: la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción, la Unidad de Cooperación Nacional e Internacional de Prevención, Investigación e Incautación de Bienes, la Unidad de Apoyo Técnico al Congreso y la Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático, las cuales estarán adscritas al Despacho del Contralor General y serán dirigidas por un Jefe de Unidad del mismo nivel de los jefes de las oficinas asesoras.

las de carácter específico son un buen indicador adicional para determinar justificaciones a excepciones a la regla establecida en el artículo 125 de la Carta.

Las funciones específicas, establecidas en la Resolución 205 de 2012⁸, de la Dirección de Seguridad, se relacionan con materias conexas con el aseguramiento, tanto de los bienes del organismo de control como de los funcionarios de la Contraloría y, particularmente, del Contralor General de la República. En este contexto, se concluye que las mismas implican, en forma general, atribuciones de manejo u orientación en las que se adopten políticas o directrices para la entidad, como por ejemplo la establecida en el numeral 1º, conforme a la cual corresponde a la Dirección “[d]irigir y Adoptar las Políticas, Planes, Programas y estrategias para el desarrollo de la seguridad en el cumplimiento de la misión organizacional de la Contraloría General de la República.”.

Con respecto a la existencia de confianza para el ejercicio de las funciones del empleo *sub examine*, esta Jefatura considera que la

⁸ El artículo 5 de dicha resolución dispone que son funciones de la Dirección de Seguridad las siguientes: “1. Dirigir y Adoptar las Políticas, Planes, Programas y estrategias para el desarrollo de la seguridad en el cumplimiento de la misión organizacional de la Contraloría General de la República. 2. Proponer medidas adecuadas de conformidad con normas legales vigentes, tendientes a garantizar la seguridad de los servidores públicos de la Contraloría General de la República, cuando por razones de seguridad sea necesario, para lo cual la entidad deberá disponer de los recursos humanos y físicos que se requieran. 3. Participar en los estudios que se requieran para garantizar la seguridad del Contralor General de la República y demás servidores de la entidad. 4. Coordinar con las oficinas pertinentes la debida y eficaz prestación de los servicios de seguridad de los edificios y bienes e información recolectada y emitida por la Contraloría General de la República. 5. Presentar y hacer seguimiento a los convenios celebrados con organismos nacionales o internacionales, tendientes a garantizar la protección de los servidores públicos, los bienes e información de la entidad. 6. Brindar apoyo en la política de protección y custodia de la documentación general de la Contraloría General de la República. 7. Responder por el inventario de los equipos de seguridad adquiridos o administrados por la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la responsabilidad adquirida por cada funcionario responsable del bien en cada dependencia. 8. Apoyar los procesos transversales de la Entidad, de acuerdo con las normas legales vigentes para dar cumplimiento a la Misión de la Contraloría. 9. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo”.

misma es inherente a las funciones del cargo al menos por dos razones: (i) desde el punto de vista del aseguramiento de los bienes, las competencias asignadas al director requieren un grado de confianza cualificado, pues, por ejemplo, el aseguramiento de la información en la Contraloría supone un acceso permanente a datos reservados de ésta que están ligados al ejercicio de sus funciones misionales; (ii) así mismo, respecto del aseguramiento de los funcionarios, resulta de particular relevancia la función que le asigna al director de participar en los estudios de seguridad del Contralor, lo que razonablemente requiere un grado de confianza mayor que el ordinario.

Desde esta misma óptica, similares consideraciones pueden concluirse de las funciones⁹ asignadas a la Dirección de Aseguramiento

⁹ Las funciones del director de aseguramiento tecnológico e informático, de conformidad con el artículo 6 de la resolución citada, son las siguientes: “1. Dirigir y adoptar las Políticas, Planes, Programas y estrategias para el desarrollo del aseguramiento tecnológico e informático en el cumplimiento de la misión organizacional de la Contraloría General de la República. 2. Proponer directrices que propendan por la protección de la información digital o las contenidas en herramientas electrónicas o dispositivos de almacenamiento de información y sus diferentes actividades administrativas con el fin de salvaguardar la información, los sistemas de información, el hardware, o dispositivos de almacenamiento de información y las redes con el fin de garantizar la disponibilidad, integridad, confidencialidad y su autenticación de acuerdo con las normas legales vigentes. 3. Proponer mecanismos y apoyar la ejecución de procedimientos relacionados con la protección de la información y de los dispositivos de almacenamiento que la contienen y apoyar su ejecución. 4. Proponer vínculos de cooperación interinstitucional con entidades y organismos nacionales e internacionales para garantizar la protección de la información y/o que administren recursos documentales o informáticos, en áreas temáticas afines o complementarias a las de la entidad de acuerdo con las normas legales vigentes. 5. Brindar apoyo para la protección de la información contenida en la infraestructura computacional y todo lo relacionado con esta, que comprende software, base de datos, metadatos, archivos, hardware, dispositivos de almacenamiento de información y todo lo que la organización haya incautado y valores (activo) que sirva como pruebas en los procesos que lleve la Contraloría General de la República. 6. Llevar el inventario de todo lo relacionado con la seguridad tecnológica e Informática, software, base de datos, metadatos, archivos, hardware, dispositivos de almacenamiento de Información de la Contraloría General de la República. 7. Establecer políticas y mecanismos para garantizar la seguridad de la Información de cada dependencia. 8. Apoyar los procesos transversales de la entidad de acuerdo con las normas legales vigentes, para dar cumplimiento a la Misión de la Contraloría. 9. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo”.

Tecnológico e Informático, como quiera que éstas se refieren a la fijación de directrices, entre otras, en materia de procesamiento, registro, almacenamiento y protección de la información, con el fin de garantizar su disponibilidad, integridad, confidencialidad y su autenticación de acuerdo con las normas legales vigentes; lo que de suyo implica la fijación de orientaciones institucionales concretas. Con relación al grado de confianza respecto del nominador al funcionario, resulta razonable que, por ejemplo, la protección y confidencialidad de la información reservada demande un grado de confianza cualificado.

En estos términos, el Ministerio Público concluye que existen razones suficientes para excluir los cargos analizados de la regla de la carrera administrativa.

En segundo lugar, y con relación al cargo de profesional universitario, el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de los cargos en la Contraloría General de la República establece, en su artículo 4º que corresponde al nivel profesional *“(...)funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley”*.

El cargo de *“profesional universitario grado 02”*, conforme a sus funciones generales derivadas de su pertenencia al nivel profesional, no coincide con aquellas que pueden ser objeto de excepciones a la regla general de provisión de cargos por conducto de la carrera administrativa, por cuanto ninguna función de manejo u orientación que se concrete en la fijación de políticas están asignadas a ese nivel.

A juicio de esta Vista Fiscal no se requiere un análisis concreto de ciertas funciones específicas para concluir que al cargo de profesional especializado no le están asignadas competencias en la fijación de políticas o directrices de la entidad, pues como se derivaba de las

Resoluciones Reglamentarias 135 de 2011 y 173 de 2012¹⁰, , las funciones allí asignadas son puramente administrativas y consisten, desde una perspectiva general, en la prestación de apoyo y en la participación en tareas concretas de las unidades. Si bien las resoluciones citadas están aparentemente derogadas, las mismas constituyen un parámetro adecuado para determinar la naturaleza de las funciones asignadas al empleo. En cualquier caso, las regulaciones que sobre funciones de los empleos se expidan con posterioridad deben responder a los criterios establecidos por el Decreto-Ley 269 de 2000, en cuanto dicha norma establece las competencias que, genéricamente, le corresponde a los cargos.

Por último, y con relación al cargo de asistente de seguridad, el Sistema de Nomenclatura y Clasificación de los cargos en la Contraloría General de la República, en su artículo 4º establece que corresponde al nivel asistencial *“(...) funciones [que] implican el ejercicio de actividades de orden operativo y/o administrativo, complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, o de labores caracterizadas por el predominio de actividades manuales o tareas de ejecución”*.

¹⁰ El artículo 11 del citado acto administrativo establecía como funciones del cargo: “1. Participar en la implementación de los planes, programas, proyectos misionales y transversales que demanden la entidad y la ley para contribuir al mejoramiento institucional. 2. Contribuir en la elaboración de las metodologías de trabajo, requeridas para el desarrollo de las actividades y funciones de dependencia, para contribuir al logro de los objetivos de la dependencia. 3. Plantear procedimientos basados en tecnologías informáticas, que contribuyan al mejoramiento de los sistemas de la dependencia. 4. Apoyar junto con los diferentes grupos de trabajo, sobre los informes preliminares y finales de las auditorías y demás trabajos, para realizar los ajustes pertinentes y contribuir con la política de calidad institucional. 5. Realizar los estudios e investigaciones competencia de la dependencia para contribuir a promover la cultura de autocontrol en los funcionarios de la Entidad. 6. Apoyar al superior jerárquico en los asuntos jurídicos competencia de la dependencia, con el fin de contribuir al cumplimiento de los objetivos de la Entidad. 7. Participar en la implementación de los indicadores de gestión del área, para determinar el cumplimiento de los objetivos de la dependencia. 8. Participar en la implementación de los planes, programas, proyectos misionales y transversales que demanden la entidad y la ley, para contribuir al mejoramiento institucional. 9. Elaborar los informes y documentos de gestión que le requieran, para garantizar los objetivos de la dependencia. 10. Realizar las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo para cumplir con los objetivos de la dependencia”.

El cargo de “*asistente de seguridad*”, conforme a sus funciones generales derivadas de su pertenencia al nivel asistencial, carece de cualquier elemento mínimo que permita calificar sus funciones generales como de dirección u orientación. Por el contrario, sus competencias están circunscritas a labores operativas donde predominan actividades manuales.

Lo propio ocurre con las funciones específicas¹¹, establecidas en la Resolución 135 de 20011, al parecer derogada, pues aunque algunas de ellas se refieren a la participación en la fijación de políticas de la entidad, éstas no se relacionan con la adopción de políticas propiamente dichas, dado que es claro que el asistente de seguridad participa, a lo sumo, en aquella fijación. De otra parte, es claro que la relación con la seguridad de los funcionarios y los bienes de la entidad requiere, sin duda, un grado de confianza relativamente alto, pero ello no implica que el “(...) *manejo de información* [que] *pueda representar algún riesgo a los directivos*” deba ser excluido del régimen de carrera, como quiera que muchos empleos requieren de un grado de confidencialidad importante y, no por ello, pueden desconocer la regla general de la carrera administrativa. Ahora bien, al igual que con el análisis de las funciones del caso anterior, y teniendo en cuenta que la

¹¹ Las funciones del cargo de asistente de seguridad son las siguientes: 1. *Participar en la adopción de las políticas, planes, programas y estrategias para el desarrollo y cumplimiento de la misión organizacional de la Contraloría General de la República.* 2. *Colaborar con el cumplimiento de los objetivos y metas de la Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático.* 3. *Mantener la reserva y la confidencialidad en las estrategias de desplazamiento y coordinar el mismo con los encargados de seguridad y prevención.* 4. *Ejercer con suma confianza las funciones de manejo de información de la cual conozca y que pueda representar algún riesgo a los directivos.* 5. *Apoyar al Jefe de la Unidad de Seguridad y Aseguramiento Tecnológico e Informático en los temas relacionados con las actividades de Seguridad y prevención a desarrollar de acuerdo con las normas legales vigentes.* 6. *Responder por el uso adecuado y mantenimiento de los equipos de seguridad adquiridos o administrados por la Contraloría General de la República.* 7. *Participar en la implementación de los planes, programas, proyectos misionales y transversales que demande la Entidad y la ley, para contribuir al mejoramiento institucional.* 8. *Prevenir y prever la seguridad y tranquilidad del dignatario a cargo en cumplimiento de la misión Institucional.* 9. *Mantener el orden y hacer cumplir las normas de seguridad en eventos públicos y dentro de la Entidad.* 10. *Las demás que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo.*

resolución citada puede estar derogada, las regulaciones posteriores deben responder a los criterios establecidos por el Decreto-Ley 269 de 2000, en cuanto dicha norma establece las competencias que, genéricamente, le corresponde a los cargos.

Por último, podría argumentarse, como lo sostienen algunos intervinientes en el presente proceso, que la vinculación directa de dichos cargos al Despacho del Contralor General de la República, sería razón suficiente para su provisión prescindiendo del régimen general del mérito; no obstante, esta postura ha sido analizada por la Corte Constitucional, entre otras, en la Sentencia C-405 de 1995, que expuso sobre el particular:

*Ahora bien, por lo que se refiere al último inciso del mencionado artículo, que coloca al personal que depende directamente de los despachos del Contralor General, y Vicecontralor, Secretario General, Secretario Administrativo y el Auditor General, en condiciones de libre nombramiento y remoción, **la Corte encuentra que es inexecutable, pues en todo caso los servidores vinculados directamente a sus despachos, constituyen un personal que no participa en la adopción de la política de la entidad ni en la definición de situaciones en las que se comprometa la orientación de la misma**, y en todo caso su vinculación no requiere de los niveles de confianza laboral necesaria como para ser ubicado por fuera del marco general y prevalente de la carrera.*

La Corte reafirma la prevalencia de la regla general de la carrera administrativa y admite que sólo por excepción es posible la exclusión legal de algunos funcionarios o servidores públicos cuando se presente este tipo de relación de confianza o de intuitu personae o de las responsabilidades de dirección, como se advierte en este fallo. Estas consideraciones, desde luego, comprenden a los niveles, asesor, ejecutivo, técnico administrativo y operativo y auxiliar, que trabajan de forma permanente en los despachos de los mencionados funcionarios directivos de la entidad, que por regla general son de carrera, y que en dichos grados y a la luz de la Constitución Política deben proyectar niveles óptimos de profesionalismo y rendimiento técnico que se expresan en las reglas de la carrera. (Negritas fuera del texto).

En consecuencia, el Ministerio Público considera que los cargos de profesional universitario y asistente de seguridad no pueden ser provistos prescindiendo del régimen de carrera administrativa como fórmula constitucional de provisión de cargos, lo que vulnera no

solamente el antedicho sistema, sino el principio de igualdad¹² consagrado en el artículo 13 de la Carta.

4. Conclusión

El Ministerio Público solicita a la Corte que declare **EXEQUIBLE** la facultad de libre nombramiento y remoción con respecto a los cargos de director grado 03 por los cargos analizados en la presente demanda; y que declare **INEXEQUIBLE** la facultad de libre nombramiento y remoción con respecto a los cargos de profesional universitario grado 02 y los cargos asistenciales grado 04 objeto de análisis en el presente proceso.

Señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

GMR/DFYM

¹²Sobre la relación entre la carrera administrativa y la igualdad ha precisado la Corte Constitucional en la Sentencia C-195 de 1994 que: “Con el sistema de carrera se realiza más la igualdad, por cuanto el merecimiento es la base sobre la cual el empleado ingresa, permanece, asciende o se retira del empleo. Pero, como lo ha reiterado esta Corporación, la igualdad no implica una identidad absoluta, sino la proporcionalidad. Es decir, en virtud del merecimiento hay una adecuación entre el empleado y el cargo, sin interferencias ajenas a la eficiencia y eficacia. Esta forma de igualdad, que es la propia del sistema de carrera, supone la equivalencia proporcional. Lo debido al empleado se determina en relación a la capacidad exigida por el cargo y a la relación de los empleados con dichas exigencias. Lo que mide la igualdad en el sistema de carrera es la proporción entre los distintos empleados y las calidades requeridas para el cargo. Por tratarse de una igualdad o equivalencia, esa igualdad se determina por medidas objetivas, pero no debe pensarse que es posible establecer matemáticamente el valor de las cosas entre sí. ¿Cómo se fija la equivalencia? al no haber criterios naturales, los criterios son necesariamente convencionales: la estimación de las condiciones del candidato y el merecimiento de éste. En la carrera administrativa, obviamente, hay diversidad de funciones, que lleva consigo la diferente participación en el seno de la entidad. En definitiva es a cada uno según su merecimiento, como se ha esbozado. Es evidente que la capacidad señala límites, en cuanto nadie puede estar obligado por encima de sus fuerzas y aptitudes laborales”.