

C-040-95

Sentencia No. C-040/95

CARRERA ADMINISTRATIVA-Nombramiento de quien obtuvo el primer lugar

Pero sea cual fuere el método o sistema elegido, éste debe contener criterios específicos y concretos para efectuar una selección en la que aparezcan como valores dominantes la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus calidades personales y su idoneidad moral, acordes con las funciones del empleo y las necesidades del servicio público. Por tanto, no puede quedar al nominador una libertad absoluta para que designe a su arbitrio, pues, el nombramiento siempre tendrá que recaer en quien haya obtenido el mayor número de puntos.

CONCURSO DE MERITOS-Factores de evaluación

Un verdadero concurso de méritos es aquél en el que se evalúan todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública, dentro de una sana competencia para lograr una selección justa, equitativa, imparcial y adecuada a las necesidades del servicio público. En consecuencia, la administración habrá de señalar un valor determinado a cada uno de esos items, (condiciones profesionales, morales y personales) y, por consiguiente, el aspirante que obtenga el máximo puntaje es quien tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el que concursó.

CONCURSO DE MERITOS-Factores de calificación

Esta Corporación ha venido conociendo de múltiples procesos de tutela en los que los accionantes se quejan de haber concursado para ingresar a un cargo de carrera administrativa y, a pesar de haber obtenido un puntaje superior al de quien en últimas se nombró, fueron excluidos con el argumento de la falta de idoneidad moral o social de los concursantes, exclusión que de no estar plenamente justificada se convierte en arbitraria. Una de las formas de acabar con esta práctica, es precisamente incluir dentro de los factores de calificación, la idoneidad moral, social y física del candidato, pues el hecho de que el análisis en ese campo pertenezca a la subjetividad del nominador, no significa arbitrariedad, pues tales aspectos también han de ser apreciados y calificados, para evitar abusos. De no

ser así, se desnaturalizaría la carrera administrativa y, por ende, se infringiría el artículo 125 Superior. En el concurso se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular.

Uno de los cambios constitucionales de mayor trascendencia fue precisamente la institucionalización de la carrera administrativa, como regla general, para el acceso a los empleos del Estado y, por tanto, son el mérito y la capacidad de los aspirantes su único fundamento. Mediante un apropiado sistema de carrera, se garantiza el derecho de todos a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades, al igual que el derecho de quienes ingresen a ella a tener estabilidad en el empleo, siempre y cuando cumplan fielmente con los deberes del cargo, lográndose así la moralidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad y transparencia en la prestación del servicio público.

REF.: Expediente No. D - 652

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 9 del Decreto Ley 1222 de 1993.

Demandante: Hugo Humberto Osorio Valor.

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Acta No. 04

Santafé de Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

#### I. ANTECEDENTES.

El ciudadano HUGO HUMBERTO OSORIO VALOR en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicita a la Corte que declare inexecutable los artículos 9 del Decreto Ley 1222 de 1993 y 34 parcial del decreto 256 de 1994.

El magistrado sustanciador mediante auto del 18 de julio de 1994, admitió la demanda

presentada contra el artículo 9o. del decreto 1222 de 1993, y rechazó la dirigida contra el artículo 34 parcial del decreto 256 de 1994, por carecer la Corte de competencia para pronunciarse sobre su constitucionalidad, pues dicha disposición hace parte de un decreto que fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 189-11 de la Carta, y por tanto, corresponde al Consejo de Estado conocer de él.

Contra la decisión de rechazo, el demandante interpuso recurso de súplica ante la Sala Plena de la Corte, el cual se resolvió mediante auto del 4 de agosto de 1994, en el sentido de confirmar la providencia objeto de impugnación.

Ante esta circunstancia, la Corte procederá a resolver solamente la acusación contra el artículo 9o. del decreto ley 1222 de 1993.

## II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA.

A continuación se transcribe el precepto legal acusado:

Decreto 1222 de 1993.

“Por el cual se desarrollan los numerales 3 y 4 del artículo 29 de la Ley 27 de 1992.”

“.....

“Artículo 9.- Con base en los resultados del concurso el jefe del organismo elaborará la lista de elegibles, con los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito; dicha lista tendrá vigencia hasta de un (1) año para los empleos objeto del concurso. La provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles. Efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en orden descendente.”

## III. LA DEMANDA.

Manifiesta el demandante, que la disposición acusada contraviene el espíritu de la Ley 27 de 1992, cuyo objetivo era garantizar la eficiencia de la administración y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades en el acceso a los empleos públicos, y lesiona el

artículo 29 de la misma ley, pues en esta disposición se le confieren facultades al Presidente de la República para definir los procedimientos necesarios aplicables a los concursos, y no para “establecer normas relacionadas con el nombramiento o provisión del cargo, listas de elegibles y la escogencia discrecional del candidato con uno de los tres primeros de dicha lista”.

De otra parte, considera que también se vulnera el artículo 125 de la Carta, precepto que al referirse a los nombramientos por concurso para ingresar a cargos que pertenezcan a carrera, ordena que “se harán previos los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes y en ningún caso para hacer discriminaciones estableciendo lista de elegibles”.

Agrega, que la norma impugnada al permitir la discrecionalidad del nominador en la escogencia del candidato al cargo, desconoce los artículos 4 y 13 de la Carta, en razón de que no aplica normas de superior jerarquía y crea una discriminación al no conceder a todos los ciudadanos las mismas oportunidades para acceder a los cargos públicos, pues al designar al segundo o al tercero de la lista de elegibles se está desconociendo el derecho de quien ocupó el primer puesto, y entonces se pregunta: ¿qué sentido tiene el concurso?, si no se elige a quien obtuvo el mayor puntaje sino a quien el nominador determine, quien, presume el demandante, escogerá a aquella persona que tenga vínculos políticos, sin importar los resultados de las evaluaciones o las calidades de los aspirantes.

Para finalizar, manifiesta el actor que se infringen los artículos 25 y 40-7 del Estatuto Superior, puesto que el ganador del concurso necesariamente tiene derecho a ese trabajo, “ya que se supone que en el concurso se fijaron todas las condiciones y requisitos para desempeñar el cargo”; y por ende, se restringe el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, además de permitir que el nominador maneje políticamente los nombramientos y, de esta manera, obstaculice la participación de todos los ciudadanos en el poder político.

#### IV. INTERVENCION CIUDADANA.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública en escrito fechado el 5 de septiembre de 1994, expone las razones que, en su criterio, justifican la constitucionalidad de lo acusado, las que se resumen en seguida:

El constituyente consagró la carrera administrativa en el artículo 125, al disponer que todos los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y atribuyó al legislador la facultad de fijar los requisitos y condiciones que deben cumplir quienes aspiren a desempeñar uno de tales empleos, estableciendo de esta manera el mérito como principio rector y, además, lo autorizó para determinar los mecanismos que permitan su demostración.

La ley 27 de 1992 define qué se entiende por carrera administrativa y cuál es su objeto, reitera que el mérito es requisito fundamental para el ingreso a empleos de carrera, y señala que la provisión de ellos se hará previo concurso, por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso.

El decreto 1222 de 1993 fijó los mecanismos para la comprobación del mérito, estableciendo el proceso de selección o concurso que comprende varias etapas, a saber: la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de las pruebas, la conformación de las listas de elegibles y el periodo de prueba, por tanto, la norma acusada no excede las facultades extraordinarias, pues el Gobierno Nacional estaba autorizado para establecer el modo como debían desarrollarse los concursos, y la conformación de listas de elegibles es una etapa del mismo.

Añade, que el hecho de que el legislador haya establecido la obligación de elaborar listas de elegibles, organizadas de acuerdo con los puntajes obtenidos por los aspirantes dentro de las pruebas realizadas, ello no implica “que quien se encuentre en último lugar dentro de ella no tenga como quien ocupó el primer lugar los méritos suficientes para el desempeño del empleo..... Sin embargo, bien podría el legislador haber obviado la determinación de puntajes y puestos y únicamente establecer el grupo de quienes superaron las pruebas, para que entre ellos eligiera el nominador, o bien pudo fijar un sistema de sorteo para escoger al titular del cargo, con lo cual también se estaría cumpliendo con el mandato constitucional”, contenido en el artículo 125.

Y en cuanto al derecho fundamental a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, considera que “este mismo derecho lo pueden alegar los demás que conforman la lista de elegibles, ya que todos tienen la misma posibilidad de ser escogidos por el nominador, al demostrar que tienen, al igual que el primero, méritos suficientes para ejercer el empleo. Y tampoco implica

que se esté dando al nominador un margen ilimitado de discrecionalidad sin razón justificable, sino que se le está permitiendo hacer la mejor escogencia para la administración, sin que deba presumirse la mala fé en su actuación”.

## V. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación, por medio del oficio No. 509 del 3 de octubre de 1994, rinde el concepto de rigor, el que concluye solicitando a la Corte que declare exequible el artículo 9o. del decreto ley 1222 de 1993, por no infringir norma constitucional alguna.

Son estos algunos de los argumentos en que se fundamenta el citado funcionario para llegar a esa conclusión:

El decreto 1222 de 1993, parcialmente acusado, fue expedido por el Gobierno Nacional, en desarrollo de las facultades extraordinarias contenidas en los numerales 3o. y 4o. del artículo 29 de la ley 27 de 1992, y en él se regula el procedimiento requerido para ingresar a cargos de carrera. “Así, el concurso se establece como un proceso complejo que se desenvuelve por etapas, las cuales se inician con la convocatoria, continúan con el reclutamiento de candidatos, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la elaboración de la lista de elegibles y el nombramiento, para terminar con el periodo de prueba”.

Al referirse a la etapa de las pruebas, dice que éstas “apuntan a la determinación de la capacidad, idoneidad y potencialidades de los aspirantes al cargo. Pero su mismo empeño por alcanzar objetividad y precisión, deja de lado elementos que integran la personalidad de los aspirantes y que sin embargo, no son del todo cuantificables; pasibles de ser reducidas a cifras. Inclusive en aquellos factores cuya medición se puede hacer con mayor rigor numérico, se cuenta siempre con un margen de falibilidad, que puede tener implicaciones significativas respecto del resultado final o de los propios objetivos de la aplicación de las pruebas. De allí se extrae la lista de elegibles”.

En relación con la discrecionalidad del nominador para efectuar el nombramiento, expresa que esa facultad se otorga con el fin de que se puedan evaluar aspectos cualitativos que son relevantes para el desempeño del empleo, como por ejemplo, la idoneidad moral o las cualidades personales, “esas que fundan su existencia personal y lo identifican haciéndolo diferente de los demás seres humanos”. Dicha discrecionalidad debe ser ejercida con

sujeción al principio del buen funcionamiento del servicio y teniendo en cuenta los principios de eficiencia y eficacia de la Administración Pública.

El concurso para ingresar a un cargo de carrera se establece sobre la base de la igualdad de oportunidades, que tiene como fin la escogencia, que necesariamente implica una diferenciación de las personas que demuestren suficientes calidades para acceder a un determinado empleo.

De otra parte, agrega que “si la predilección por una persona sobre otra se basa en una distinción irrelevante, se incurre en un acto discriminatorio por lo injustificado. Más si la elección sirve a los fines del Estado, y en razón al principio de la prevalencia del interés general no se afectan los intereses jurídicos de otras personas que se encuentren en idéntica situación, el acto encuentra su fundamento legal. Es decir, que la discrecionalidad es lícita cuando ‘establece distinciones razonables para alcanzar objetivos legítimos’”.

Finalmente, considera que la potestad discrecional no contradice el régimen de la carrera, porque no desconoce los resultados del concurso, “sino que abre el espacio para evaluar esas calidades de la persona que pueden redundar en el mejor funcionamiento y mayor beneficio de la prestación del servicio. En definitiva, estando justificada la potestad por los propios fines de la administración, se encuentra que es válida y no adversa al Ordenamiento Jurídico Superior.”

## VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte de un decreto ley, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad, al tenor de lo dispuesto por el artículo 241-5 del Estatuto Superior.

### b. Las facultades extraordinarias.

Dado que el decreto 1222 de 1993, al cual pertenece el precepto acusado, fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el Congreso en los numerales 3o. y 4o. del artículo 29 de la ley 27 de 1992, es necesario analizar, en primer término, si se respetaron los límites tanto materiales como temporales que allí se fijaron.

Pues bien, el artículo 29 de la ley 27 de 1992 prescribe:

“Artículo 29. De las facultades extraordinarias al Presidente de la República. De conformidad con el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese de precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses contados a partir de la fecha de promulgación de la presente Ley, para:

“.....

“3. Expedir las normas que establezcan los requisitos pertinentes para el ingreso a la carrera administrativa de acuerdo con lo establecido en el inciso 3o. del artículo 19.

“4. Expedir las normas que definan los procedimientos para los concursos, las evaluaciones y calificaciones que deban surtirse en la carrera administrativa”.

“Para los efectos de estas facultades se contará con la asesoría de dos (2) Senadores y dos Representantes de las Comisiones Séptimas y Primera de Cámara y Senado, designados por las mesas directivas de dichas Comisiones”.

- Límite temporal.

En cuanto se refiere al aspecto de temporalidad, no hay reparo constitucional alguno, pues el decreto 1222 de junio 28 de 1993 (D:O.40928), se expidió dentro del lapso fijado por el legislador ordinario, el cual era de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de promulgación de la ley, hecho que tuvo ocurrencia el 29 de diciembre de 1992, con su inserción en el Diario Oficial No. 40.700.

- Límite material.

De conformidad con las atribuciones conferidas, el Presidente de la República estaba autorizado para dictar normas destinadas a establecer las exigencias que han de cumplir las personas que deseen acceder a un empleo perteneciente a la carrera administrativa, como los trámites y procesos a que han de someterse, tanto los aspirantes como las autoridades,

para ese fin. Sin embargo, llama la atención de la Corte que se haya ordenado al Gobierno ejercer esa facultad de acuerdo con el contenido del inciso 3o. del artículo 19 de la misma ley habilitante, que prescribe: “En aquellos municipios con población menor de diez mil (10.000) habitantes se aplicará la carrera administrativa en todos los aspectos que resultaren pertinentes”, lo que resulta verdaderamente incongruente, pero que en nada afecta el verdadero sentido y alcance de la potestad concedida.

De la misma manera, estaba facultado el Gobierno para estatuir los procedimientos que fueren necesarios para llevar a cabo los concursos, y todo lo relativo a las evaluaciones y calificaciones que hayan de efectuarse para ingresar a la carrera administrativa.

Así las cosas, no le cabe duda a la Corte de que la disposición acusada, encaja perfectamente dentro de los asuntos que el Presidente de la República podía válidamente regular, pues se refiere a dos de las etapas del concurso, cuales son: la elaboración de la lista de elegibles y la forma como se llevará a cabo la selección de la persona sobre quien recaerá el nombramiento, temas que necesariamente han de incluirse dentro de las materias que pertenecen al ámbito de la carrera administrativa, específicamente a su ingreso.

#### c. La carrera administrativa.

De conformidad con el artículo 125 de la Constitución, es regla general que los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera, excepto aquellos que la misma norma taxativamente señala, a saber: los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Y, en el evento de que la Constitución o la ley no hayan señalado el sistema de nombramiento de un determinado empleo, éste deberá hacerse mediante concurso público.

La carrera administrativa se ha definido como “un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la carrera conforme a las disposiciones mencionadas en el artículo 2o. de la presente ley.” (art. 1o. ley 27 de 1992).

Dado que la carrera administrativa se basa única y exclusivamente en el mérito y la capacidad de los aspirantes, es deber de la administración escoger o seleccionar a aquellas personas que por su capacidad profesional y condiciones personales, son las que requiere el servicio público, pues la eficiencia y eficacia del mismo, dependerán de la idoneidad de quienes deben prestarlo. Así, la carrera administrativa se constituye “en el instrumento más adecuado ideado por la ciencia de la administración para el manejo del esencialísimo elemento humano en la función pública, asegurando su acceso en condiciones de igualdad (art. 13 de la C.N.), promoviendo una lógica de méritos de calificación, de honestidad y eficiencia en la prestación del trabajo humano, alejando interesadas influencias políticas e inmorales de relaciones de clientela. Conceptos estos de eficiencia que comprometen la existencia misma del Estado.” (sentC-356/94 M.P. Fabio Morón Díaz).

En la misma línea del fallo anterior, encaminada a preservar la carrera administrativa cuya conveniencia aparece manifiesta, esta Corporación dijo en sentencia C-195/94, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa: “El sistema de carrera administrativa tiene como finalidad la realización de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, así como procurar la estabilidad en los cargos públicos, con base en estos principios y en la honestidad en el desempeño de los mismos. Se busca que la administración esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, para que la función que cumplan sea acorde con las finalidades perfectivas que el interés general espera de los empleados que prestan sus servicios del Estado. El elemento objetivo de la eficiencia es el determinante de la estabilidad laboral, por cuanto es su principio de razón suficiente. No se trata de una permanencia en el cargo por razones ajenas a la efectividad de los buenos resultados, ni el ingreso al empleo sin una vinculación fundada en motivos diferentes a la capacidad. Igualmente, el retiro se hará por hechos determinados legalmente, inspirados en la realidad de la eficiencia laboral. En definitiva, lo que se protege es el interés general.”

El ingreso y ascenso en cargos de carrera, según lo ordena nuestro Estatuto Supremo en el artículo antes mencionado, se debe realizar previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Dejando claramente establecido el Constituyente que la filiación política de los ciudadanos “en ningún

caso” podrá determinar su nombramiento, ascenso o remoción en empleos de esa naturaleza.

En la misma forma, consagra que el retiro de un empleado que ocupa un cargo de carrera, sólo podrá producirse por: calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En desarrollo del citado artículo 125 de la Constitución, se expidió la ley 27 de 1992, cuyo artículo 11 se refirió a los concursos, clasificándolos así: 1.- “Abiertos, para el ingreso de nuevo personal a la carrera administrativa”; y 2.- “De ascenso, para personal escalafonado”, y definió cada una de las etapas que los integran.

De otro lado, hizo alusión a la publicidad de los mismos, disponiendo que las convocatorias para los concursos abiertos deberán divulgarse, al menos, en uno de estos medios: la prensa, la radio o la televisión; permitiendo que en los municipios cuya población sea inferior a veinte mil (20.000) habitantes, se haga a través de bandos o edictos, los cuales define.

Y en lo que respecta a la provisión de empleos de carrera, señala que debe realizarse previo concurso, por nombramiento en periodo de prueba o por ascenso. (art. 10 ley 27/92).

#### d. Los concursos.

En este orden de ideas, el concurso ha sido instituido por la ley como un procedimiento idóneo para proveer cargos de carrera administrativa, y se conforma por una serie de actos y hechos administrativos, a saber: la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el periodo de prueba. (art. 4o. dec. 1222/93)

1.- La convocatoria (que dice la ley por convocación), es el primer paso del procedimiento de selección y consiste en un llamado que hace la Administración a quienes reúnan determinadas calidades o condiciones para incorporarse a un empleo de carrera administrativa. En ella se consagran las bases del concurso, las cuales difieren de acuerdo con el tipo de concurso y el cargo por proveer; en términos generales, se pueden mencionar, a manera de ejemplo, algunas de las previsiones que debe contener, a saber: la

identificación del cargo, las funciones, la remuneración, los requisitos de estudios para el desempeño del empleo, títulos, experiencia, o en su lugar la forma como se compensan esas exigencias, los documentos que debe presentar el candidato para su inscripción, la demostración de calidades, las funciones del cargo, la clase de exámenes o pruebas que se van a realizar, la indicación del sitio, fecha y hora en que se llevará a cabo el concurso, el tiempo límite de inscripciones, lugar en donde se reciben éstas, la fecha en que se publicarán los resultados, en fin, todos aquellos factores que habrá de evaluarse dentro del concurso. Regulaciones que, como se consagra en el artículo 5o. del mismo decreto, acusado parcialmente, “es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración como a los participantes”, es decir, es ley para las partes.

La convocatoria garantiza a los aspirantes, en el evento de que cumplan las exigencias estatuidas, igualdad de oportunidades para acceder a ocupar cargos públicos, y el derecho a concursar en igualdad de condiciones.

2.- El reclutamiento, tiene como finalidad determinar quiénes de las personas que se inscribieron para participar en el concurso, reúnen los requisitos y condiciones exigidas por la administración, para lo cual se debe elaborar una lista en la que aparezcan los candidatos admitidos y los rechazados, teniendo en cuenta que en este último caso, solamente se permite excluir a quienes no cumplan con las exigencias señaladas en la convocatoria, las que deberán indicarse a cada uno de los afectados en forma escrita y precisa.

Adviértase que en esta etapa del concurso se hace un análisis meramente objetivo, (edad, nacionalidad, estudios, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, etc) para determinar la aptitud legal de los aspirantes, lo cual se realiza antes de las pruebas o exámenes de conocimientos.

3.- La aplicación de pruebas o instrumentos de selección, tiene como fin esencial “apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidades del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo” (art. 8o. dec. 1222/93). Con la realización de las pruebas se busca la evaluación del candidato no sólo en el aspecto intelectual por medio de exámenes de conocimientos generales y profesionales específicos de acuerdo con el cargo, sino también sus condiciones de preparación, competencia, capacidad o aptitud física,

comportamiento social, idoneidad moral, presentación personal, capacidad para relacionarse con las personas, antecedentes personales y familiares, etc, para lo cual se practicarán pruebas psicológicas, entrevistas y todos aquellos otros mecanismos que se consideren aptos para ese fin.

4.- Lista de elegibles. Valoradas cada una de las pruebas se procede a la elaboración de la denominada lista de elegibles, de acuerdo con el puntaje obtenido por cada participante, indicando los candidatos que aprobaron “en riguroso orden de mérito”, como lo ordena el artículo 9o. del decreto 1222 de 1993, objeto de impugnación.

e.- La norma acusada.

Si la carrera administrativa, como ya se expresó, se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, la administración debe seleccionar al más destacado, es decir, a quien ha demostrado una mejor preparación, conocimiento y competencia, de acuerdo con las funciones del empleo y a las necesidades del servicio público.

Así las cosas, el precepto demandado al establecer que con base en los resultados del concurso, el jefe del organismo debe elaborar la lista de elegibles “con los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito”, la cual tendrá una vigencia de un (1) año para los empleos del concurso, y que “efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en orden descendente”, no vulnera la Constitución y por el contrario se adecua a sus mandatos.

No acontece lo mismo, con la parte de la disposición que prescribe: “La provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles”, que el actor cuestiona por ser discriminatoria y arbitraria, ya que en últimas el nombramiento dependerá de la discrecionalidad del nominador, violando así los artículos 13 y 125 de la Constitución, criterio que comparte plenamente la Corte, por las razones que se esgrimen a continuación:

El legislador ha instituido el concurso de méritos como mecanismo instrumental idóneo para la provisión de cargos de carrera administrativa, regulando cada una de las etapas que lo conforman, tal como se describió en el punto anterior. Sin embargo, llama la atención de la

Corte que ni en la ley 27 de 1992, por medio de la cual se desarrolla el artículo 125 de la Carta, ni en el decreto ley 1222 de 1993, parcialmente acusado, se hubiera reglamentado esta materia en una forma más completa, pues se observan carencias en distintos aspectos, lo cual crea inseguridad y puede ser fuente de equívocas interpretaciones.

En lo que respecta a la consagración de los elementos, pruebas o instrumentos de selección que han de aplicarse para apreciar “la capacidad, idoneidad y potencialidades del aspirante” que quiera acceder a un empleo de carrera, como cada uno de los factores que han de calificarse no fueron determinados por el legislador extraordinario, a pesar de tener facultades para hacerlo, quedó librada al criterio del nominador la práctica de tales pruebas, lo cual no resulta conveniente ni a tono con la institución del concurso, pues la existencia de un procedimiento reglado tiende, precisamente, a limitar la apreciación discrecional del nominador, garantizando así de manera eficaz, los derechos de los aspirantes.

Pero sea cual fuere el método o sistema elegido, éste debe contener criterios específicos y concretos para efectuar una selección en la que aparezcan como valores dominantes la capacidad profesional o técnica del aspirante, sus calidades personales y su idoneidad moral, acordes con las funciones del empleo y las necesidades del servicio público. Por tanto, no puede quedar al nominador una libertad absoluta para que designe a su arbitrio, pues, el nombramiento siempre tendrá que recaer en quien haya obtenido el mayor número de puntos.

La calificación de cada uno de los distintos actos que componen las pruebas o instrumentos de selección, dependerá del método o sistema que se elija, y en esta etapa el nominador ejerce una tarea decisiva, pues si bien es cierto que tiene ciertas limitaciones regladas, también lo es que posee alguna discrecionalidad. En efecto, si se trata de la calificación de exámenes o de aquellos requisitos objetivos a los cuales se les ha asignado un determinado valor, la suma de todos estos será una simple operación matemática en la que el ganador será quien ha obtenido el mayor puntaje. Dentro de éstos se encuentran los que se demuestran con documentos, por ejemplo: la edad, la nacionalidad, la profesión, las especializaciones, los antecedentes penales y disciplinarios, la experiencia, etc.

Sin embargo, existen otros factores en los que la calificación meramente objetiva es imposible, y es allí en donde aparece un elemento subjetivo que, en ciertas ocasiones, podría

determinar la selección, como sería por ejemplo, el análisis de las condiciones morales del aspirante, su capacidad para relacionarse con el público, su comportamiento social, etc, condiciones que el nominador está obligado a juzgar con prudencia, equidad, razonabilidad y proporcionalidad, basado solamente en el interés público, el buen servicio, y las funciones propias del empleo, lo que no equivale a sustraerlo a su juicio. Lo que ocurre es que se da un cierto margen de apreciación por pertenecer a consideraciones no cuantificables y es aquí donde juega un papel importante la discrecionalidad del nominador.

Así, la valoración de las condiciones, títulos y demás requisitos de los aspirantes a ocupar un empleo de carrera administrativa, se convierte en reglada y por ello la administración tendrá que señalar cada uno de los factores que habrá de evaluarse dentro del concurso de méritos para efectos de la selección, los que obviamente son de obligatoria observancia para la autoridad pública respectiva y para los candidatos.

Sobre el tema de la discrecionalidad, esta Corporación al igual que el Consejo de Estado, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades. Entonces, basta insistir en que ella no puede confundirse con la arbitrariedad, pues ésta es caprichosa, no sujeta necesariamente a los propósitos que han de informar la vinculación a las tareas de la función pública, mientras que aquélla ha de ser razonablemente justificada y guiada por el propósito insubrogable de atender de manera óptima, las necesidades del servicio. Tal motivación razonada tiende, además, a garantizar el derecho de defensa de quien se crea lesionado por el ejercicio del poder discrecional. De los criterios usados para la selección, dependerá la rectitud de la decisión discrecional, quedando a salvo la facultad del afectado de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, en caso de que juzgue lesionado su derecho.

Tomás Ramón Fernández, en su obra "Arbitrariedad y discrecionalidad" (Ed. Civitas, Madrid, 1991), señala que la discrecionalidad no es arbitrariedad y, citando una sentencia del Tribunal Constitucional Español, afirma que éstos son más bien, 'conceptos antagónicos' que no se pueden confundir, "pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que lo segundo (lo arbitrario), o no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente- la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad".

Y más adelante, agrega: “la motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sólo voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya por este sólo hecho arbitrario.....”.

En este orden de ideas, considera la Corte que la discrecionalidad del nominador en el proceso de calificación de ciertos items, para efectos de la selección de quien ha de ocupar el empleo, no es absoluta, pues si así aconteciera, se desnaturalizaría el concurso, y se consagraría precisamente lo que el Constituyente ha repudiado, el nombramiento o designación que no toma en cuenta el mérito y capacidad del candidato, es decir, la arbitrariedad.

Para esta Corporación es claro, que un verdadero concurso de méritos es aquél en el que se evalúan todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública, dentro de una sana competencia para lograr una selección justa, equitativa, imparcial y adecuada a las necesidades del servicio público. En consecuencia, la administración habrá de señalar un valor determinado a cada uno de esos items, (condiciones profesionales, morales y personales) y, por consiguiente, el aspirante que obtenga el máximo puntaje es quien tiene derecho a ser nombrado en el cargo para el que concursó.

Es que cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo, será quien haya obtenido la mayor puntuación.

Sin embargo, esta Corporación ha venido conociendo de múltiples procesos de tutela en los que los accionantes se quejan de haber concursado para ingresar a un cargo de carrera administrativa y, a pesar de haber obtenido un puntaje superior al de quien en últimas se nombró, fueron excluidos con el argumento de la falta de idoneidad moral o social de los concursantes, exclusión que de no estar plenamente justificada se convierte en arbitraria.

En este orden de ideas, considera la Corte que una de las formas de acabar con esta práctica, es precisamente incluir dentro de los factores de calificación, la idoneidad moral, social y física del candidato, pues el hecho de que el análisis en ese campo pertenezca a la subjetividad del nominador, no significa arbitrariedad, pues tales aspectos también han de ser apreciados y calificados, para evitar abusos. De no ser así, se desnaturalizaría la carrera administrativa y, por ende, se infringiría el artículo 125 Superior, que ordena que el ingreso a ella se efectúe “previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”, y si ellos se desconocen, obviamente se infringe la Constitución.

Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, ¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias?. De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. En él, por tanto, se ha de calificar no sólo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular.

Recuérdese que uno de los cambios constitucionales de mayor trascendencia fue precisamente la institucionalización de la carrera administrativa, como regla general, para el acceso a los empleos del Estado y, por tanto, son el mérito y la capacidad de los aspirantes su único fundamento. Mediante un apropiado sistema de carrera, se garantiza el derecho de todos a formar parte de la administración pública en igualdad de condiciones y oportunidades, al igual que el derecho de quienes ingresen a ella a tener estabilidad en el empleo, siempre y cuando cumplan fielmente con los deberes del cargo, lográndose así la moralidad, eficacia, eficiencia, imparcialidad y transparencia en la prestación del servicio público.

Un asunto diferente es el que hace relación a ciertos nombramientos en la rama judicial regulados en la propia Carta y para los cuales se contempla un mecanismo especial. Tales,

los previstos en los artículos 231 y 256-2, de los cuales no se ocupa la Corte en la presente ocasión.

En este orden de ideas, se declarará inexecutable el aparte del artículo 9o. del decreto 1222 de 1993, que dice: “.....La provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles.....”, por infringir los artículos 13, 40-7 y 125 del Estatuto Superior.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Nacional,

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 9o. del decreto 1222 de 1993, excepto el aparte que dice: “....La provisión del empleo deberá hacerse con una de las personas que se encuentre entre los tres primeros puestos de la lista de elegibles.....”, el cual es INEXEQUIBLE.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JORGE ARANGO MEJIA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia C-040/95

CARRERA ADMINISTRATIVA-Calidades/CARRERA ADMINISTRATIVA-Méritos (Aclaración de voto)

Mientras las calidades tienen que ver con atributos objetivos predicables de todos los aspirantes, entre los cuales se destacan la formación académica, la experiencia laboral, o la inexistencia de antecedentes penales o judiciales en general, los méritos tienen una connotación más subjetiva para cuya medición hay que detenerse en consideraciones particulares de cada uno de los aspirantes. Estos elementos subjetivos que contienen la noción de mérito podían excluir a nuestro entender del acceso a la carrera administrativa a personas que por ejemplo no admitiesen la vigencia de la Constitución, ni respetasen ni obedeciesen a las autoridades; con lo cual se actúa en consonancia con la legalidad promovida en el orden constitucional y en la normatividad jurídica, que de otro modo se vería traicionada por una formulación que la contrariase esencialmente, como sería la de admitir

que sus servidores fueran sus propios enemigos.

REF. Expediente D-652

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 9o. del Decreto 1222 de 1993.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de esta Corporación y acogiendo en el caso de la referencia la parte resolutive de la sentencia, debo sin embargo aclarar mi voto en el siguiente sentido:

La Carta Política distingue los predicados que deben ser tenidos en cuenta en los aspirantes a cargos de carrera y al ascenso en los mismos, cuales son, los relacionados con sus “méritos” y los relacionados con sus “calidades” (artículo 125 C.P.).

Mientras las calidades tienen que ver con atributos objetivos predicables de todos los aspirantes, entre los cuales se destacan la formación académica, la experiencia laboral, o la inexistencia de antecedentes penales o judiciales en general, los méritos tienen una connotación más subjetiva para cuya medición hay que detenerse en consideraciones particulares de cada uno de los aspirantes.

Esta vocación por el valor del mérito, que encuentra su apoyo en la parte dogmática de la Constitución, según la cual existe un derecho a la honra, que pueda ser amparable en los efectos objetivos del mismo, que no son otros que el reconocimiento del mérito, que cada cual tiene por características sociales y particulares de su propia vida, que quiere amparar el constituyente de 1991 (art. 21 C.P.).

De manera que estos elementos subjetivos que contienen la noción de mérito podrían excluir a nuestro entender del acceso a la carrera administrativa a personas que por ejemplo no admitiesen la vigencia de la Constitución, ni respetasen ni obedeciesen a las autoridades (art. 4o. inciso 2o. de la C.P.); con lo cual se actúa en consonancia con la legalidad promovida en el orden constitucional y en la normatividad jurídica, que de otro modo se vería traicionada por una formulación que la contrariase esencialmente, como sería la de admitir que sus servidores fueran sus propios enemigos.

En apoyo de este criterio se encuentran en el derecho comparado ejemplos que es oportuno citar aquí:

1. La Constitución Política de la República Francesa, prohíbe la existencia de movimientos políticos que participen en la dirección del Estado, que no admitan el principio de la soberanía nacional.

Fecha, ut supra.

FABIO MORON DIAZ

Magistrado