

Sentencia C-1122/05

CARRERA ADMINISTRATIVA-Principio del mérito como factor determinante para ingresar y permanecer en ella

CARRERA ADMINISTRATIVA-Concepto y fines

CARRERA ADMINISTRATIVA-Principios de los procesos de selección

CARRERA ADMINISTRATIVA EN SUPERINTENDENCIAS-Etapas

CONCURSO DE MERITOS EN SUPERINTENDENCIAS-Factores de evaluación

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CARRERA ADMINISTRATIVA-Límites

CONCURSO DE MERITOS EN SUPERINTENDENCIAS-Valor de la prueba de conocimientos/CONCURSO DE MERITOS EN SUPERINTENDENCIAS-Pruebas realizadas en el curso concurso/CONCURSO DE MERITOS EN SUPERINTENDENCIAS-Pruebas de conocimientos tienen un efecto clasificatorio y no simplemente eliminatorio/CONCURSO DE MERITOS EN SUPERINTENDENCIAS-Violación del derecho a la igualdad

CONCURSO DE MERITOS EN SUPERINTENDENCIAS-Número de aspirantes que pasan al curso-concurso/DERECHO DE ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Número de aspirantes que pasan al curso-concurso

La disposición permite pasar a la fase del proceso de selección llamada curso-concurso a un número máximo de aspirantes, equivalente al doble de los cargos vacantes que se van a proveer. Es decir, por cada vacante compiten dos concursantes. No más. Se trata de una restricción adoptada por razones de conveniencia de tipo logístico o económico, que impiden admitir al curso números elevados de participantes, como lo sugiere alguna de las intervenciones. Debe observarse, sin embargo, que estos dos concursantes que por cada vacante pasan a la fase final del proceso de selección que es el llamado curso-concurso han superado a otros aspirantes que, sin esta limitación numérica, se han inscrito inicialmente a proceso en virtud de la publicación de la convocatoria. Es decir, no se presenta la discriminación que alega la demanda, porque los aspirantes que pasan a la segunda fase del concurso, a pesar de ser sólo dos por cada vacante, han demostrado mayor mérito que los

demás en las etapas anteriores; dicho de otra manera, la garantía del derecho de acceso al ejercicio de cargos públicos en igualdad de condiciones evidentemente no opera exclusivamente en la última fase, la del curso-concurso, sino en el proceso de selección mirado como un todo.

Referencia: expediente D-5767

Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales cuarto y segundo del artículo 23 (expedientes D-5757 y D-576, respectivamente), contra el numeral 2° (parcial) del artículo 22 (expediente D-5771) del Decreto 775 de 2005, “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional” y contra el numeral 4.3, parcial, del artículo 17 del Decreto 790 de 2005, “por el cual se establece el sistema específico de Carrera Administrativa en la unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Arocivil”.

Actoras: Mercedes Olaya Vargas (Expedientes D-5757 y D-5767) y Marcela Patricia Jiménez Arango (Expediente D- 5771)

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, primero (1°) de noviembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente Sentencia con base en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la ciudadana Mercedes Olaya Vargas, actuando en nombre propio y haciendo uso de los derechos consagrados en los artículos 40 numeral 6° y 95 numeral 7° de la Constitución Política, demandó el numeral cuarto del artículo 23 del Decreto 775 de 2005, “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional”.

2. La misma ciudadana, actuando de la misma forma y haciendo uso de los mismos derechos y de la misma acción, en proceso independiente demandó la constitucionalidad del numeral segundo del artículo 23 del mismo Decreto 775 de 2005, “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional”.

3. Por su parte, la ciudadana Marcela Patricia Jiménez Arango, también en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó parcialmente el numeral segundo del artículo 22 del Decreto 775 de 2005, “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional”.

5. Mediante auto proferido el día doce (12) de mayo de dos mil cinco (2005), el magistrado sustanciador inadmitió las demandas incoadas en contra de los artículos 23 numeral 4° y veintidós numeral 2° del Decreto 775 de 2005, y la dirigida contra el artículo 17 numeral 4.3 del Decreto 790 de 2005.

Mediante el mismo auto anterior, el magistrado sustanciador decidió admitir, una vez agotado el trámite de inadmisión de las anteriores demandas, la demanda presentada en contra del artículo 23, numeral 2°, del Decreto 775 de 2005.

6. Mediante auto proferido el veintitrés (23) de mayo de 2005, el magistrado sustanciador rechazó las demandas formuladas en contra de los artículos 23 numeral 4° y veintidós numeral 2° del Decreto 775 de 2005, así como la entablada en contra del artículo 17 numeral 4.3 del Decreto 790 de 2005.

7. En consecuencia, en la presente Sentencia se decidirá exclusivamente la demanda incoada por la ciudadana Mercedes Olaya Vargas, dirigida en contra del numeral segundo del artículo 23 del Decreto 775 de 2005, correspondiente al expediente D-5767.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma acusada, tal como aparece publicada en el Diario Oficial N°. 45855 del 19 de marzo de 2005, y dentro de ella se subraya y resalta el numeral considerado inconstitucional.

“DECRETO NUMERO 775 DE 2005

(marzo 17)

“por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional.

“El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 4 del artículo 53 de la Ley 909 de 2004,

DECRETA:

“ ...

CAPITULO IV

“Sistema Específico de Carrera Administrativa de las Superintendencias

“ ...

“Artículo 23. Pruebas o instrumentos de selección. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad evaluar la capacidad, adecuación, competencia, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad y eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros previamente determinados.

“Los medios de valoración serán determinados por cada Superintendencia de acuerdo con la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos. A cada prueba se le asignará un peso teniendo en cuenta la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos.

“Dentro de las pruebas que se podrán utilizar están:

“23.1 Prueba de conocimientos específicos o generales de acuerdo con la naturaleza del cargo a proveer.

“23.2 El concurso-curso, entendido como la realización de un curso al cual ingresan los aspirantes que hayan superado las pruebas o instrumentos de selección definidos en la

convocatoria. Ingresarán al curso un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se hayan señalado en la convocatoria. En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles.

“23.3 El curso-concurso, consiste en la utilización, como criterio de selección, de los resultados obtenidos por los aspirantes en un curso relacionado con las funciones de los empleos a proveer. La lista de elegibles se conformará con quienes superen el curso en los términos de la convocatoria.

“23.5 Análisis de antecedentes.”

III. LA DEMANDA

Al parecer de la demandante, el numeral que acusa infringe el Preámbulo y los artículos 13, 40 numeral 7° y 125 de la Constitución Política.

Para explicar las razones por las cuales se produciría esa vulneración, indica que la norma acusada expresa que al curso -concurso ingresarán quienes superen “las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria”, pero que en su parte final ordena que la lista de elegibles se elabore con el resultado de la “evaluación final del curso”. Esto significa que “la evaluación satisfactoria de méritos de la primera fase, que es requisito previo para el curso”, desaparece o queda en ceros, pues los resultados definitivos se determinan exclusivamente por las evaluaciones del curso-concurso.

Señala entonces que la anulación de la primera fase “vulnera el valor de “justicia” expresado en el preámbulo fundamental, habida cuenta que quien demostró mayor mérito en la primera evaluación estará posteriormente en igual puesto de ubicación con quien ingresó de último”. Además, lo anterior resulta discriminatorio, pues “en igualdad de puntajes queda tanto quien obtuvo la mayor evaluación como quien ingresó de último”. Agrega, que una forma de compensar tal situación sería establecer que los puntajes, tanto del examen como del curso, se promedien, “de tal forma que el esfuerzo o mérito no se pierda o desvanezca”. Es decir, la demandante reprocha que la norma disponga “que el peso de los elementos de selección aplicados en la fase del curso es el definitivo para la elaboración de la “lista de elegibles”, es decir, que la evaluación de la fase anterior se infirma.”

Concluye entonces la libelista que la norma que acusa, en la medida en que desconoce el valor del examen de ingreso al curso, limita las posibilidades de ingreso a la carrera administrativa en igualdad de condiciones, por lo cual debe ser retirada del ordenamiento.

Continúa la demanda sosteniendo que la segunda parte de la norma demandada establece que al curso ingresa “un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se haya señalado en la convocatoria”, lo cual constituye una limitación discriminatoria, “puesto que afecta el mérito de los concursantes que demostraron sus capacidades en el concurso o examen inicial a través de diferentes pruebas”. Esta limitación también vulnera la posibilidad de ocupar cargos públicos, por lo cual debe ser retirada del ordenamiento.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En representación de la Superintendencia de Industria y Comercio, intervino oportunamente dentro del proceso el ciudadano Ramón Francisco Cárdenas Ramírez, quien expuso ante la Corte que la etapa de selección está integrada por pruebas de carácter eliminatorio predeterminadas en la convocatoria hecha de conformidad con la ley, dentro de las cuales está la prueba de conocimientos, que pueden ser específicos o generales. Posteriormente viene la etapa clasificatoria, que tiene por finalidad establecer el orden en el cual se integrará la lista de elegibles, etapa que se surte mediante el llamado “curso concurso”. El anterior diseño del sistema de selección responde, dice, a la amplia libertad de configuración del legislador en esta materia.

2. Intervención de la Superintendencia de Sociedades.

En representación de la Superintendencia de la referencia intervino en tiempo el ciudadano Víctor Alfonso Estupiñán Perdomo, en defensa de la constitucionalidad de la norma demandada.

En sustento de su posición, el interviniente explica que “la prueba denominada concurso-curso, consiste sencillamente en una prueba mixta, que considera en una primera etapa la realización de pruebas eliminatorias, señaladas de manera previa en la convocatoria a concurso (conocimientos, entrevista, habilidades, experiencia, etc.), con cuyo resultado se

escoge un número máximo de aspirantes que podrán pasar a la segunda etapa que comprende la realización de un curso de formación, normalmente relacionado con las funciones del empleo a proveer”. Los conocimientos que se adquieren en tal curso, afirma, “no se obtienen en los programas académicos tradicionales...”. En tal virtud, el conocimiento de los asuntos propios de las funciones del cargo sólo existe en la entidad, “y en consecuencia la prueba del concurso-curso resulta más que pertinente para seleccionar al mejor de los mejores.”

Ahora bien, en relación concreta con los cargos de la demanda, la Superintendencia de Sociedades sostiene que “la facultad legal otorgada a las superintendencias para la utilización de la prueba concurso-curso... observa más allá de lo constitucionalmente exigido el principio de igualdad y el principio del mérito en la escogencias de los nuevos servidores públicos...”, pues si en algún mecanismo de selección existe consonancia entre la prueba a aplicar y el perfil del empleo a proveer es en dicha prueba. En efecto, hace ver el escrito, que “no se trata de nombrar en un empleo de carrera a un aspirante que tiene mayores conocimientos y competencias generales, por ejemplo, por haber sido graduado en el extranjero en áreas que no necesariamente guardan relación con el perfil del empleo a proveer, sino que se procura proveer el empleo con el aspirante que demuestre mayor experticia y dominio en la operación y administración de las responsabilidades que tendrá a cargo el empleo a proveer”.

Por lo anterior los resultados de la evaluación del curso concurso son más respetuosos del principio del mérito y del de igualdad contenidos en las normas constitucionales, que las pruebas tradicionales utilizadas como mecanismos de selección.

3. Intervención de la Superintendencia de Valores.

Actuando en representación de la Superintendencia de Valores, oportunamente presentó escrito de intervención la ciudadana Yesmith Mercedes Flechas Gamba, quien defendió la constitucionalidad de la disposición cuestionada.

A juicio de la Superintendencia de Valores, el sistema de carrera en las superintendencias es específico, lo cual no significa que su objetivo no sea garantizar la existencia del suficiente mérito en la vinculación de los funcionarios, así como la libre concurrencia para el ingreso al concurso para todos los que acrediten el cumplimiento de los requisitos de la convocatoria.

Agrega que el Decreto Ley al que pertenece la norma acusada establece el concurso como procedimiento idóneo para proveer los cargos de carrera administrativa, y que dicho concurso se conforma por una serie de actos y hechos administrativos cuales son la convocatoria, la divulgación, la inscripción, las pruebas o instrumentos de selección, la conformación de la lista de elegibles y el período de prueba.

Respecto de la elaboración de la lista de elegibles a partir del resultado del curso-concurso, indica que no adviene motivo de inconstitucionalidad, puesto que no se anulan ni desconocen los resultados obtenidos en la fase previa, toda vez que la misma “debe tener un peso definido previamente en la convocatoria, el cual se tendrá en cuenta junto con la evaluación del curso para conformar finalmente la lista de elegibles.”

Tampoco advierte desconocimiento del mérito personal, ni limitación del derecho de ingreso a la carrera administrativa en igualdad de condiciones, en tanto “acatando el régimen especial de las Superintendencias, ... el ingreso ascenso y permanencia en los cargos de carrera, está determinado por la demostración permanente que la persona es la mejor para cumplir las funciones del cargo en el cual se desempeña...”.

Finalmente, reitera que “al estar plenamente definidos en la convocatoria, el valor que tendrán los instrumentos de selección utilizados en la realización de la prueba del concurso-curso, no se desconoce la igualdad de las condiciones de los aspirantes sino que por el contrario, el conocimiento previo de las reglas contenidas en la convocatoria, ... garantiza a los aspirantes la igualdad de condiciones frente al mérito, que se reconoce de manera personal al individualizar el puntaje del aspirante según el peso definido en el instrumento de selección tanto al ingreso al curso como al final del mismo.”

4. Intervención de la Superintendencia Nacional de Salud

En representación de la entidad de la referencia, intervino oportunamente dentro del proceso el ciudadano Fernando González Moya, quien solicitó a la Corte declarar la constitucionalidad de la norma demandada. En sustento de esta petición, expuso los siguientes argumentos:

La carrera especial fue admitida por el Constituyente, cuando previó la existencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil y contempló regímenes diferentes para las Fuerzas Militares y de Policía, la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Contraloría General

de la República y la Procuraduría General de la Nación. Sostiene que a partir de este dato, “dos vertientes pueden construirse alrededor de esta excepcionalidad. Por una parte, la naturaleza de la actividad -investigación y sanción-, por otra, la independencia del organismo ...”. Agrega entonces que “es importante reivindicar la aplicación de una carrera administrativa especial en la Rama Ejecutiva del sector público, particularmente en materias como son la inspección, vigilancia y control que son desarrolladas por entidades de carácter técnico”. Además, apoyando sus afirmaciones con citas jurisprudenciales¹, sostiene que el carácter excepcional del un determinado régimen de carrera no obedece a su origen constitucional o legal, pues el legislador puede hacer al respecto las determinaciones del caso.

Prosigue el interviniente afirmando que en razón de lo anterior, “el legislador, motu proprio ha previsto tratamiento especial para ciertas entidades, como la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el Ministerio de Relaciones, etc., regímenes especiales que, en todo caso, deben estar justificados. Para el caso de las superintendencias, afirma, “aparece una exigencia mayor, y es la de integrar, por primera vez, el grupo de carreras especiales creadas por la ley o autorizadas mediante habilitación para ser reguladas.”

Recuerda entonces la intervención, que el artículo 4° de la Ley 909 caracteriza el sistema de carrera de las superintendencias como un sistema específico, y el artículo 53 ibidem habilita al presidente de la República para expedir el sistema específico de carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de las superintendencias.

Recalca entonces el interviniente que las superintendencias son organismos netamente técnicos, que en general han sido concebidos para velar por la correcta prestación de los servicios públicos; su función es de policía administrativa, que persigue una orientación garantista del orden público, y en el desarrollo de la misma cumplen un papel específico dentro de la Rama Ejecutiva, pues les corresponde “dictaminar sobre la ejecución que otros hacen” mediante herramientas como visitas, auditorías, investigaciones etc., que las asocia más a organismos de control. Ello justifica, afirma el interviniente, la adopción de una carrera especial así como de regímenes especiales en su actuación y en capacitación, frente a las demás entidades del sector público. En especial, sugiere que los funcionarios de estas entidades no deben provenir de las entidades vigiladas ni viceversa, pues “la puerta giratoria es una costumbre perversa”. Así mismo, destaca que los funcionarios de las

superintendencias son a la vez beneficiarios de los servicios que las entidades vigiladas suministran al público, todo lo cual hace que sea importante “decantar los lineamientos para tales relaciones que impidan poner en tela de juicio el ejercicio de inspección, vigilancia y control, como parte de un código de conducta que sea prolongación de los deberes y prohibiciones que gravitan sobre los servidores públicos.” De esta manera, “el ciudadano que quiere integrarse a servicio público como funcionario de una Superintendencia debe acreditar una serie de calidades adicionales a las exigidas a la generalidad de servidores” e “igual razonamiento debe realizarse cuando se trata de mantenerse como funcionario de la misma.” Dentro de este esquema, prosigue la intervención, “la selección como mecanismo de depuración de la entrada de funcionarios es altamente necesario”.

Entrando a analizar concretamente el cargo de inconstitucionalidad esgrimido en la demanda, la Superintendencia interviniente sostiene que la selección es un proceso complejo “cuyos grados de dificultad y exigencia dependen de las necesidades del servicio público”, y que subyace una impropiedad en la demanda al considerar que en la expresión “concurso” termina el proceso de selección. La realidad, dice, es que el reclutamiento exige en primer lugar un concurso, pero allí no se agota el proceso, pues a esta fase sigue la del curso, del cual se seleccionan, sobre la base de criterios objetivos, los elegibles.

El concurso-curso tiene una significación muy especial “para entes cuyo devenir es muy técnico”, y en donde las personas capacitadas son pocas. Es factible, “que el concurso apenas atisbe los elementos a los cuales se avoca la persona y la entidad cuando lo realizan y sea necesario concretar y decantar más este reto. El curso es, pues, un criterio de particularización del acceso al servicio público que permite a la entidad decantar más las capacidades de quienes selecciona y que se ajusta a esta clase de entidades.”

Afirma entonces la intervención, que similares criterios a los que en ella se exponen fueron acogidos por esta Corte en la Sentencia C-725 de 2000, relativa a la carrera administrativa en la DIAN.

5. Intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria.

Oportunamente intervino dentro del proceso la Superintendencia de la Economía Solidaria, representada por la ciudadana Rosalba Pardo Pardo, quien defendió la constitucionalidad de la norma acusada con fundamento en los siguientes argumentos:

Afirma la intervención que “la demandante basa su criterio de inconstitucionalidad en la conformación de la lista de elegibles, haciendo una apreciación errada del contenido de la norma cuando expresa: “la lista de elegibles se elabora con el resultado de la evaluación final del curso”, cuando en realidad la parte final de la disposición subrayada y demandada expresa lo contrario.

Para explicar la anterior opinión cita el texto de la norma acusada, subrayando en ella lo siguiente:

“23.2 El concurso-curso, entendido como la realización de un curso al cual ingresan los aspirantes que hayan superado las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria. Ingresarán al curso un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se hayan señalado en la convocatoria. En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles.

Sostiene entonces la intervención que en la demanda hay una errónea interpretación, “pues la norma es clara en establecer que la lista de elegibles se determina del valor que tengan los instrumentos de selección y de la evaluación final del curso, la norma acusada no expresa cosa diferente, por lo que la actora parte de una lectura aislada, y por lo tanto equivocada de la norma”. En tal virtud, estima que no debe prosperar el cargo de inconstitucionalidad.

Agrega que la naturaleza del servicio público que prestan las superintendencias justifica el sistema específico de carrera diseñado para ellas y los mecanismos de selección del personal, sin que ello pueda ser entendido como una vulneración del derecho a la igualdad.

Ahora bien, en cuanto al aparte de la disposición acusada conforme al cual “al curso ingresa un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se hayan señalado en la convocatoria”, señala que las acusaciones de la demanda se fundan también en la lectura errada de esta parte de la disposición, pues ella no implica desconocimiento de la fase o evaluación inicial, como quiere hacerlo ver la demanda, menos si se tiene en cuenta que el artículo 5° del mismo decreto dispone la libre concurrencia e igualdad en el ingreso para participar en los concursos, sobre la base del cumplimiento de los requisitos fijados en la convocatoria.

Con base en las anteriores razones, solicita a la Corte declarar la constitucionalidad de la disposición acusada.

6. Intervención del Departamento Administrativo de la Función Pública.

El Departamento Administrativo de la referencia intervino en tiempo dentro del proceso, para solicitarle a la Corte que declare la constitucionalidad de las normas demandadas.

Para fundamentar su solicitud, explica que en cuanto a la carrera administrativa, la jurisprudencia ha reconocido que su régimen debe ser establecido por ley con sujeción a la Constitución, pero con la posibilidad de crear sistemas especiales. De conformidad con la misma jurisprudencia, el legislador cuenta con libertad para establecer los mecanismos para valorar los méritos de los aspirantes a ingresar o a ascender en la carrera administrativa.

Hecha la anterior aclaración general, el concepto del Departamento Administrativo interviniente afirma que el precepto acusado no viola del derecho a la igualdad, porque no restringe el acceso a los empleos públicos, “pues no existe limitante alguna para participar en el concurso y la inclusión en el mismo así como en la lista de elegibles, no se encuentra ligada más que al mérito de los aspirantes.”

Agrega que “en el concurso-curso se prevé la realización de un curso como una prueba más dentro del concurso, que tendrá como propósito transmitir los conocimientos, metodologías, técnicas necesarias para el desempeño del empleo, que los aspirantes no podrán obtener de otra forma, por lo cual el curso tiene un doble objetivo; de una parte es un instrumento de selección y de otra sirve de capacitación para quienes van a ingresar a los empleos objeto de convocatoria.” Dentro de este esquema, “el objetivo principal de las primeras pruebas es seleccionar a las personas que tendrán más éxito en la aprobación del curso, pues contarán con las capacidades y competencias para asimilar los conocimientos que se transmitan a través del mismo.”

Respecto del cargo central de la demanda, la intervención arguye que “no es cierto que se anule el valor de las pruebas iniciales por cuanto se prevé que en la convocatoria se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles. Añade que, el hecho de que se delimite el número de personas que participan en el curso tampoco tiene el alcance de

afectar el derecho a la igualdad, “pues se trata de aplicar un doble criterio: el rendimiento en las pruebas, pues accederán al curso quienes demuestren tener un mayor mérito, encontrándose todos los aspirantes ante la misma posibilidad de ocupar los primeros lugares en las pruebas... el hecho de que se ponga un límite al número de participantes en el curso, tiene un sentido de pedagogía y economía del proceso...”.

7. Intervenciones extemporáneas.

En forma extemporánea intervinieron dentro del proceso la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la Academia Colombiana de Jurisprudencia. En razón de la falta de oportunidad, no se tendrán en cuenta las antedichas intervenciones.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación, Edgardo Maya Villazón, solicitó a esta Corporación declarar la exequibilidad condicionada de la norma acusada. En fundamento de la anterior solicitud expuso las siguientes consideraciones:

1. En un examen inicial, el señor Procurador advierte que la demandante hace una lectura equivocada de numeral 2° del artículo 23 que acusa, por que, contrario a lo que ella sostiene, dicha disposición “consagra que la lista de elegibles se conformará con base en la sumatoria que se haga de: ... La determinación del peso de los instrumentos de selección y, ...La evaluación del curso.”

Por lo tanto, al parecer del Ministerio Público, no tienen fundamento el argumento esgrimido por la demandante, según el cual el legislador no le dio ningún valor a los instrumentos de selección utilizados por la entidad con anterioridad al concurso – curso. Lo anterior, por cuanto al tenor literal de la norma, todas las etapas del proceso de selección, es decir la prueba de conocimientos, el curso concurso, la entrevista y los análisis de antecedentes, tienen un valor específico señalado en la convocatoria, que sirve para la elaboración de la lista de elegibles. A juicio de la vista fiscal, en la referida convocatoria se deben señalar “los porcentajes que a cada etapa se le asignará, cuya sumatoria permitirá elaborar la lista de elegibles.” Por esta razón, encuentra que este primer cargo de inconstitucionalidad se funda en una comprensión errada de la norma, por lo cual no debe estar llamado a prosperar.

2. Posteriormente, el concepto fiscal se adentra en el estudio del cargo relativo a las limitaciones de ingreso al concurso curso. Al respecto, indica que el artículo 125 superior le otorga al Congreso un amplio margen de libertad en el diseño de las normas sobre carrera administrativa, no obstante lo cual debe respetar los principios constitucionales según los cuales “todos los cargos con las excepciones respectivas deben ser de carrera y su ingreso mediante el sistema de mérito”.

Descendiendo al examen concreto del cargo que recae sobre el aparte del numeral 2° del artículo 23 según el cual “Ingresarán al curso un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se hayan señalado en la convocatoria”, la vista fiscal afirma que “en principio esa limitación del número de personas para realizar el concurso-curso no desconoce las normas constitucionales”. En efecto, sostiene, el doble del número de vacantes es un número que permite “crear una expectativa real” entre quienes finalmente conformen la lista de elegibles, en cuanto a la posibilidad de llegar a ocupar el cargo para cuya provisión concursaron. Además, resulta razonable el porcentaje del doble de los cargos señalado por el legislador, “a efectos de llamar a curso sólo a quienes estén en ese rango, asunto que se definirá con los puntajes totalizados hasta ese momento en las pruebas técnicas de selección, medida que como tal no resulta contraria ni a los principios de igualdad ni de mérito que rigen la carrera”.

No obstante lo anterior, la vista fiscal afirma que “si existen aspirantes que tienen el mismo puntaje de corte para entrar al concurso-curso, la administración en la convocatoria habrá de establecer la forma de dirimir esos empates”. Y si ello no es posible, en este evento “ha de asegurarse una plaza en el curso, porque de lo contrario sí se podría desconocer el derecho a la igualdad.”

Y sobre el mismo punto, el concepto añade que preocupa a la Procuraduría “un aspecto de la norma en su aplicación”, pues en ciertas eventualidades, cuando el número de vacantes es mínimo, no resulta razonable que se llame solamente a una cantidad de concursantes equivalente al doble de los cargos a proveer. Al parecer de la vista fiscal, en este punto “la norma universaliza sin distinguir aspectos como éstos, lo cual hace que se torne irrazonable, no sólo se repite, por razones de costos para entidad pública como las superintendencias, sino en desconocimiento de derechos constitucionales como el derecho a la igualdad y el acceso a los cargos públicos, desde la perspectiva de la competitividad o exactamente el

mérito, además de los costos fiscales en los que se incurriría por impartir un curso a un reducido número de personas. Es por ello, que el legislador debió fijar unos parámetros más concretos para acceder al curso cuando el número de vacantes sea exiguo, precisamente para no sacrificar principios tan caros al Estado Social de Derecho, como los de igualdad, economía, eficacia y eficiencia de la administración pública.”

Por lo anterior, el señor Procurador solicita a la Corte Constitucional que “mientras el legislador decide lo pertinente, se fije el número de personas distinto al señalado en la norma impugnada para acceder al curso, cuando las vacantes establecidas en la convocatoria sean mínimas, a efectos de que la aplicación de la misma no vulnere los derechos constitucionales del los concursantes. Aspecto que puede estar a cargo de la Comisión Nacional del Servicio Civil, conforme a las funciones atribuidas por la Constitución y la ley, en especial lo reglado por el artículo 14 del Decreto 775 de 2005, que establece que los concursos o procesos de selección serán adelantados por las superintendencias bajo la vigilancia de dicha entidad.”

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Procurador General solicita a la Corte declarar la constitucionalidad condicionada del numeral 2° del artículo 23 del Decreto Ley 775 de 2005, “bajo el entendido que es necesario fijar un número, superior al señalado en la citada disposición, para ingresar al concurso-curso cuando se trate de convocatorias en las que el número de vacantes sean mínimas.”

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Competencia

1. Por dirigirse la demanda contra una norma que forma parte de un Decreto expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias, al tenor de lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 241 de la Carta, corresponde a esta Corporación decidir sobre su constitucionalidad.

El problema jurídico que plantea la demanda.

2. La demanda se dirige exclusivamente en contra del numeral segundo del artículo 23 del Decreto 775 de 2005, que adopta el sistema de carrera especial para las superintendencias

nacionales. En contra de esta disposición se dirigen dos acusaciones independientes:

2.1 En un primer cargo, se afirma que cuando el numeral acusado define en qué consiste la prueba de selección de personal llamada “curso-concurso”, indicando al respecto que es “la realización de un curso al cual ingresan los aspirantes que hayan superado las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria”, desconoce el valor de la justicia a que alude el Preámbulo de la Carta, el derecho a la igualdad (C.P. Art. 13), el derecho de todos los ciudadanos al desempeño de funciones y cargos públicos (C.P. Art. 40 n. 7), y los principios constitucionales que rigen la carrera administrativa (C.P. Art. 125)

Como razones para explicar la inconstitucionalidad alegada, la demanda arguye que al curso-concurso ingresan quienes superen “las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria”, es decir las etapas anteriores del proceso de selección, entre ellas la “prueba de conocimientos específicos o generales de acuerdo con la naturaleza del cargo a proveer”; no obstante, como al final del proceso la lista de elegibles se elabora exclusivamente con los resultados de la evaluación final del curso concurso, se tiene que los resultados de la primera fase pierden todo su valor, pues no son tenidos en cuenta al momento de elaborar la referida lista de elegibles.

Este primer cargo es refutado por las entidades públicas intervinientes con varios argumentos: para la Superintendencia de Industria y Comercio, las etapas anteriores al curso-concurso, en especial la prueba de conocimientos, tienen un carácter eliminatorio, al paso que el curso tiene un carácter clasificatorio, y por eso con base en los resultados de éste último se integra la lista de elegibles. Este diseño, afirma, cabe dentro de la amplia libertad de configuración del legislador en esta materia. La Superintendencia de Sociedades también estima que existe una primera fase de pruebas eliminatorias, y que quienes las superen ingresan al curso-concurso, en el cual los conocimientos que se obtienen no son susceptibles de ser adquiridos en los programas académicos tradicionales, puesto que se trata de saberes relacionados con los asuntos propios de las funciones del cargo, que sólo se tienen en la entidad, y que sólo ella puede transmitir; así, para esta Superintendencia los conocimientos generales que pueden adquirirse en establecimientos educativos no tienen el mismo peso que los específicos exigidos para ocupar el cargo. En similar orientación se pronuncia la Superintendencia Nacional de Salud.

Otras de las intervenciones se dirigen a afirmar que la demanda parte de una lectura errada de la norma. En este sentido, la Superintendencia de Valores señala que no es cierto que se desconozcan los resultados obtenidos en la fase previa, puesto que conforme a la misma norma acusada, estos resultados deben tener un peso definido previamente en la convocatoria, el cual debe tenerse en cuenta, junto con la evaluación del curso-concurso, para conformar la lista de elegibles. Igual opinión sostiene el Departamento Administrativo de la Función Pública, y similar orientación sigue la intervención de la Superintendencia de la Economía Solidaria, para quien la demanda se formula a partir de una interpretación equivocada del inciso acusado, pues es claro que en la convocatoria se debe determinar el valor que tengan todos los instrumentos de selección. También la vista fiscal se ubica en esta posición.

Así las cosas, respecto de esta primera acusación, corresponde a la Corte en primer lugar precisar si la norma acusada, o en general el Decreto donde se inserta, establecen que, dentro del proceso de selección de los funcionarios de la carrera administrativa especial de las superintendencias nacionales, las fases anteriores al curso -concurso tienen un carácter simplemente eliminatorio, de tal manera que el puntaje obtenido en las mismas sea irrelevante posteriormente para efectos de elaborar la lista de elegibles, o si dicho puntaje sí tiene un valor en ese momento ulterior, valor que debe aparecer señalado en la convocatoria. Y una vez definido el verdadero alcance de la disposición, correspondería a la Corte estudiar si, de ser las fases previas simplemente eliminatorias, esta circunstancia desconoce los principios constitucionales que presiden la carrera administrativa.

1. En un segundo cargo, la demanda afirma que cuando la parte final de la norma acusada prescribe que al curso concurso ingresa “un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se haya señalado en la convocatoria”, consagra una regulación discriminatoria, que impide a quienes demostraron méritos suficientes en las fases iniciales acceder a los cargos públicos a que aspiran.

El Procurador, por su parte, encuentra que la norma es irrazonable en el caso en el que el número de vacantes a proveer sea mínimo, por lo cual solicita la declaración de exequibilidad condicionada de la disposición.

De esta manera, corresponde a la Corte establecer si el señalamiento de un número máximo de participantes en el curso concurso, dependiendo del número de vacantes a proveer, en una relación de dos concursantes por cada cargo, resulta adecuada para garantizar los principios constitucionales que presiden la institución de la carrera administrativa.

Ahora bien, antes de entrar a resolver de manera concreta los anteriores problemas jurídicos, pasa la Corte a hacer un breve recuento de dichos principios constitucionales, en lo que específicamente tienen que ver con las inquietudes que plantea la demanda.

La Carrera Administrativa y los procesos de selección que deben seguirse para acceder a ella. Principio del mérito como factor determinante del ingreso a la carrera administrativa.

3. Conforme lo prescribe el artículo 125 superior, la regla general es que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”, es decir, “el acceso a ellos se hace previo el cumplimiento de los requisitos y las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes.” Consecuentemente, el mismo artículo 125 constitucional dispone que “(l)os funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.”

Así pues, la regla general que consagra la Constitución es doble: de un lado señala que, salvo las excepciones legales o constitucionales, los empleos públicos son de carrera; y de otro, prescribe que a tal carrera se accede por concurso público.

Ahora bien, la reciente Ley 909 de 2004 desarrolla los anteriores postulados generales sentados por la norma constitucional y, respecto de lo que ha de entenderse por carrera administrativa, define que la misma es “un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público.” Agrega que “Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”² (Negrillas fuera del original) En cuanto al concurso, la misma ley en cita entiende que es el proceso de selección que permite la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos.³

De esta manera, aparece claro que mediante la consagración de la carrera administrativa como regla general y del acceso a ella mediante concurso, tanto el constituyente como el legislador pretenden acabar con prácticas arraigadas en la cultura política, contrarias al mérito como criterio de selección o de permanencia de los funcionarios públicos, tales como el nepotismo, el favoritismo o el clientelismo, que impiden que el ejercicio de la función pública sea llevado a cabo por los más capaces y honestos, en aras del bien común. En este sentido, en la exposición de motivos al proyecto que devino en la Ley 909 de 2004, se afirmó que “el gran reto pendiente de nuestro sistema de empleo público es garantizar de una vez para siempre que el acceso a los empleos públicos se haga exclusivamente de acuerdo con los principios de mérito, capacidad e igualdad, a través de un procedimiento en el que esté salvaguardada la objetividad, la imparcialidad y la especialización del órgano de selección.”

Prescribe también la referida Ley 909, que la ejecución de los procesos de selección para el ingreso y ascenso a los empleos públicos de carrera administrativa, se desarrollará de acuerdo con los siguientes principios:

“a) Mérito. Principio según el cual el ingreso a los cargos de carrera administrativa, el ascenso y la permanencia en los mismos estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos;

“b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias podrán participar en los concursos sin discriminación de ninguna índole;

“c) Publicidad. Se entiende por esta la difusión efectiva de las convocatorias en condiciones que permitan ser conocidas por la totalidad de los candidatos potenciales;

“d) Transparencia en la gestión de los procesos de selección y en el escogimiento de los jurados y órganos técnicos encargados de la selección;

“e) Especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección;

“f) Garantía de imparcialidad de los órganos encargados de gestionar y llevar a cabo los procedimientos de selección y, en especial, de cada uno de los miembros responsables de ejecutarlos;

“g) Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;

“h) Eficacia en los procesos de selección para garantizar la adecuación de los candidatos seleccionados al perfil del empleo;

“i) Eficiencia en los procesos de selección, sin perjuicio del respeto de todas y cada una de las garantías que han de rodear al proceso de selección.” (Negrillas fuera de texto original).

4. La norma aquí acusada pertenece al Decreto 775 de 2005, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron concedidas por el numeral 4° del artículo 53 de la Ley 909 de 2004, y mediante el cual se establece el sistema específico de carrera administrativa para las superintendencias de la Administración Pública Nacional.

Congruentemente con los postulados constitucionales y con los objetivos perseguidos por la ley habilitante, los artículos 3° y 4° del Decreto Ley 775 de 2005 señalan respectivamente que el ingreso, el ascenso y la permanencia a los cargos de carrera de las superintendencias de la Administración Pública Nacional estará determinado por la demostración permanente de que la persona es la mejor para cumplir las funciones del empleo respectivo, en términos

de capacidades, conocimientos, competencias, habilidades y experiencia, es decir de la demostración del mérito para ocupar y permanecer en los cargos (Art. 3°), y que el proceso de selección para la provisión de los mismos tiene por objeto garantizar que sea ese mérito el que determine la vinculación de los funcionarios de carrera de las superintendencias.

No cabe pues duda de que el objeto de la carrera administrativa en general, y de la carrera administrativa específica de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, tiene como fundamento el mérito de quienes se incorporan a la misma y permanecen en ella, y que los concurso o procesos para el ingreso o ascenso dentro de tal carrera persiguen detectar ese mérito en los aspirantes a ocupar los cargos.

5. Corroborando lo anterior, reiterada jurisprudencia emanada de esta Corporación ha insistido en que el mérito es la espina dorsal en torno de la cual se edifican los sistema de carrera y los concurso o procesos de selección para acceder a ella. En ese sentido, por ejemplo, sistemáticamente ha definido que quien ocupa el primer puesto en el concurso de méritos es el llamado a ocupar el cargo que se busca proveer. Véase:

“En este orden de ideas, considera la Corte que la discrecionalidad del nominador en el proceso de calificación de ciertos ítems, 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.

...

“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”.⁴ (Negrillas fuera de texto original).

En igual sentido, en la Sentencia SU-613 de 20025 se afirmó lo siguiente:

“Esta Corporación, en la misma providencia que declaró exequible la existencia de dos procedimientos distintos de selección, fue diáfana en exigir que se nombrara a la persona que, de acuerdo con el procedimiento fijado para funcionarios o para empleados, obtuviera el primer puesto. Lo anterior por cuanto el mérito constituye un criterio objetivo de selección que garantiza igual oportunidad a todos los aspirantes al cargo.” (Negrillas fuera de texto original).

Y de similar manera:

“La Corte concluye que la expresión acusada sólo es exequible si la lista de elegibles se estructura en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso y si la designación recae, en consecuencia, en el aspirante que haya ocupado el primer puesto. Desde luego, efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán con los nombres de las personas que sigan en riguroso orden descendente.”⁶ (Negrillas fuera de texto original).

6. En conclusión, tanto de la Constitución, de la ley vigente que la desarrolla y de la jurisprudencia que la interpreta, emana con toda claridad que es el mérito el factor determinante de ingreso y permanencia a la función pública en los cargos de carrera, por lo cual los procesos de selección o concursos para acceder a ella deben dirigirse a evaluarlo y a proveer los cargos con fundamento en él.

Visto lo anterior, pasa la Corte a hacer un breve recuento del sistema de selección de los funcionarios de la carrera administrativa especial de las superintendencias de la Administración Pública Nacional, que se encuentra regulado por el Decreto Extraordinario 775 de 2005, dentro del cual se inscribe la norma acusada.

Los concursos o procesos de selección para los cargos de carrera administrativa especial en las superintendencias de la Administración Pública Nacional.

7. Como se acaba de decir, el Decreto Extraordinario 775 de 2005 regula los concursos o

procesos de selección que deben ser adelantados para la provisión de cargos de carrera administrativa especial en las superintendencias del orden nacional. El Capítulo IV del mencionado Decreto contiene las normas respectivas, que en breve recuento relativo, prescriben lo siguiente:

a. Los concursos o procesos de selección deben ser adelantados por cada Superintendencia, bajo la vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, para lo cual podrán suscribir contratos con universidades públicas y privadas, instituciones de educación superior o entidades especializadas que demuestren su competencia técnica, capacidad logística y cuenten con personal con experiencia en procesos de selección de personal, o realizar convenios interinstitucionales con otras superintendencias.

b. El proceso de selección del sistema específico de carrera administrativa de las superintendencias comprende las siguientes etapas: convocatoria, divulgación, inscripción, pruebas o instrumentos de selección, y período de prueba.

c. De acuerdo con el perfil, funciones y necesidades específicas del cargo a proveer, se podrán tener como aspectos a ser evaluados, entre otros, los siguientes: (i) La educación, es decir, la formación académica relacionada con las funciones del cargo a desempeñar; (ii) la experiencia general y la relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño, si fuere del caso; y (iii), las habilidades que generen valor agregado para el óptimo desarrollo de las funciones del cargo.

d. Las pruebas o instrumentos de selección tendrán como finalidad “evaluar la capacidad, adecuación, competencia, idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad y eficiencia las funciones y responsabilidades de un cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros previamente determinados. Los medios de valoración serán determinados por cada Superintendencia de acuerdo con la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos. A cada prueba se le asignará un peso teniendo en cuenta la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos.”(Nota: Este texto pertenece a la parte no demandada del artículo 23, que es acusado de inexecutable en su numeral 2°)

e. Dentro de las pruebas que se podrán utilizar están las siguientes cuatro: (i) la prueba de

conocimientos específicos o generales de acuerdo con la naturaleza del cargo a proveer; (ii) el concurso-curso, “entendido como la realización de un curso al cual ingresan los aspirantes que hayan superado las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria. Ingresarán al curso un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se hayan señalado en la convocatoria. En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles”⁷; el curso-concurso, “consiste en la utilización, como criterio de selección, de los resultados obtenidos por los aspirantes en un curso relacionado con las funciones de los empleos a proveer. La lista de elegibles se conformará con quienes superen el curso en los términos de la convocatoria,”⁸ (iii) La entrevista, que cuando se programe, será grabada, tendrá un número plural de evaluadores y no podrá tener un valor superior al quince por ciento (15%) dentro de la calificación total del concurso; y (iv) el análisis de antecedentes.

f. Todas las anteriores pruebas son de carácter reservado

g. Como resultado del proceso de selección se conformará la lista de elegibles, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional. Los empleos objeto de la convocatoria serán provistos a partir de quien ocupe el primer puesto de la lista y en estricto orden descendente. La lista de elegibles se podrá utilizar para proveer vacantes en otros cargos que puedan considerarse iguales o equivalentes de acuerdo con el perfil del empleo, siempre y cuando se cumplan los requisitos y exigencias de los empleos a proveer.

Del anterior recuento destaca la Corte con particular énfasis que el curso -concurso es solamente una de las pruebas que pueden ser utilizadas dentro del proceso de selección, al igual que la prueba de conocimientos específicos o generales, la entrevista o el examen de antecedentes. Es decir, todas las cuatro pruebas son independientes, y es opcional de la entidad incluir unas u otras o todas en el proceso de selección.

Así se deduce del tenor literal del artículo 23, que, antes de entrar a enumerar las pruebas propias del proceso de selección afirma:

“Dentro de las pruebas que se podrán utilizar están:

...”

Teniendo en cuenta lo anterior, pasa la Corte a estudiar de manera concreta los cargos de la demanda.

Examen de los cargos de la demanda.

Primer cargo.

8. Conforme se reseñó anteriormente, el primer cargo afirma que la disposición acusada establece que la lista de elegibles se elabora exclusivamente con los resultados de la evaluación final del curso – concurso, desconociendo las fases anteriores del proceso de selección, en especial la prueba de conocimientos, con lo cual desconoce el Preámbulo y los artículos 13, 4º-7 y 125 de la Constitución.

Como se dijo, algunas de las entidades públicas intervinientes y también el señor Procurador consideran que la demandante formula este cargo a partir de una lectura errada de la disposición, pues de ella no se deduce que las fases anteriores del proceso de selección no tengan peso a la hora de elaborar la lista de elegibles. Sin embargo, algunas de las superintendencias intervinientes no comparten esa posición sobre la interpretación errónea de la norma, y refutan el cargo de la demanda a partir de consideraciones según las cuales la libertad de configuración del legislador le permitiría ordenar la elaboración de la lista de elegibles solamente con los resultados del curso-concurso, pues las fases anteriores tendrían un carácter simplemente eliminatorio, más no clasificatorio.

Lo anterior pone de presente que existe una divergencia respecto del sentido y alcance de la norma acusada, que impone al juez constitucional precisarlo a fin de llevar a cabo el examen de constitucionalidad que se le pide. Pasa la Corte a ocuparse de ello:

9. El tenor literal de la disposición acusada, se recuerda, es el siguiente, referente al curso-concurso como una de las pruebas que pueden formar parte del proceso de selección para la provisión de cargos de carrera administrativa en las superintendencias del orden nacional:

“23.2 El concurso-curso, entendido como la realización de un curso al cual ingresan los aspirantes que hayan superado las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria. Ingresarán al curso un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se hayan señalado en la convocatoria. En esta se determinará el peso que

tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles.

El aparte que genera la divergencia interpretativa es el que se ha subrayado. En él se indica que “En esta (la convocatoria), se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso...”, con lo cual claramente señala que todas las pruebas, y no solamente el curso-concurso, tienen un peso, es decir alguna incidencia en el proceso de selección. En esto se basan quienes afirman que la demandante da una lectura equivocada a la disposición acusada, pues estiman que la norma no desconoce las fases anteriores al curso-concurso, en cuanto expresamente afirma que tendrán un “peso”.

Sin embargo, la demandante y algunos de los intervinientes ponen su atención en el aparte de la disposición que dice “y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles”, y concluyen que de allí se extrae que la lista de elegibles se elabora exclusivamente con los resultados del curso-concurso, sin tener en cuenta o computar los resultados de las demás pruebas, en especial la prueba de conocimientos específicos. La demandante estima que esto resulta inconstitucional, especialmente por cuanto implica no tener en cuenta las calificaciones resultantes de la prueba de conocimientos, pero los intervinientes que comparten su lectura de la norma creen que el legislador tenía libertad para diseñar así el proceso, dándole a tal prueba de conocimientos carácter simplemente eliminatorio mas no clasificatorio.

La Corte estima que la redacción de la parte final del numeral acusado es ciertamente confusa, por lo cual ha dado origen a la divergencia interpretativa que acaba de explicarse. Así, la interpretación literal de la disposición no arroja mayor claridad sobre lo que realmente quiso disponer el legislador.

Ahora bien, una exégesis contextual o sistemática de la norma arroja cierta luz sobre lo que podría ser su verdadero sentido alcance, mas no aclara completamente el asunto. En efecto, otras prescripciones contenidas en numerales distintos del mismo artículo, o en otros posteriores, revelan que el legislador no quiso que la lista de elegibles fuera hecha teniendo en cuenta exclusivamente los resultados del curso-concurso. Ciertamente, las siguientes normas pertenecientes todas al mismo Decreto 775 de 2005 muestran que el legislador quiso

que cada prueba incluida en el proceso de selección tuviera incidencia al momento de elaborar la lista de elegibles:

* El inciso segundo del artículo 23, el mismo al que pertenece el numeral acusado, reza:

“Los medios de valoración serán determinados por cada Superintendencia de acuerdo con la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos. A cada prueba se le asignará un peso teniendo en cuenta la naturaleza y el perfil de los empleos a ser provistos.” (Negrillas fuera del original)

* El numeral tercero del mismo artículo 23, señala:

“23.3 El curso-concurso, consiste en la utilización, como criterio de selección, de los resultados obtenidos por los aspirantes en un curso relacionado con las funciones de los empleos a proveer. La lista de elegibles se conformará con quienes superen el curso en los términos de la convocatoria.” (Negrillas fuera del original)

Nótese que esta disposición indica que sólo quienes aprueben el curso-concurso pueden formar parte de la lista de elegibles, pero no que las pruebas anteriores no tengan incidencia en la clasificación.

* El artículo 25 referente a la manera de elaborar la lista de elegibles, prescribe:

“Artículo 25. Lista de elegibles. Como resultado del proceso de selección se conformará la lista de elegibles, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto establezca el Gobierno Nacional.” (Negrillas fuera del original)

Repárese en que la norma ordena que la lista de elegibles sea el resultado de todo el proceso de selección.

Así pues, las anteriores normas ordenan que los resultados de las demás pruebas diferentes al curso concurso sean tenidas en cuenta o tengan peso a la hora de elaborar la lista de elegibles. Sin embargo, no disponen perentoriamente que para tales efectos las calificaciones de esas otras pruebas, entre ellas la de conocimientos, sean computadas o promediadas con las del curso-concurso. De esta manera, subsiste la duda siguiente: esas pruebas, y más concretamente la de conocimientos, ¿pueden tener un alcance simplemente

eliminatorio mas no clasificatorio, de manera tal que el peso que tienen es simplemente el de determinar quiénes ingresan al curso-concurso, pero sin que las calificaciones obtenidas por los participantes se computen o promedien con las obtenidas en esta última prueba?

La anterior duda no es resuelta por ninguna de las disposiciones del Capítulo IV del decreto 775 de 2005, dentro del cual se inscribe la disposición acusada, de manera tal que la incertidumbre subsiste. Además, tal duda se hace más intensa, cuando se observa que el Decreto contempla la posibilidad de que las pruebas del proceso de selección tengan un carácter o bien eliminatorio, o bien clasificatorio, según se establezca en la convocatoria.⁹

Así las cosas, la Corte detecta que respecto de las otras pruebas, y particularmente de la prueba de conocimientos específicos o generales, que es a la que alude el cargo de la demanda, no existe claridad en la legislación en lo relativo a su carácter eliminatorio o clasificatorio, y que ello ha dado lugar a la divergencia de opiniones al respecto, que se refleja en el debate que se ha suscitado dentro del presente proceso. Esta falta de claridad hace que algunas de las superintendencias intervinientes estimen que la prueba de conocimientos puede tener un carácter simplemente eliminatorio, de tal manera que las calificaciones obtenidas por los concursantes sirven para determinar quiénes pasan y quiénes no a la fase del curso-concurso, pero la clasificación de los concursantes según los resultados de esta prueba no tiene incidencia posteriormente, en cuanto tales calificaciones no se computan con el resultado del curso-concurso, y por lo mismo no inciden en el momento de elaborar la lista de elegibles. Al paso que otro grupo de superintendencias intervinientes, y con ellas el señor Procurador, entienden que el resultado de la prueba de conocimientos no incide únicamente en la posibilidad de pasar a la fase del curso-concurso, sino que también tiene peso al momento de elaborar la lista de elegibles.

Visto pues que la norma acusada no tiene un sentido unívoco, sino que admite varias interpretaciones, debe la Corte detenerse a estudiar si alguna de éstas resulta contraria a la Constitución, pues en tal caso su deber es expulsar tal exégesis inconstitucional, mediante un fallo modulado de tipo condicionado.¹⁰

10. Como ha sido señalado por esta Corporación, al legislador le asiste una amplia libertad de configuración a la hora de diseñar el sistema de carrera administrativa y de implantar los mecanismos a través de los cuales se valoran los méritos de los aspirantes a ingresar o a

ascender dentro de la misma. Empero, esta libertad de configuración no es ilimitada, en cuanto debe acompañarse con el objetivo mismo que persigue el sistema de carrera. Dicho objetivo, como se hizo ver arriba, no es otro que el asegurar que el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se haga exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna. Por esta razón el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos.¹¹ Sólo así se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual “(e)l ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.” (C.P. Art. 125)

Así las cosas, la Corte estima que no todas las pruebas que conforma el proceso de selección para ingresar a la carrera administrativa pueden tener un carácter exclusivamente eliminatorio. De manera particular, la prueba de conocimientos generales o específicos, en la cual el concursante demuestra lo que sabe y que puede ser útil para el desempeño del cargo, arroja unos resultados que no sólo deben ser tenidos en cuenta para eliminar a los que no alcanzan a obtener un puntaje mínimo, sino que por se conduce a una clasificación de los concursantes según las calificaciones obtenidas, las cuales revelan el mayor o menor grado de conocimientos que cada uno de ellos posee respecto de los otros. Esta gradación según la calificación obtenida en la prueba es un indicador de mayor o menor mérito, que no puede ser desechada por la entidad que llama a concurso. Ciertamente, el no tener en cuenta tal clasificación o gradación de resultados a la hora de conformar la lista de elegibles contradice claramente el propósito constitucional perseguido con la implantación de la carrera administrativa, cual es el de vincular como servidores públicos a los más capaces.

Por lo anterior la Corte rechaza la postura de algunas de las superintendencias intervinientes, para las cuales los únicos conocimientos y habilidades que son importantes a la hora de elaborar la lista de elegibles son los que ellas mismas pueden impartir durante el curso-concurso, puesto que supuestamente las competencias necesarias para desarrollar funciones en esas entidades no son susceptibles de ser adquiridas en ningún programa académico o en ninguna otra experiencia que pueda verse reflejada en los resultados de la prueba de conocimientos generales o específicos.¹² Para esta Corporación, los candidatos llegan al proceso de selección con un bagaje de conocimientos y habilidades que deben ser valorados

por cuanto forman parte del mérito de cada concursante, no solamente para efectos de eliminar a algunos, sino también para clasificar de mayor a menor el resultado de aquellos aspirantes que superen el mínimo puntaje requerido para pasar a la fase siguiente del proceso. Dichos saberes, a pesar de no ser los propiamente específicos del cargo, contribuyen a su buen desempeño. Por ejemplo, el solo manejo correcto del idioma, la adecuada comprensión de lectura, la educación cívica o las habilidades matemáticas, son saberes o habilidades previos que indudablemente forman parte del mérito que debe ser medido a la hora de clasificar a los concursantes mediante el examen de conocimientos.

Ahora bien, el reconocer a la prueba de conocimientos un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, de manera que los resultados del mismo no inciden en la conformación de la lista de elegibles, no sólo desconoce el mérito como fundamento constitucional del ingreso y ascenso dentro de la carrera judicial, y con el ello el artículo 125 superior, sino también el derecho a la igualdad. Por este camino acaba dándose un trato jurídico igual a personas que están en diferente situación de hecho, precisamente en una relación jurídica en la cual las diferencias de mérito conllevan diferente reconocimiento de derechos. Y si la justicia, como lo postularon lo clásicos, consiste en dar a cada cual lo que se merece, evidentemente, el desconocer así sea parcialmente los mayores conocimientos o habilidades del aspirante a ocupar un cargo no realiza el objeto de este valor, afectando también el derecho de acceder al ejercicio de los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad.

Es decir, la Corte comparte el concepto del señor procurador, para quien en la convocatoria se deben señalar “los porcentajes que a cada etapa se le asignará cuya sumatoria permitirá elaborar la lista de elegibles”

Por todo lo anterior la Corte estima que debe rechazar por contraria a la Constitución la interpretación de la norma acusada según la cual la elaboración de la lista de elegibles, cuando en el proceso de selección se han utilizado las pruebas llamadas de conocimientos y de curso-concurso, se puede llevar a cabo únicamente con los resultados de esta última prueba. Por lo anterior, declarará la exequibilidad de la expresión “En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles”, contenida en el numeral segundo del artículo 23 del Decreto 775 de 2005, condicionada a que se entienda que si se ha llevado a

cabo prueba de conocimientos generales o específicos, los resultados de ésta no pueden tener un carácter simplemente eliminatorio, debiéndose reconocerles también un carácter clasificatorio, de manera tal que, a la hora de elaborar la lista de elegibles, tales resultados sean computados con los del curso-concurso, conforme a algún porcentaje preestablecido en la convocatoria, que determine su valor.

Segundo cargo.

11. Como se dijo, el segundo cargo formulado en la demanda consiste en afirmar que cuando la parte final de la norma acusada prescribe que al curso- concurso ingresa “un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se haya señalado en la convocatoria”, consagra una regulación discriminatoria, que impide a quienes demostraron méritos suficientes en las fases iniciales acceder a los cargos públicos a que aspiran. Respecto de esta acusación, el señor Procurador estima que en general se ajusta a la Constitución, pero que se torna irrazonable en el caso en el que el número de vacantes a proveer sea mínimo, por lo cual solicita la declaración de exequibilidad condicionada de la disposición.

La Corte no estima que el cargo deba prosperar, como tampoco la propuesta de la vista fiscal. A su parecer, la disposición permite pasar a la fase del proceso de selección llamada curso-concurso a un numero máximo de aspirantes, equivalente al doble de los cargos vacantes que se van a proveer. Es decir, por cada vacante compiten dos concursantes. No más. Se trata de una restricción adoptada por razones de conveniencia de tipo logístico o económico, que impiden admitir al curso números elevados de participantes, como lo sugiere alguna de las intervenciones. Debe observarse, sin embargo, que estos dos concursantes que por cada vacante pasan a la fase final del proceso de selección que es el llamado curso-concurso han superado a otros aspirantes que, sin esta limitación numérica, se han inscrito inicialmente a proceso en virtud de la publicación de la convocatoria. Es decir, no se presenta la discriminación que alega la demanda, porque los aspirantes que pasan a la segunda fase del concurso, a pesar de ser sólo dos por cada vacante, han demostrado mayor mérito que los demás en las etapas anteriores; dicho de otra manera, la garantía del derecho de acceso al ejercicio de cargos públicos en igualdad de condiciones evidentemente no opera exclusivamente en la última fase, la del curso-concurso, sino en el proceso de selección mirado como un todo.

Ciertamente, el legislador extraordinario hubiera podido adoptar otra norma, fijando una limitación numérica para el acceso al curso-concurso que fuera menos restrictiva. Con ello hubiera permitido que entrara un mayor número de admitidos a esta última fase del proceso de selección, y que tal vez con ello se llegara a una mejor selección del candidato. Sin embargo, las razones prácticas o de conveniencia que pudo haber tenido en cuenta para fijar un tope determinado no caen bajo la órbita de la competencia del juez constitucional.

12. De otro lado, en cuanto a las apreciaciones del Ministerio Público conforme a las cuales la norma se torna irrazonable cuando el número de vacantes a proveer es mínimo, la Corte debe decir que no las comparte. En efecto, matemáticamente, al aplicar la misma restricción numérica para todas las convocatorias, independientemente del número de vacantes, la ley concede a todos los aspirantes, en todos los procesos de selección, idénticas posibilidades de acceder a los cargos públicos vacantes en las superintendencias nacionales. En todos los casos, el número máximo de concursantes por cada vacante es el mismo: dos concursantes por una vacante. Si el legislador hubiera adoptado fórmulas diferentes según el número de vacantes a proveer, por ejemplo tres o cuatro concursantes por vacante atendiendo a que las vacantes son pocas, hubiera sacrificado el principio de igualdad para atender a razones de conveniencia que indican que cuando es mínimo el número de vacantes, no se presentan las mismas dificultades logísticas, prácticas o económicas que se dan cuando son muchos los puestos libres. Y hubiera sacrificado el principio de igualdad, porque la ley que dispusiera una fórmula no uniforme sobre máximo de participantes en el curso-concurso permitiría que, dependiendo del número de vacantes para cuya provisión se hubiera abierto el proceso de selección, las posibilidades de acceso a cargos públicos fueran diferentes, en una relación en la que, a menor número de vacantes, mayor oportunidad de acceso al concurso se daría.

De cualquier manera, la limitación numérica que en casos de muy escasas vacantes, por ejemplo una o dos, pareciera excesiva, pues daría lugar a la conformación de una lista de elegibles ciertamente corta, se morigera si se tiene en cuenta que, conforme lo prescribe el artículo 25 del mismo Decreto 775 de 2005, “(l)a lista de elegibles se podrá utilizar para proveer vacantes en otros cargos que puedan considerarse iguales o equivalentes de acuerdo con el perfil del empleo, siempre y cuando se cumplan los requisitos y exigencias de los empleos a proveer.”

Al parecer de la Corte, la propuesta de la vista fiscal de declarar la exequibilidad

condicionada de la norma “bajo el entendido que es necesario fijar un número, superior al señalado en la citada disposición, para ingresar al concurso-curso cuando se trate de convocatorias en las que el número de vacantes sean mínimas”, no sólo invade la órbita de la libertad de configuración del legislador, sino que, por las razones expuestas, desconoce el derecho a la igualdad. En tal virtud, no será atendida y se declarará la exequibilidad de la disposición.

VII. DECISION

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

R E S U E L V E :

Declarar EXEQUIBLE en numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 775 de 2005, siempre y cuando respecto de la expresión “En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles”, se entienda que si dentro de los concursos o procesos de selección para proveer cargos de carrera administrativa en las superintendencias de la Administración Pública Nacional se ha llevado a cabo prueba de conocimientos generales o específicos, los resultados de ésta no pueden tener un carácter simplemente eliminatorio, debiéndose reconocerles también un efecto clasificatorio, de manera tal que, a la hora de elaborar la lista de elegibles, tales resultados sean computados con los del curso-concurso, conforme a algún porcentaje preestablecido en la convocatoria, que determine su valor.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GÁLVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Menciona la sentencia C-746 de 1999.

2 Ley 909 de 2004, artículo 27

3 Cf. Ley 909 de 2004, artículos 28, 29 y 30.

4 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-040 del 9 de febrero de 1994. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

5 M.P Eduardo Montealegre Lynett

6 Sentencia C-045 de 1991, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

7 Este el texto corresponde al numeral segundo del artículo 23, y es el aparte acusado de inconstitucional dentro del presente proceso

8 Este último texto pertenece a la parte no demandada del artículo 23, que es acusado de inexecutable en su numeral 2°

9 Así por ejemplo, el artículo 28 se refiere a la posibilidad de que las pruebas tengan uno u otro carácter, cuando dispone lo siguiente: En los eventos en que las pruebas sean eliminatorias, la posibilidad de reclamar se predica respecto de cada una de las pruebas. En los eventos en que las pruebas sean clasificatorias, la posibilidad de reclamar será única al momento de darse a conocer el resultado del proceso de selección.

10 Sobre fallos modulados pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: C-814 de 2001, C-737 de 2001, C-831 de 2000, C.112 de 2000, C-477 de 1999, C-080 de 1999, C-680 de 1998, C-183 de 1998, C-470 de 1997 y C-109 de 1995.

11 Cf. Ley 909 de 2004, artículos 28, 29 y 30.

12 En este sentido, por ejemplo, la Superintendencia de Sociedades en su intervención afirma que los conocimientos que se adquieren en el curso-concurso, “no se obtienen en los programas académicos tradicionales...”