



PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

PROCURADURÍA 169 JUDICIAL I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS

Doctor
JOSÉ IGNACIO MADRIGAL ALZATE
Juez Tercero Administrativo Oral de Medellín
E.S.D.

REFERENCIA: Radicado : 003- 2019-00357-00
Accionante : Juan David Taborda Rave y otro
Demandado : Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia
Medio de Control : Cumplimiento

Obrando como Procuradora 169 Judicial I para Asuntos Administrativos, por medio del presente escrito, presento concepto de fondo el asunto de la referencia.

Los **hechos** que dan origen a la controversia, pueden resumirse así:

1. El Señor Lorenzo Portocarrero Sierra es profesor de planta del Tecnológico de Antioquia, desde el primero (01) de febrero de 1993. Igualmente, a partir del 12 de noviembre de 2008 y de manera ininterrumpida hasta la fecha, ha fungido como rector de esa institución, por haber sido elegido por el Consejo Directivo para períodos de cuatro (04) años; el período correspondiente a la última elección finalizará el 14 de noviembre de 2020, según acta de posesión del 0 de noviembre de 2016.
2. Para desempeñar el cargo de rector le han sido concedidas tres (03) comisiones administrativas, sin que perdiera la calidad de docente vinculado, por lo tanto, durante más de once (11) años se ha encontrado en condición de comisión administrativa, sin desempeñar funciones como docente y sin perder ésta calidad.
3. El demandante solicitó a la Institución educativa, dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 26 de la ley 909 de 2004 y en consecuencia declare la

vacancia del cargo de docente, actualmente ocupado por el señor Portocarrero Sierra y se proceda a proveerlo de forma definitiva, de acuerdo a procedimiento establecido.

4. El Tecnológico de Antioquia –Institución Universitaria – es un establecimiento público adscrito al departamento de Antioquia, creado mediante ordenanza 262 de 1979. Su naturaleza jurídica es de Institución Universitaria de Educación Superior del orden Departamental, según ordenanza 24 del 15 de septiembre de 2006 y resolución 3612 del 4 de julio de 2006, expedida por el Ministerio de Educación nacional.

5. La **disposición presuntamente incumplida** es la siguiente:

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.”

“ARTÍCULO 26. COMISIÓN PARA DESEMPEÑAR EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN O DE PERÍODO. Los empleados de carrera con evaluación del desempeño sobresaliente, tendrán derecho a que se les otorgue comisión hasta por el término de tres (3) años, en períodos continuos o discontinuos, pudiendo ser prorrogado por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o por el término correspondiente cuando se trate de empleos de período, para los cuales hubieren sido nombrados o elegidos en la misma entidad a la cual se encuentran vinculados o en otra. En todo caso, la comisión o la suma de ellas no podrá ser superior a seis (6) años, so pena de ser desvinculado del cargo de carrera administrativa en forma automática.

Finalizado el término por el cual se otorgó la comisión, el de su prórroga o cuando el empleado renuncie al cargo de libre nombramiento y remoción o sea retirado del mismo antes del vencimiento del término de la comisión, deberá asumir el empleo respecto del cual ostenta derechos de carrera. De no cumplirse lo anterior, la entidad declarará la vacancia de este y lo proveerá en forma definitiva. De estas novedades se informará a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En estos mismos términos podrá otorgarse comisión para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción o de período a los empleados de carrera que obtengan evaluación del desempeño satisfactoria.

Los **fundamentos de derecho** que sustentan el ejercicio del medio de control, son en resumen los siguientes:

6. El señor Portocarrero Sierra tiene la calidad de servidor público, como rector del tecnológico de Antioquia, por ser ésta una Institución de Educación Superior del orden departamental y por desempeñar un cargo administrativo en ella.

7. El art. 3 de la Ley 909 de 2004, al regular el campo de aplicación de este cuerpo normativo, incluye al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

8. para el demandante el Tecnológico de Antioquia no es un ente universitario autónomo por las siguientes razones: i) En el acto de creación (Ordenanza 00262 de 1979) se delimitó como un establecimiento público adscrito al Departamento de Antioquia y posteriormente a través de la ordenanza 24 del 15 de septiembre de 2006, se determinó su naturaleza jurídica como Institución Universitaria, no como Universidad. ii) la autonomía universitaria, consagrada en el art. 69 de la C.P. es una garantía solo establecida para las Universidades y no se extiende a las Instituciones Universitarias, para quienes en virtud de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley 30 de 1992, solo estará determinada por su campo de acción y de acuerdo a lo establecido en la misma Ley. iii) El art. 57 de la Ley 30 de 1992 regula la configuración de la Universidad estatales y sus atributos, precisando que son entes autónomos de los demás organismos descentralizados, mientras que en el párrafo, se hace la diferenciación con las Instituciones oficiales de educación superior, no universidades estatales, para las que se determina la naturaleza jurídica de establecimientos públicos del orden nacional, departamental o municipal, según el caso.

9. Careciendo el Tecnológico de Antioquia de autonomía universitaria, su personal administrativo se encuentra cobijado por la ley 909 de 2004, según la cual, los empleados de carrera no pueden permanecer en comisión por más de 6 años (art. 26), so pena de ser desvinculados, de forma automática, del cargo de carrera administrativa. Esta consecuencia jurídica es la que la Institución Universitaria no ha cumplido, estando en el deber de hacerlo en relación con el señor Lorenzo Portocarrero Sierra, quien por más de 11 años consecutivos ha estado en comisión para ejercer un cargo de período.

10. Sostiene el demandante, que el ejercicio del presente medio de control es el diseñado por el ordenamiento jurídico para hacer cumplir el art. 26 de la Ley 909 de 2004.

11. Las **pretensiones** son en resumen las siguientes: i) Que se declare que el Tecnológico de Antioquia ha omitido el cumplimiento del deber regulado en el art. 26 de la Ley 909 de 2004, por no declarar la vacancia del cargo de docente de

planta ocupado por el señor Lorenzo Portocarrero Sierra. li) Se ordene al representante legal del Tecnológico de Antioquia, declare la vacancia del cargo ocupado por el señor Lorenzo Portocarrero Sierra y se proceda de forma definitiva, de conformidad con el procedimiento establecido.

El Tecnológico de Antioquia - Institución Universitaria contestó la demanda, se opuso a las pretensiones, con los siguientes argumentos:

12. La Ordenanza 24 de 2006, define la naturaleza jurídica de la institución como como de educación superior y la ubica como institución universitaria, de conformidad con lo establecido en el art. 57 de la Ley 30 de 1992, siendo por ello una Institución de Educación Superior, con autonomía universitaria de conformidad con el art. 69 C.P. y la ley 30 de 1992, por lo que puede adoptar sus propios reglamentos y estatutos.

Al señor Portocarrero Sierra le es aplicable el Acuerdo 04 de 2014, por el cual se expide el estatuto profesoral, por tener la calidad de docente de tiempo completo. Dicho Acuerdo fue derogado por el 003 del 18 de junio de 2019.

13. Los empleados públicos que integran la estructura administrativa del Tecnológico de Antioquia, se encuentra regidos por la ley 909 de 2004, no así, los docentes inscritos en el escalafón de carrera, a quienes les es aplicable el régimen especial contenido en el Acuerdo 04 de 2014 y el 003 de 2019, según la fecha de los hechos relevantes.

14. La naturaleza jurídica del Tecnológico es de Establecimiento Público como Institución de Educación Superior y por ello con régimen de carrera especial para los docentes de planta.

15. El cargo de rector en el Tecnológico de Antioquia, es de período, de conformidad con los estatutos generales (Acuerdos 03 de 2014 y 03 de 2019), para tomar posesión de él, en el caso de señor Portocarrero, se concedió previamente la comisión de servicios y al tener el acto complejo conformado por elección y posesión, se conservan los derechos de carrera, según el Estatuto Profesoral, no siendo aplicable en el presente caso la Ley 909 de 2004, como pretende el accionante. Según el citado Estatuto, la comisión de servicios otorgada para desempeñar cargos administrativos, al personal docente de carrera, no tiene límite temporal y por ello el señor Portocarrero no ha perdido los derechos de carrera, como pretenden los demandantes.

16. Presentó las siguientes excepciones: i) falta de conexidad entre el escrito con radicado R1519 de 2019 y las pretensiones de la demanda, ii) Autonomía

universitaria del Tecnológico de Antioquia, iii) Improcedencia de la acción de cumplimiento por inaplicabilidad de la norma de la que se pretende el cumplimiento, IV) improcedencia de la presente acción constitucional por haber existido otros mecanismos de control judicial.

17. El Departamento de Antioquia, vinculado al proceso como tercero interesado, se pronunció frente a los hechos y pretensiones de la demanda y manifestó que la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia es un establecimiento público del orden departamental, creado y regulado mediante las ordenanzas 25 de 1978, 48 de 1979, 56 de 1989 y 13 de 1992, respectivamente, y el Decreto Departamental 262 de 1979, regida por la ley 30 de 1992, con patrimonio propio, autonomía administrativa y personería jurídica.

Afirmó que carece de legitimación en la causa por pasiva, pues no es la entidad encargada de dar cumplimiento a la norma invocada por los demandantes, ni a dar cumplimiento a las pretensiones de los mismos.

Igualmente sostuvo que la acción es improcedente y que la vía jurídica adecuada en el presente caso, es la de nulidad y restablecimiento del derecho frente al acto presunto derivado del silencio de la Institución Universitaria frente a la petición de los demandantes.

18. La Comisión Nacional de Servicio Civil, a su turno, se pronunció frente a los hechos y pretensiones de la demanda, considerando que de conformidad con las competencias asignadas en el art. 130 constitucional y la ley 909 de 2004, así como las sentencias C-1230 de 2005 y C-175 de 2006, carece de facultades para co-administrar relaciones laborales y situaciones administrativas particulares y por ello no puede interferir en las vacantes que las entidades reportan, ni en sus manuales de funciones, por ello propone como excepción, la falta de legitimación en la causa por pasiva.

19. Igualmente afirmó que frente a esa entidad no se agotó el requisito de procedibilidad de constitución en renuencia, lo que torna la acción improcedente.

19. Pruebas

1. Ordenanza 24 del 15 de septiembre de 2016, por medio de la cual se modifica la naturaleza jurídica de El tecnológico de Antioquia, a partir de la cual es un establecimiento público descentralizado del orden Departamental, de educación

Superior, con carácter académico de Institución Universitaria, adscrito al Departamento de Antioquia

2. Certificado de existencia y representación legal, expedido por el Subdirector de Inspección y vigilancia del Viceministerio de Educación Superior, según el cual el Tecnológico de Antioquia es una institución de educación superior oficial, y su carácter académico es el de institución universitaria.(fl 54).

3. Acuerdo No. 04 del 17 de diciembre de 2014, por el cual se expide el Estatuto profesoral del Tecnológico de Antioquia- Institución Universitaria. (fl. 56 y ss).

4. Acuerdo No. 03 de octubre 7 de 2014, por medio del cual se adopta el Estatuto general del tecnológico de Antioquia – Institución Universitaria (f. 80 y ss), según el cual (art. 1) es una Institución universitaria de Educación Superior Estatal, cuyo carácter académico es de Institución Universitaria fue otorgado mediante Resolución 3612 del 4 de julio de 2006 expedida por el Ministerio de Educación Nacional.

5. Acuerdo 003 de 2019 por medio de cual se modifica el estatuto profesoral del Tecnológico de Antioquia- Institución Universitaria (fl. 95 y ss).

CONSIDERACIONES

20. Problema jurídico

Corresponde al Ministerio Público conceptuar acerca de la procedencia de la acción de cumplimiento para dar aplicación a lo dispuesto en el art. 26 de la ley 909 de 2004 y en consecuencia ordenar al Tecnológico de Antioquia- Institución Universitaria, declara la vacancia definitiva del cargo de docente de planta en el cual se encuentra nombrado el señor Lorenzo Portocarrero Sierra.

21. Generalidades de la acción de cumplimiento.

La acción de cumplimiento busca la materialización de aquellos mandatos contenidos en las normas de rango legal y en los actos administrativos.

Con base en la regulación establecida en el artículo 87 de la Constitución y el desarrollo previsto en la Ley 393 de 1997, dicha posibilidad opera a partir de la orden que imparte el juez de lo contencioso administrativo a la autoridad renuente.

Este mecanismo procesal tiene carácter subsidiario, puesto que no procede cuando el demandante tenga a su alcance otro instrumento judicial para lograr la efectividad de la norma legal o del acto que estima incumplidos.

Tampoco procede cuando el ejercicio del medio de control pretenda el cumplimiento de normas legales y de actos administrativos que establezcan gastos.

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta corporación, la prosperidad de esta acción está sujeta a la observancia de los siguientes presupuestos: **(i)** que el deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos; **(ii)** que el mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición esté contemplada en forma precisa, clara y actual; **(iii)** que la norma esté vigente; **(iv)** que el deber jurídico esté en cabeza del accionado; **(v)** que se acredite que la autoridad o el particular en ejercicio de funciones públicas fue constituido en renuencia frente al cumplimiento de la norma o acto administrativo cuyo acatamiento pretende la demanda y **(vi)** que tratándose de actos administrativos no haya otro instrumento judicial para lograr su efectivo cumplimiento, ni persiga el cumplimiento de normas que establezcan gastos.

22. Caso concreto

Se pretende, se declare que el Tecnológico de Antioquia ha omitido el cumplimiento del deber regulado en el art. 26 de la Ley 909 de 2004, por no declarar la vacancia del cargo de docente de planta ocupado por el señor Lorenzo Portocarrero Sierra y que consecuentemente, se ordene al representante legal del Tecnológico de Antioquia, declare la vacancia del mencionado cargo y se provea de forma definitiva, de conformidad con el procedimiento establecido.

La controversia planteada por las partes, consiste en que, según los demandantes, el art. 26 de la Ley 909 de 2004, es aplicable a la situación fáctica en que se encuentra el rector del Tecnológico de Antioquia y esta institución ha omitido su aplicación, mientras que para la entidad accionada, no lo es porque esta entidad tiene "*naturaleza jurídica del orden universitario*" y por tanto puede determinar su estructura y organización interna, especialmente regular las comisiones administrativas para desempeñar cargos de período o de libre nombramiento y remoción, por lo que en el caso concreto la regulación aplicable es la contenida en los Acuerdos 004 de 2014 y 003 de 2019.

Autonomía Universitaria

De conformidad con el art. 16 de la ley 30 de 1992, el género son las Instituciones de Educación Superior, dentro del cual, existen tres especies: 1) instituciones Técnicas Profesionales, 2) Instituciones Universitarias o escuelas Tecnológicas y 3) Universidades.

La citada ley establece las competencias y marco dentro del cual cada una de estas especies debe ejercer su cometido. Dado que se argumenta por la demandada que es una entidad con “*naturaleza jurídica del orden universitario*” y de esa naturaleza desprende la aplicación de los Acuerdos internos, se procederá en primer lugar a establecer las diferencias entre Universidad Pública e Institución Universitaria, en tanto, es esta circunstancia la que determina la regulación aplicable.

UNIVERSIDADES PÚBLICAS	INSTITUCIONES UNIVERSITARIAS
<p>Forma organizativa y orgánica: deben organizarse como entes autónomos, con régimen especial (que comprende la organización, elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero y el régimen de contratación y control fiscal, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30 de 1992¹), adicionalmente son entidades vinculadas al Ministerio de Educación² en lo relativo a las políticas y planeación del sector educativo.</p>	<p>Forma organizativa y orgánica: Deben organizarse como Establecimientos Públicos del orden Nacional, Departamental, Distrital o Municipal.³</p>

¹ artículo 1 de la ley 647 de 2001

² Ley 30 de 1992, ARTÍCULO 57. Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculados al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo.

Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden.

<p>Gozan de prerrogativas de orden constitucional y legal al punto de no pertenecer a ninguna de las ramas del poder público.</p> <p>Gozan de autonomía especial en materia de contratación, régimen especial salarial para sus docentes (Decreto 1279/02), tienen un manejo especial en materia presupuestal y tienen aportes especiales que deben mantenerse por parte del Gobierno Nacional (Art. 87 Ley 30 de 1992).</p> <p>Todas las universidades públicas conforman el Sistema de Universidades Estatales (SUE).</p>	<p>Tienen control de tutela, como establecimientos Públicos</p>
<p>Autonomía Universitaria. Tienen derecho a darse y modificar sus estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.⁴</p>	<p>Autonomía Universitaria. Está determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente Ley en los siguientes aspectos:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Darse y modificar sus estatutos. b) Designar sus autoridades académicas y administrativas. c) Crear, desarrollar sus programas académicos, lo mismo que expedir los correspondientes títulos. d) Definir y organizar sus labores formativas, académicas, docentes, científicas, culturales y de extensión. e) Seleccionar y vincular a sus docentes, lo mismo que a sus alumnos.

³ Parágrafo Art. 57 Ley 30 de 1992.

⁴ Art. 28 ibídem.

	<p>f) Adoptar el régimen de alumnos y docentes.</p> <p>g) Arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional.</p> <p>PARÁGRAFO. Para el desarrollo de lo contemplado en los literales a) y e) se requiere notificación al Ministro de Educación Nacional, a través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES).</p>
<p>Régimen salarial y prestacional de los profesores: se regirá por la Ley 4a de 1992, los Decretos Reglamentarios y las demás normas que la adicionan y complementan⁵.</p>	<p>Régimen salarial y prestacional del personal docente y administrativo será establecido en el Estatuto General y reglamentos respectivos, preservando exigencias de formación y calidad académica, lo mismo que la realización de concursos para la vinculación de los docentes⁶.</p>
<p>Con fundamento en la ley 30 de 1992, artículo 65, literales b) y d), la regulación de la carrera del personal administrativo, de índole constitucional, está a cargo de los Consejos Superiores Universitarios atendiendo los principios constitucionales y las reglas de la carrera administrativa general, quienes podrán aplicar las normas de la ley 909 de 2004, en cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2° de su artículo 3°. (Concepto 85341 del 20 de mayo de 2015 Departamento</p>	<p>En materia de empleo público y su regulación, el personal administrativo de las Instituciones de Educación Superior, no organizadas como entes universitarios autónomos, les es aplicable la Ley 909 de 2004, de conformidad con el art. 3 literal a) de ésta regulación.</p>

⁵ Art. 79

⁶ Art. 80.

De conformidad con el Certificado de existencia y representación expedido por el Ministerio de Educación, obrante a folio 54, el Tecnológico de Antioquia es una institución de educación superior y su carácter académico es de Institución Universitaria.

En su condición de Institución Universitaria, no organizada como ente autónomo, el Tecnológico de Antioquia se encuentra regida por la ley 909 de 2004, en cuanto al manejo del personal administrativo, que en el artículo 3 dispone expresamente:

“ARTÍCULO 3o. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

a) A quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados.

- Al personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, salvo cuando en el servicio exterior los empleos correspondientes sean ocupados por personas que no tengan la nacionalidad colombiana.

- Al personal administrativo de las instituciones de educación superior que no estén organizadas como entes universitarios autónomos.

(...).

No cabe duda que en el marco la autonomía universitaria de que gozan tanto las Universidades como las Instituciones de Educación Superior, estas últimas se encuentran limitadas en algunos aspectos, entre los que está el manejo del personal administrativo, por cuanto fue el propio legislador, quien diseñó los mecanismos y figuras bajo las cuales se rigen esta materia.

Este manejo diferenciado y menos amplio, en materia de autonomía universitaria, entre las universidades oficiales y las demás entidades de Educación superior, ha sido objeto de análisis y pronunciamientos de la Corte Constitucional, que ha encontrado razones suficientes para el trato diferenciado, así lo ha expresado:

“La universidad, cuyo fundamento es el perfeccionamiento de la vida y cuyo objetivo es contribuir a la formación de individuos que reivindiquen y

*promuevan ese fundamento, a través del dominio de "un saber" y de la capacidad de generar conocimiento, reclamando su condición de fines en sí mismos y no de meros instrumentos, es la universidad que requiere, para "ser", del reconocimiento efectivo de su autonomía. **Otro tipo de instituciones de educación superior, que fundamentan su quehacer en objetivos distintos, como por ejemplo la mera profesionalización, si bien son necesarias en el mundo moderno, no pueden proclamarse como universidades. Tal distinción subyace en la legislación de nuestro país, que distingue entre universidades y otras instituciones de educación superior, reconociéndoles autonomía plena, no absoluta, únicamente a las primeras.***⁷(Negrilla fuera de texto original).

La autonomía universitaria, entendida como potestad de los entes universitarios autónomos (Universidades), se ha disgregado en dos vertientes:

*"De un lado, la dirección ideológica del centro educativo, lo cual determina su particularidad y su especial condición filosófica en la sociedad pluralista y participativa. Para ello la universidad cuenta con la potestad de señalar los planes de estudio y los métodos y sistemas de investigación. **Y, de otro lado, la potestad para dotarse de su propia organización interna, lo cual se concreta en las normas de funcionamiento y de gestión administrativa, en el sistema de elaboración y aprobación de su presupuesto, la administración de sus bienes, la selección y formación de sus docentes.**"* (Énfasis fuera del original)

En desarrollo de esta última posición la misma Corte ha señalado que es por la autonomía universitaria, que las Universidades pueden establecer qué cargos administrativos son de libre nombramiento y remoción, pues ello hace parte de la capacidad que les otorga el art. 69 de la ley 30 de 1992 al establecer que pueden darse sus directivas, que es en realidad una facultad, no una imposición.

Las razones expuestas, son suficientes para concluir que en el presente asunto la regulación aplicable no es otra que la ley 909 de 2004, toda vez que se trata del cargo de rector de una Institución Universitaria, actualmente ocupado por el Señor Lorenzo Portocarrero Sierra.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-220 del 29 de abril de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

En caso de tratarse del mismo cargo de rector, pero en ente universitario autónomo, la autonomía universitaria permite que sea la comunidad universitaria, a través de sus reglamentos internos, quien determine dicha regulación.

En virtud de lo expuesto, no cabe duda que la el artículo 26 de la ley 909 de 2004, es aplicable a la situación fáctica que sirve de causa a la demanda que dio inicio a este proceso.

Ahora bien, el citado art. 26 establece, de un lado, el derecho de los empleados de carrera, con evaluación de desempeño sobresaliente, a que se les otorgue comisión, hasta por tres (03) años, prorrogables por un término igual, para desempeñar empleos de libre nombramiento y remoción, o de período; de otro lado, establece una consecuencia cuando el límite temporal de seis (06) años es superado estando en comisión, consistente en la desvinculación del cargo de carrera administrativa en forma automática.

La norma entonces establece un derecho, limitado en el tiempo, hasta por seis (06) años y establece una consecuencia jurídica, consistente en la desvinculación automática del cargo de carrera, para quien supere dicho límite temporal.

Consecuencia, que la Corte Constitucional encontró ajustada a la Constitución, cuando en la sentencia C-175 de 2007, decidió la demanda de constitucionalidad contra el citado art. 26 y consideró:

“Se reitera así el criterio que ha mantenido este Tribunal en relación con algunas causales de retiro previstas en la Ley 909 de 2004 y conforme al cual, la citada ley regula “aspectos relativos a la carrera administrativa y al empleo público, de manera que sus objetivos no tienen connotaciones disciplinarias”[23], siendo del caso añadir que la causal establecida en el examinado artículo 26 tampoco tiene proyecciones hacia el ámbito disciplinario[24] ni constituye sanción, puesto que se trata de una medida administrativa encaminada a hacer efectivos los principios que guían el servicio oficial y, en ese sentido, procura dotar a las entidades de un mecanismo ágil para proveer los cargos que hayan sido declarados vacantes y garantizar, con la mayor prontitud, que un nuevo funcionario entre a cumplir las labores y que la entidad siga su curso normal sin quedar sujeta a riesgos o a traumatismos innecesarios.

Así las cosas, el hecho de que en el Código Unico Disciplinario se hayan previsto causales de retiro no significa que al regular la carrera administrativa y el empleo público el legislador carezca de competencias para prever causales de retiro propias del régimen de carrera y, a su turno, la circunstancia de que el Congreso las prevea en el ámbito de la carrera no se traduce en la derogación de las establecidas en el régimen disciplinario.

(...)

Ciertamente, la ausencia del carácter disciplinario y sancionador de la causal de desvinculación de la carrera administrativa regulada en el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 torna más evidente la ausencia de un procedimiento específico para su aplicación y, aunque los actores tienen razón al echar de menos ese procedimiento, no es cierto que la aplicación automática de la causal conduzca de modo inexorable a la vulneración del debido proceso.

A fin de examinar este aspecto, no se puede perder de vista que, según el artículo estudiado, cuando al finalizar el tiempo de la comisión o de su prórroga el empleado no retorne voluntariamente al empleo de carrera, la entidad declarará la vacancia.

A juicio de la Corporación, aunque la causal de retiro examinada en esa oportunidad no es de índole disciplinaria ni comporta la imposición de una sanción, esto no implica que se puedan negar las garantías previas inherentes al debido proceso[27] y, por lo tanto, el carácter automático que, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 909 de 2004 tiene la aplicación de la causal de retiro allí prevista, no riñe con las exigencias del debido proceso que deben satisfacerse antes de la expedición del acto administrativo mediante el cual se declare la vacancia y se decida sobre la desvinculación.

(...)

Y es que el comentado carácter automático consiste, básicamente, en que es suficiente verificar el transcurso de los seis años exigidos y el hecho de que el empleado no haya retornado a su cargo de carrera para que se activen los mecanismos dirigidos a declarar la vacancia y se proceda a disponer el retiro, mas no implica la pretermisión del acto administrativo pertinente o de la actuación anterior a su expedición, ni de la comunicación del inicio de esa actuación al empleado, ni de la oportunidad de ser oído o de presentar pruebas a su favor, para indicar, por ejemplo, que no se reúnen las condiciones objetivas que, según la disposición analizada, justifican la declaración de vacancia del cargo y el retiro automático.”⁸

A partir de la decisión parcialmente transcrita, es claro que la aplicación de la consecuencia jurídica contemplada en el art. 26 de la ley 909 de 2004, no constituye una sanción, tampoco tiene connotaciones disciplinarias y se encuentra dentro del margen de configuración propio del legislador y por tanto debe ser aplicada por el operador jurídico, en los mismo términos contemplados en la norma, siempre que se respete el debido proceso, que en este caso se materializa con la suficiente motivación del acto administrativo, la comunicación del inicio de la actuación al empleado, la posibilidad de ser oído o de presentar pruebas a su favor, etc.

⁸ C-175 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Procedencia de la acción de cumplimiento

Una de las notas características de la acción de cumplimiento es la subsidiariedad, que implica la improcedencia de la acción, si se cuenta con otros mecanismos de defensa jurídica para lograr el efectivo cumplimiento de ley o del acto administrativo, salvo que se esté en presencia de una situación gravosa o urgente, que haga desplazar el instrumento judicial ordinario, como salvaguarda de un perjuicio irremediable.

A manera enunciativa, se entendido que no procede para exigir el cumplimiento de obligaciones consagradas en los contratos estatales, imponer sanciones, hacer efectivo los términos judiciales de los procesos , o perseguir indemnizaciones , por cuanto, para dichos propósitos, el ordenamiento jurídico establece otros cauces procesales, al tratarse de situaciones administrativas no consolidadas. Asimismo, por expresa disposición legislativa la acción de cumplimiento no se puede incoar frente a normas que generen gastos o cuando se pretenda la protección de derechos fundamentales, en este último caso el juez competente deberá convertir el trámite en el mecanismo previsto por el artículo 86 Superior.

En el presente asunto, considera el Ministerio Público cumplidos los presupuestos o requisitos de procedencia de la acción de cumplimiento as´.

(i) El deber jurídico cuya observancia se exige esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos, se trata del artículo 26 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.

(ii) El mandato, la orden, el deber, la obligatoriedad o la imposición está contemplada en forma precisa, clara y actual, en la norma cuyo cumplimiento se pretende. En este caso la norma no deja posibilidades de interpretación, por su claridad y precisión, no hay duda del sujeto destinatario de la misma: empleados de carrera con evaluación de desempeño sobresaliente; tampoco sobre el límite temporal que establece: seis (06) años; en relación con la consecuencia jurídica que impone: desvinculación automática del cargo del cargo de carrera.

No existe en este caso, la posibilidad de interpretaciones ambiguas o contradictorias, frente al contenido de la norma, tanto en su espectro de creadora del derecho a la comisión, como en su espectro de imposición de una consecuencia jurídica consistente en desvinculación automática, igualmente en el tiempo por el cual se puede gozar de este beneficio.

(iii) La vigencia de la norma no está en discusión,

(iv) El deber jurídico incumplido esté en cabeza del accionado, esto es del Representante Legal del Instituto Tecnológico de Antioquia;

(v) la constitución en renuencia se encuentra acreditada.

(vi) No se trata del cumplimiento de normas que establezcan gastos.

Procedencia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

En cuanto a la afirmación que el medio de control procedente es el de nulidad y restablecimiento del derecho, considera el Ministerio Público, que es desacertada, por cuanto la desvinculación consagrada en el art. 26 de la ley 909 de 2004, es de carácter automático, es decir no se requiere de un procedimiento previo, ni de un trámite administrativo o judicial para ser declarada, pues es una consecuencia que opera de pleno derecho, por el cumplimiento del único requisito que el legislador previó: el cumplimiento de un lapso superior a seis (06) años en ejercicio de comisión para desempeñar un cargo administrativo de libre nombramiento y remoción o de período.

Por lo tanto, acudir a un procedimiento que el legislador no diseñó, ni ordenó, ni previó, equivale a un incumplimiento del deber legal de quien está llamado a hacer cumplir las normas del empleo público, que en este caso es el rector de la entidad, cumplimiento que debe darse con sujeción estricta al mandato legal, es decir que la desvinculación es de carácter automático. Como puede observarse no hay posibilidades de interpretar la consecuencia jurídica de otra forma que no sea la desvinculación, por el solo cumplimiento del límite temporal.

Por estas razones no habría lugar a ejercer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pues se trata de una situación que el legislador previó, ex ante, como constitutiva de la pérdida del empleo en carrera y no le corresponde al operador jurídico, crear una causal de inaplicación de la norma, cuando no existen razones de hecho o derecho de suficiente peso para ello, como sería el caso de un perjuicio irremediable, o la vulneración a un derecho fundamental o una inaplicación por inconstitucionalidad, eventos que no han sido alegados por el demandando, ni por los intervinientes y que tampoco se aprecian en el análisis del presente asunto.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

23. En conclusión, para el Ministerio Público es procedente acceder a las pretensiones de los demandantes y en consecuencia ordenar al Tecnológico de Antioquia- Institución Universitaria, que cumpla con lo dispuesto en el art. 26 de la ley 909 de 2004, declarando la desvinculación del cargo de carrera administrativa en el que se encuentra inscrito el docente Lorenzo Portocarrero Sierra.

Con respeto,

CLAUDIA PATRICIA OTÁLVARO BERRÍO
Procuradora 169 Judicial I para Asuntos Administrativos