

REGIMEN DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-Regulación

CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-Cargos de carrera

LISTA DE ELEGIBLES EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-Adopción mediante acto administrativo/LISTA DE ELEGIBLES EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-Vigencia

El artículo 145 de la Ley 201 de 1995 regula uno de los pasos esenciales del proceso de ingreso a la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo, cual es la conformación de la lista de elegibles, y dispone que aquélla deberá establecerse mediante un acto administrativo (resolución), de conformidad con los resultados obtenidos en el concurso de méritos; contará con una vigencia de seis (6) meses y las vacantes que se presenten deberán proveerse con base en aquélla.

CARGO DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-Provisión por lista de elegibles no es discrecional/LISTA DE ELEGIBLES EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-Interpretación conforme a la Constitución respecto de su uso obligatorio

El artículo 145 de la Ley 201 de 1995, emplea el término “podrá”, cuya interpretación conforme con la Constitución, apunta a señalar que se trata realmente de un deber y no de una facultad, por cuanto la única forma de ingresar a la carrera administrativa, es decir, a ocupar un cargo público en propiedad, es mediante la superación de un concurso público de méritos, no pudiendo el nominador contar con la facultad de decidir si hace nombramientos en propiedad en relación con personas que han superado un concurso de méritos.

CUADROS FUNCIONALES DE EMPLEOS-Concepto

CARRERA ADMINISTRATIVA-Historia de su regulación

CARRERA ADMINISTRATIVA-Mérito como criterio fundamental para el ingreso, ascenso y retiro

CARRERA Y SISTEMA DE CONCURSO DE MERITOS-Finalidad

La carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen instrumentos técnicos de administración de personal y mecanismos de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios.

ACCESO A LA FUNCION PUBLICA-Instrumentos internacionales que lo regulan como derecho político

PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Reglas constitucionales/PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Se quebranta con el ingreso automático a la carrera administrativa

El principio constitucional de igualdad de oportunidades en acceso a cargos públicos apunta a que todo ciudadano tiene derecho a desempeñar funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado el Estado colombiano, principio que se encuentra garantizado, a su vez, mediante un conjunto de reglas constitucionales según las cuales los empleos en los órganos y entidades del Estado son, por regla general, de carrera; los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público; el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos en tanto que el retiro se dará únicamente 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”.

LISTA DE ELEGIBLES EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-Uso obligatorio para proveer vacantes que correspondan a cargos de la misma denominación e igual grado al del concurso/CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-Nombramiento en propiedad atendiendo lista de elegibles

La utilización de la lista de elegibles por el Defensor del Pueblo para proveer vacantes de la Entidad con personas que han concursado para un determinado cargo constituye un deber y no una facultad del nominador, siempre y cuando el nombramiento concierne a cargos de igual grado y denominación, por cuanto: (i) se están nombrando personas que superaron un concurso de méritos para el mismo cargo, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública; (ii) la norma se aplica en supuestos muy puntuales por

cuanto la lista debe estar vigente (6 meses), a cuya expiración deberá hacerse un nuevo concurso; y (iii) las dificultades presupuestales que afectan a la Defensoría del Pueblo, y que le impiden realizar constantes concursos de méritos, a efectos de proveer las vacantes que se presenten en los cargos de carrera administrativa, justifican que el nominador acuda a una lista de elegibles, debidamente conformada por ciudadanos que participaron en igualdad de condiciones, a efectos de proveer otro cargo de idéntico grado y denominación que yace vacante, en vez de recurrir al expediente de la provisionalidad.

Cuando se trate de proveer cargos en la Defensoría del Pueblo, de igual denominación pero de grado inferior, el acudir a una lista de elegibles ya integrada, vulnera la expectativa válida que tenían los ciudadanos de presentarse a un concurso de méritos, pues puede suceder que un ciudadano no pueda presentarse a un concurso de méritos para ocupar determinado cargo de carrera, por cuanto no cumple con los requisitos para ello, quedando expectante para cuando se abran las convocatorias para cargos de inferior grado. Tal expectativa válida se verá frustrada si el nominador, en vez de convocar a un nuevo concurso de méritos, decide recurrir a una lista de elegibles, ya conformada pero para otros cargos, lo que en la práctica implica la imposibilidad para que un grupo de ciudadanos puedan entrar a competir por ocupar determinados cargos en la Defensoría del Pueblo, ya que las vacantes a las que podrían aspirar siempre serán ocupadas por personas que concursaron para ocupar cargos de grado superior, situación que desconoce abiertamente el principio de igualdad de oportunidades, que inspira la redacción del artículo 125 Superior.

CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA DEFENSORIA DEL PUEBLO-Nombramiento en provisionalidad

Referencia: expediente D- 7902

Demandada de inconstitucionalidad contra el artículo 145 (parcial) de la Ley 201 de 1995.

Demandante: Carlos Andrés Téllez Ramírez.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil diez (2010).

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Carlos Andrés Téllez Ramírez interpuso acción pública de inconstitucionalidad en contra de la expresión “podrá” del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, por violar los artículos 13, 40.7, 83 y 125 Superiores.

La demanda ciudadana fue admitida mediante auto del 23 de septiembre de 2009, mediante el cual se ordenó comunicar la iniciación del presente proceso al Presidente del Congreso, al Presidente de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia para que interviniieran directamente o por intermedio de apoderado escogido para el efecto, mediante escrito que debían presentar dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

De igual manera, se invitó a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Defensoría del Pueblo, a las Facultades de Derecho de las Universidades Andes, de Antioquia, de Cartagena, del Valle, Externado, Javeriana, Libre, Nacional y Rosario, para que interviniieran mediante escrito que debían presentar dentro de los diez (10) días siguientes al del recibo de la comunicación respectiva, indicando las razones que, en su criterio, justificaban la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma demandada.

Por último, se ordenó correr el respectivo traslado al Procurador General de la Nación, para lo de su competencia.

II. NORMA DEMANDADA.

A continuación se transcriben las normas demandadas y se subrayan los apartes acusados, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial No. 41.950 del 2 de agosto de 1995:

LEY 201 DE 1995

(julio 28)

“Artículo 145. Lista de elegibles. La lista de elegibles se establecerá por resolución y de acuerdo con los resultados del concurso, tomando los candidatos aprobados y en riguroso

orden de mérito. La lista de elegibles tendrá vigencia hasta de seis (6) meses y con las personas que figuren en ella se deberán proveer las vacantes que se presenten en los cargos para los cuales se conformó. También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación.

III. ARGUMENTOS DE LA DEMANDA.

El ciudadano comienza por explicar que la Ley 201 de 1995 organizó la estructura de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo. Posteriormente, el decreto ley 262 de 2000 derogó parcialmente la mencionada ley, es decir, sólo en relación con la primera entidad, quedando vigente respecto al régimen de carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo. De tal suerte que, asegura, la norma acusada se encuentra produciendo efectos jurídicos aunque únicamente, se insiste, en relación con la segunda entidad estatal.

Realizada la anterior precisión, el demandante alega que la expresión “podrá”, del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, vulnera el derecho a la igualdad (art. 13 Superior), en la medida en que personas que se encuentran en igualdad de condiciones reciben un tratamiento discriminatorio por parte del Estado, por cuanto “una persona que concurre en la Procuraduría General de la Nación o en los concursos de que trata la Ley 909 de 2005, y haga parte de la lista de elegibles, tiene la oportunidad insoslayable de llenar las vacantes que se presenten respetando el orden descendente, mientras que en ejecución del aparte acusado esa misma persona no tendría la misma oportunidad en la Defensoría del Pueblo”. En lo que concierne al artículo 40.7 Superior, alega el ciudadano que esta norma constitucional se desconoce por cuanto una persona que haya participado en el concurso de méritos y haga parte de la lista de elegibles, no necesariamente llenará las vacantes que se presenten, pues el verbo “podrá”, conduce a que no exista una obligación de nombrar por el nominador. Así mismo, en relación con el artículo 83 constitucional, referente al principio de la confianza legítima, el demandante explica que, en la medida en que quien participó en el concurso de méritos para la provisión de cargos afirma para sí la posibilidad de llenar vacantes restantes, y correlativamente el deber de la autoridad de tenerlo como tal. Pero, “tal y como se prevé en la norma acusada, la facultad de llenarlas no resulta obligatoria sino discrecional del nominador, lo que puede llevar a pensar que puede llenar esas mismas vacantes con personas que ni siquiera han acudido al concurso de méritos”.

Finalmente, el ciudadano alega la violación del artículo 125 Superior, según el cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los que determine la ley. Además, el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes, “así pues y en la medida en que la decisión de llenar las vacantes con la lista de elegibles no resulta obligatoria sino discrecional del nominador, la garantía real del acceso al servicio público se ve condicionada no por el resultado del concurso sino por una decisión discrecional del nominador, haciendo nugatorio el esfuerzo estatal (abrir el concurso y gestionar las etapas) y particular (participar en el concurso y aprobar sus etapas)”.

IV. INTERVENCIONES

a. Universidad Nacional de Colombia.

José Francisco Acuña Vizcaya, Decano de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar inexcusable la expresión “podrá” del artículo 145 de la Ley 201 de 1995. Agrega que “sin embargo, se sugiere a la Honorable Corte Constitucional en este evento, la adopción de una sentencia interpretativa en el entendido de considerar que al nominador la utilización de la lista de elegibles para surtir cargos de igual o menor denominación objeto de concurso es obligatoria en todo caso”.

A la anterior conclusión arriba el interviniante, luego de adelantar algunas consideraciones en relación con el sentido del artículo 125 Superior, indicando que el concurso de méritos es el procedimiento establecido para evaluar los factores que deben reunir los aspirantes a un cargo estatal de carrera, en una competencia que asegure una selección justa, imparcial y adecuada. Cita al respecto diversas sentencias proferidas por la Corte Constitucional.

A renglón seguido, señala el interviniante que según el régimen de carrera administrativa deberá suplirse los cargos bajo concurso, siguiendo el estricto orden de la lista de elegibles. De allí que la expresión acusada vulnere claramente los artículos 13 y 125 Superiores.

b. Defensoría del Pueblo.

Al respecto, la interviniente sostiene que el término “podrá”, acusado por el ciudadano, carece de sentido por sí misma, motivo por el que debe integrarse la proposición jurídica completa.

Realizada la anterior aclaración, y luego de describir el régimen de carrera administrativa que rige en la Defensoría del Pueblo, alega que viola la Constitución la previsión legal según la cual el nominador goza de la potestad de acudir a la lista de elegibles para proveer vacantes en cargos de igual denominación y grado a los convocados mediante concurso de méritos. Lo anterior por cuanto de esta forma se defrauda “la buena fe de los integrantes de la lista de elegibles, quienes la integran con la expectativa de realizar su derecho fundamental de acceso a los cargos públicos de carrera cumpliendo con todos los requisitos y pruebas que se ha estimado necesario requerir de manera general. Por otra parte, desconoce la pretensión de la función administrativa de servir al interés general y sólo a éste, pues este interés coincide con el mandato de obrar bajo los principios de moralidad, eficacia, economía que rigen la función administrativa”.

Por último, estima que igualmente vulnera la Constitución la potestad con que cuenta el nominador para emplear la lista de elegibles para llenar las vacantes de cargos de igual denominación, pero de inferior jerarquía. Lo anterior por cuanto “la frase censurada defrauda la buena fe de quienes no aspiran a un concurso por considerar que carecen de los requisitos legales y reglamentarios, bajo el supuesto de que tal concurso les está vedado dada su capacitación a la fecha”.

c. Universidad del Rosario.

Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya, actuando en representación de la Universidad del Rosario, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible la expresión acusada.

Luego de transcribir el artículo 125 Superior, indica que el segmento normativo acusado no es nada distinto al ejercicio de la potestad discrecional establecida por el ordenamiento superior para el nombramiento de funcionarios públicos por parte de la administración, “lo que equivale desde el punto de vista eminentemente práctico, que frente al supuesto de acudir o no a una lista de elegibles, la administración tenga la libertad para actuar, es decir, pueda tomar la decisión de optar por la lista de elegibles o convocar a un nuevo concurso

público, en el entendido que dadas las condiciones particulares del asunto a resolver, la alternativa elegida se considera que es más conveniente para los fines de la administración”.

En concordancia con lo anterior, señala que una misma lista de elegibles puede contener varios candidatos idóneos, razón por la cual se fundamenta este tipo de disposiciones legales.

Termina diciendo lo siguiente “desde el punto de vista de la eficacia y eficiencia en las actuaciones de la administración, la norma en discusión genera una posibilidad de ahorro en recursos públicos y evita el desgaste administrativo de efectuar un nuevo concurso público. No significa lo anterior, que la discrecionalidad le permita al nominador actuar arbitrariamente para cubrir la vacante, sin tener en cuenta los procedimientos legales, en caso de no optar por esta alternativa otorgada por la facultad discrecional, se debe acudir a las demás posibilidades establecidas por la ley”.

d. Departamento Administrativo de la Función Pública.

Diego Francisco Pineda Plazas, actuando en representación del Departamento Administrativo de la Función Pública, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare exequible la expresión legal acusada.

Inicia por señalar que la demanda resulta equivocada por cuanto “confunde la posibilidad de utilizar listas de elegibles vigentes para provisión de empleos vacantes de igual o inferior categoría de la planta de personal de la Defensoría del Pueblo, con el hecho de que tales listas de elegibles no resultan obligatorias para el Defensor del Pueblo, situaciones que resultan sustancialmente distintas”.

Aclara que las personas que formen parte de las listas de elegibles reconformadas podrían negarse a aceptar el respectivo nombramiento en cargos de inferior jerarquía y, en tal consideración, tendrían derecho a continuar formando parte de la respectiva lista de elegibles a la espera de que se presente una vacante en un cargo de idéntica denominación y grado salarial al convocado a concurso.

Por último, precisa que el mecanismo ideado por la ley se encamina a impedir los

nombramientos en provisionalidad.

e. Academia Colombiana de Jurisprudencia.

Alfredo Garzón Saboya, actuando en representación de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declare inexistente la expresión acusada.

Sostiene el interviniente que la norma acusada presenta un claro vicio de inconstitucionalidad, en la medida en que no tutela el valor del mérito personal sino que, por el contrario, lo desvirtúa al otorgarle a la administración un poder arbitrario que la lleva a prescindir del resultado del concurso.

Agrega que la discrecionalidad del nominador no existe en materia de concursos de méritos, pues si ello fuera así se desnaturalizaría por completo. De allí que la expresión acusada desconoce la modalidad ordinaria de vinculación a la función pública; sustituyendo criterios objetivos por otros subjetivos, rompiendo así el principio de igualdad.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR.

El Procurador General de la Nación, mediante concepto núm. 4875 del 1 de diciembre de 2009, solicita a la Corte declare inexistente la expresión “podrá”, del artículo 145 de la Ley 201 de 1995.

Inicia por señalar que el legislador “dispuso de manera discrecional el procedimiento como se proveerán las vacantes en la Defensoría del Pueblo”. A decir verdad, señala la Vista Fiscal, la expresión acusada contempla una facultad discrecional para que el nominador utilice o no la lista de elegibles obtenida como resultado del concurso para proveer otras vacantes, con una vigencia de seis (6) meses, por lo cual, “se observa que la persona que participa tiene un derecho incierto en la norma demandada, y por ello, el Ministerio Público considera que esta disposición en ese sentido no respeta la existencia de la lista de elegibles para proveer otros cargos de igual denominación o de inferior jerarquía, lo cual a todas luces vulnera el principio de igualdad al favorecer a unas personas que no concursaron, en contra de otras que iniciaron, culminaron y aprobaron el proceso, lo que significa una vulneración a los derechos de acceso a los cargos de carrera en el sector público”.

En conclusión, “la discrecionalidad del nominador vulnera la Carta Política en el evento en que el Defensor del Pueblo, en este caso el nominador, proceda a ocupar las otras vacantes con personas que no participaron en el proceso de selección, y que por lo tanto no forma parte de la lista de elegibles”.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

Esta corporación es competente para decidir sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, Num. 4, de la Constitución, por estar contenida en una ley.

2. Argumentos del demandante.

El ciudadano Carlos Andrés Téllez Ramírez demanda la inconstitucionalidad de la expresión “podrá” del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, por considerar que vulnera los artículos 13, 40.7, 83 y 125 Superiores.

Ahora bien, los intervenientes se encuentran divididos entre quienes apoyan una declaratoria de inexistencia de la norma, entre ellos la Vista Fiscal, y aquellos que se oponen a tal decisión. Los primeros, en esencia, consideran que la medida va en contra del sistema de méritos establecido por la Constitución; los segundos, alegan que la expresión acusada permite economizar recursos del erario público y que no existe arbitrariedad alguna en ello.

La Defensoría del Pueblo, destinataria en últimas del segmento normativo acusado, plantea la inexistencia de aquél, por cuanto, a su juicio, resulta violatorio de la Constitución que el nominador pueda acudir a una lista de elegibles para proveer cargos de igual denominación y grado a los convocados por concurso. Igual apreciación tiene en relación con la potestad con que cuenta la Institución para emplear la lista de elegibles a efectos de llenar vacantes de cargos de igual denominación, pero de inferior jerarquía.

En este orden de ideas, la Corte (i) determinará si el demandante planteó, al menos, un cargo de inconstitucionalidad; (ii) analizará el contenido y el alcance del término acusado, en el contexto del régimen de la carrera administrativa en la Defensoría del Pueblo; (iv) traerá a colación sus principales líneas jurisprudenciales en materia de concursos de méritos en tanto

que medio para ingresar a la carrera administrativa; y (v) resolverá el caso concreto.

3. Los cargos de inconstitucionalidad.

Una vez analizado el sentido y el alcance de la norma acusada, así como los argumentos planteados por el demandante, la Corte considera que el ciudadano planteó los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

a. El legislador vulneró el artículo 125 Superior en la medida en que se establece para el nominador una facultad, y no un deber, emplear una lista de elegibles para proveer vacantes de grado inferior o igual, pero de igual denominación.

a. El legislador vulneró el artículo 125 Superior en la medida en que la norma acusada, no le permite a los ciudadanos contar con la posibilidad de presentarse a concursar para ocupar un determinado cargo público, por cuanto las plazas son provistas con candidatos de otras listas. En otras palabras, se estaría vulnerando, no el derecho a la igualdad en abstracto (art.13 Superior), sino una de sus manifestaciones específicas cual es el principio de igualdad de oportunidades para acceder a un cargo público, el cual es uno de los componentes esenciales del artículo 125 constitucional.

Los argumentos planteados en relación con la supuesta vulneración del artículo 13 no constituyen un verdadero cargo de inconstitucionalidad, por cuanto el ciudadano pretende establecer una comparación entre quienes concursan para un cargo en la Defensoría del Pueblo y quienes lo hacen para la Procuraduría, en los siguientes términos: “una persona que concurse en la Procuraduría General de la Nación o en los concursos de que trata la Ley 909 de 2004, y haga parte de la lista de elegibles, tiene la oportunidad insoslayable de llenar las vacantes que se presenten respetando el orden descendente, mientras que en ejecución del aparte acusado esa misma persona no tendría la misma oportunidad en la Defensoría del Pueblo”.

Como se puede advertir, el ciudadano no explica las razones por las cuales resultan comparables ambos regímenes de carrera administrativa, sino que se limita a decir que, en

su opinión, son distintos. Por el contrario, a lo largo de su escrito, plantea el tema del tratamiento diferente e injustificado que se presenta entre quienes concursan para acceder a un cargo público y terminan nombrados para otro, en relación con los ciudadanos que no pudieron, al menos, concursar para las nuevas vacantes que se presenten en la Entidad.

De igual manera, la Corte considera que no se plantearon verdaderos cargos de inconstitucionalidad en relación con los artículos 40.7 y 83 Superiores, por cuanto los argumentos planteados por el demandante no satisfacen las exigencias de claridad, certeza y pertinencia necesarios.

El artículo 145 de la Ley 201 de 1995, “Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones” dispone lo siguiente:

“La lista de elegibles se establecerá por resolución y de acuerdo con los resultados del concurso, tomando los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito. La lista de elegibles tendrá vigencia hasta de seis (6) meses y con las personas que figuren en ella se deberán proveer las vacantes que se presenten en los cargos para los cuales se conformó. También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación.

Ahora bien, la Defensoría del Pueblo asegura en su intervención que el término “podrá” carece de un sentido autónomo, motivo por el cual debe entenderse dentro del contexto de la frase “También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación”. La Corte estima que, un cabal entendimiento del segmento normativo acusado implica, de hecho, la necesidad de examinarlo a la luz de todo el artículo 145 de la Ley 201 de 1995.

Realizadas las anteriores precisiones, y por razones metodológicas, la Corte responderá a los siguientes interrogantes que plantea la lectura del artículo 145 de la Ley 201 de 1995:

a. Cuando el nominador acude a la mencionada lista de elegibles, está llevando a cabo (i) un nombramiento en provisionalidad; o (ii) un nombramiento en propiedad. Tal interrogante, a

su vez, conduce a otro más complejo:

a. El término “podrá” significa que: (i) se trata de una facultad, y por ende, el nominador se encuentra ante la posibilidad de acudir o no a una lista de elegibles previamente confeccionada a efectos de realizar nombramientos en propiedad en cargos vacantes de grado igual o inferior correspondientes a la misma denominación, o bien (ii) se está realmente ante un deber, por cuanto el ingreso a la carrera administrativa sólo puede hacerse, única y exclusivamente mediante un concurso de méritos.

4.1. Cuando el nominador acude a la mencionada lista de elegibles, ¿está llevando a cabo (i) un nombramiento en provisionalidad; o (ii) un nombramiento en propiedad?.

El artículo 145 de la Ley 201 de 1995 regula uno de los pasos esenciales del proceso de ingreso a la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo, cual es la conformación de la lista de elegibles. En tal sentido, dispone que aquélla deberá establecerse mediante un acto administrativo (resolución), de conformidad con los resultados obtenidos en el concurso de méritos; contará con una vigencia de seis (6) meses y las vacantes que se presenten deberán proveerse con base en aquélla.

En tal sentido, el artículo 145 de la Ley 201 de 1995 prevé una segunda función que puede llegar a cumplir la mencionada lista de elegibles, consistente en que, durante los escasos seis (6) meses de su vigencia, de llegar a presentarse una vacante en la Entidad, el nominador “podrá” emplearla, a condición de que se trate de proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. De tal suerte que, pasados los seis meses de vigencia de la lista de elegibles, la misma caduca para todos los efectos, es decir, no puede ser empleada ni para nombrar a quienes concursaron inicialmente para proveer el cargo que salió a concurso, ni tampoco para surtir vacantes que se presenten en cargos de igual o inferior grado correspondientes a la misma denominación. Será necesario entonces abrir un nuevo concurso de méritos o, por necesidades apremiantes del servicio, realizar nombramientos en provisionalidad en las vacantes que se presenten.

Ahora bien, la simple lectura de la norma acusada no responde al interrogante de saber si cuando el nominador emplea la lista de elegibles para proveer vacantes en cargos de igual o

inferior grado, correspondientes a la misma denominación, está realizando nombramientos en provisionalidad o en propiedad.

En tal sentido, una primera interpretación, que no va a ser acogida por la Corte, podría ser acordada en el sentido de que se trata de un nombramiento en provisionalidad. Sin embargo, aquello significaría que personas que han superado un concurso de méritos, por cuanto fueron incluidos en una lista de elegibles, en vez de ingresar a la carrera administrativa, terminen ocupando un cargo público sin las garantías constitucionales y legales de la misma, es decir, en una situación jurídica precaria, caracterizada por la precariedad e inestabilidad laborales, contraria entonces al espíritu del artículo 125 Superior.

Por el contrario, una segunda interpretación, en este caso sistemática por cuanto toma en consideración la ubicación de la disposición dentro de su contexto normativo y conforme con el artículo 125 Superior, apunta a señalar que se está ante un nombramiento en propiedad. En efecto, si bien expresamente el legislador no aclaró el tema, lo cierto es que la norma acusada, en su conjunto, regula un sistema de ingreso por méritos a la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo. Además, no tendría sentido alguno, en los términos del artículo 125 Superior, que una persona que se sometió a un concurso público de méritos; que obtuvo un puntaje destacado que le permitió hacer parte de una lista de elegibles, finalmente terminara siendo nombrada en provisionalidad, es decir, sin garantía alguna de estabilidad laboral, en un cargo igual o inferior para el cual concursó.

Así las cosas, la Corte entiende que cuando en el artículo 145 de la Ley 201 de 1995 el legislador acude a una lista de elegibles, debidamente confeccionada, a efectos de proveer una vacante de un cargo igual o inferior, correspondiente a la misma denominación, está realizando un nombramiento en propiedad

4.2. El término “podrá”, empleado en el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, ¿es una facultad o, por el contrario, un mandato imperativo para el nominador (un deber)?.

La Corte considera que, prima facie, el vocablo “podrá”, empleado en el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, puede ser entendido en un doble sentido: (i) como una facultad; o (ii) como un deber. Veamos.

Una determinada interpretación indicaría que se trata de una facultad, es decir, del ejercicio

de un poder discrecional de la administración. En tal sentido, una vez presentado el supuesto fáctico previsto en la norma acusada, el nominador, a condición de que la lista de elegibles siga vigente, podría optar entre dos alternativas: (i) acudir a una lista de elegibles ya elaborada y proceder a nombrar en propiedad; o (ii) nombrar en provisionalidad en la vacante que se encuentra disponible.

Así las cosas, según esta primera interpretación de la norma acusada se tiene que se trata de una facultad, que no de un deber, con que cuenta el Defensor del Pueblo para emplear una lista de elegibles, debidamente conformada, a efectos de nombrar en propiedad a una persona que superó un concurso de méritos, si bien no en el cargo para el cual inicialmente se inscribió y superó todas las etapas del concurso público, en un cargo que termina siendo de igual o inferior categoría, aunque con la misma denominación.

Por el contrario, una interpretación conforme con la Constitución, la cual será acogida por la Corte, apunta a señalar que se trata realmente de un deber y no de una facultad, por cuanto la única forma de ingresar a la carrera administrativa, es decir, a ocupar un cargo público en propiedad, es mediante la superación de un concurso público de méritos. En otras palabras, un nominador no puede contar con la facultad de decidir si hace nombramientos en propiedad en relación con personas que han superado un concurso de méritos. La anterior interpretación, a su vez, se sustenta en las siguientes razones.

a. El régimen de carrera de la Defensoría del Pueblo. De conformidad con el artículo 136 de la Ley 201 de 1995, todos los cargos de la Defensoría del Pueblo son de carrera, con excepción de aquellos de libre nombramiento y remoción que correspondan al nivel directivo, al igual que aquel de período fijo del Defensor del Pueblo. De tal suerte que, en dicha Entidad, los cargos de carrera se encuentran en los niveles Ejecutivo, Asesor, Profesional, Técnico y Administrativo. En cuanto al carácter de la planta de personal, en la Defensoría del Pueblo existen dos modalidades: el régimen general, según lo estipulado en la Ley 24 de 1992 (art. 20), que establece una planta global, es decir, un sistema según el cual la destinación del empleo se encuentra sujeta a las necesidades del servicio que tenga la Entidad en cualquiera de sus dependencias, y el especial para el Sistema Nacional de Defensoría Pública, creado mediante la Ley 941 de 2005 y reformado por los Decretos 384 y 1699 de 2009.

a. La jurisprudencia constitucional constante de la Corte en cuanto a la obligación de nombrar en propiedad a quienes han superado un concurso de méritos. Esta Corporación ha sostenido que, en virtud del artículo 125 Superior, la regla general que rige el ingreso a la carrera administrativa es el concurso público de méritos. De allí que haya entendido que no se trata de una facultad sino de un deber de nombrar en propiedad a quienes han superado el mencionado concurso, de conformidad con su ubicación en la respectiva lista de elegibles, comenzando por quien obtuvo el primer lugar. En tal sentido, recientemente en sentencia C-181 de 2010, a propósito del examen del artículo 28 de la Ley 1122 de 2007, en relación con la elección de los Gerentes de las Empresas Sociales del Estado, la Corte consideró que cuando el legislador o la administración deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental del mérito que debe favorecer al concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones. Como se puede advertir, no se trata de una facultad sino de un deber.

a. El acatamiento de los principios que rigen la función administrativa. En los términos del artículo 209 Superior, la función administrativa está orientada, entre otros por los principios de economía, eficiencia y eficacia. En tal sentido, el nombramiento de personal en la Defensoría del Pueblo, mediante el mecanismo previsto en la norma acusada, apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano y de los recursos públicos, escasos para el caso de la Defensoría del Pueblo, tal y como la interviniente lo reconoce:

“Las convocatorias a concursos de méritos para la planta global de la Defensoría del Pueblo, que es a la que se refiere la norma aquí demandada, como sucede usualmente en la gestión administrativa, están predeterminadas no sólo por el número de vacantes a proveer en un espacio de tiempo determinado, sino por los costos que implica la correspondiente convocatoria y, consecuentemente, por la capacidad presupuestal. Por esta razón, y dado que la Defensoría del Pueblo no cuenta con recursos propios, los concursos de méritos no siempre resultan convocados para la totalidad de las vacantes, sino por el número de cargos disponibles que sea posible proveer mediante concurso público dados los recursos

presupuestales, técnicos y humanos con los que cuenta la Entidad en un período de tiempo determinado.

De lo anterior se puede apreciar la importancia que las listas de elegibles significan para cualquier Entidad y, en particular, para la Defensoría del Pueblo, en virtud de las inveteradas restricciones presupuestales a las que se encuentran sometidas por la rigidez del sistema presupuestal y financiero nacional" (negrillas y subrayados agregados).

Como se puede advertir, no se trata de un argumento de conveniencia, ajeno al juicio de constitucionalidad de las leyes, sino soportado en los dictados del artículo 209 Superior.

A manera de conclusión, la Corte considera que el artículo 145 de la Ley 201 de 1995 significa que: dentro del sistema de ingreso por concurso de méritos de la Defensoría del Pueblo, se prevé la elaboración, mediante un acto administrativo, de una lista de elegibles con los resultados del concurso, tomando en cuenta los candidatos aprobados y en riguroso orden de mérito.

El artículo prevé un segundo supuesto fáctico que es el siguiente: dentro de los seis (6) meses de vigencia de la lista de elegibles, de llegar a presentarse otras vacantes en cargos de igual o inferior grado, correspondientes a la misma denominación, el nominador deberá proveerlas, de forma definitiva, realizando nombramientos en propiedad con personas que figuren en la inicial lista de elegibles.

Ahora bien, la comprensión de los términos "grado" y "denominación", presupone operar una remisión a las normas que regulan la estructura del empleo público en Colombia, en especial, a la Ley 909 de 2004. En tal sentido, el empleo público es definido en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 19. EL EMPLEO PÚBLICO.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

- a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;
- b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;
- c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.

A su vez, los empleos públicos son organizados mediante unos cuadros funcionales:

“ARTÍCULO 20. CUADROS FUNCIONALES DE EMPLEOS. Los cuadros funcionales son agrupaciones de empleos semejantes en cuanto a la naturaleza general de sus funciones, sus responsabilidades y que requieren conocimientos y/o competencias comunes.

- 1. Los empleos públicos se podrán agrupar en cuadros funcionales de empleos con el fin de optimizar la gestión de los recursos humanos de cada entidad.
- 2. El acceso, el ascenso, el sistema retributivo y la capacitación de los empleados públicos de carrera se podrán llevar a cabo, en su caso, en el cuadro funcional de empleos.
- 3. Los cuadros funcionales de empleos podrán cubrir empleos de uno o de varios organismos, en función de los requisitos exigidos para su desempeño.
- 4. Por decreto se regulará el sistema de cuadros funcionales de empleos aplicable a toda la administración y, en su caso, la dependencia orgánica de los mismos”.

Así las cosas, dentro de la elaboración de los cuadros funcionales, los términos “grado” y “denominación” son simplemente unas herramientas técnicas y metodológicas que se emplean para estructurar los diversos cargos de carrera existentes en una determinada entidad pública. De tal suerte, que la clasificación en grados apunta al establecimiento de una jerarquía entre los funcionarios públicos, la cual se refleja en una mayor remuneración económica (vgr. grado 01; grado 02, etc), en tanto que la denominación se refiere a la manera como es designado determinado empleo público, en relación precisamente con las funciones que debe realizar su titular (vgr. abogado sustanciador, profesional universitario).

Una vez dilucidado el sentido de la norma acusada, pasa la Corte a resolver los cargos de inconstitucionalidad. Para ello, iniciará por traer a colación sus principales líneas jurisprudenciales en materia de concursos de méritos como medio para ingresar a la carrera administrativa.

5. Principales pronunciamientos sobre los concursos de méritos como medio para ingresar a la carrera administrativa.

En numerosas ocasiones¹, la Corte se ha pronunciado acerca de la relevancia constitucional del ingreso a la carrera administrativa mediante un sistema de méritos.

Ahora bien, la contextualización de estas líneas jurisprudenciales, pasa por recordar, brevemente, la historia de la regulación legal de la carrera administrativa en Colombia. Así, mediante la Ley 165 de 1938 se creó un órgano colegiado, denominado “Consejo de Administración y Disciplina”, encargado de administrar y vigilar la recientemente establecida carrera administrativa para los empleados nacionales, departamentales y municipales que prestaran “servicios administrativos permanentes”. El mencionado órgano estaba integrado por cinco miembros nombrados por el Gobierno Nacional, y tenía entre sus funciones servir de jurado “calificador en los exámenes previstos”; trataba las quejas ciudadanas presentadas contra los empleados; elaboraba el escalafón docente y redactaba, para someterlos a la aprobación del gobierno, los reglamentos generales que consideraba necesarios para la buena marcha de la administración pública. En otras palabras, no se trataba de un órgano independiente, y en él confluían competencias administrativas y disciplinarias.

Posteriormente, de conformidad con lo dispuesto por la Reforma constitucional que recibió su aprobación en el Plebiscito del 10. de diciembre de 1957, se reorganizó el Servicio Civil y la Carrera Administrativa en Colombia. Para tales efectos, fueron creados dos órganos: el Departamento Administrativo del Servicio Civil, que tendría a su cargo la organización de la carrera administrativa y la Comisión de Reclutamiento, Ascensos y Disciplina, compuesta por cuatro miembros nombrados por el Presidente de la República para períodos de cuatro años, “con observancia de la regla de paridad política”, encargada de elaborar las listas de candidatos capacitados para los diferentes empleos administrativos. De igual manera, el legislador dispuso que la mencionada Comisión, las Jefaturas de Personal y las comisiones de

personal, no podían hacer indagación alguna sobre la filiación política de las personas inscritas en la carrera administrativa o que pretendieran ingresar a ésta, ni tomar en cuenta aquélla para sus decisiones relacionadas con admisiones, ascensos o retiros del personal de la carrera. Así mismo, se prohibió a los pagadores de las entidades públicas hacer descuentos con destino a los fondos de los partidos políticos “aunque medie autorización escrita de los empleados u obreros”.

Notemos entonces la clara relación existente entre el ingreso y permanencia en los cargos públicos y el propósito de sellar las luchas intestinas entre los partidos liberal y conservador. El fin perseguido con la instauración de una verdadera carrera administrativa en Colombia no se encontraba en la modernización del Estado, ni coincidía con la búsqueda de un mejoramiento en la prestación de los servicios públicos, ni mucho menos guardaba relación alguna con los derechos civiles y políticos, sino que constituía un simple medio o antídoto para evitar que un determinado partido político se hiciera con el control exclusivo del Estado. Se pretendió por tanto conformar una burocracia estatal “neutral” políticamente hablando.

Ahora bien, la Constitución de 1991 introdujo profundos cambios en materia de derechos fundamentales y en estructura del Estado, los cuales han conducido a repensar por completo el tema de la caracterización y conceptualización de los sistemas de carrera en Colombia. No se trata, como antaño, de un simple problema de reparto del denominado “botín burocrático” entre los distintos partidos políticos, en el marco de un sistema presidencial fuerte, sino de diseñar e implementar sistemas de carrera administrativa con perspectiva de derechos fundamentales, teniendo además en cuenta los retos que debe asumir el Estado colombiano de cara a los retos de la globalización económica. En efecto, el desarrollo económico y social de un país depende, entre otras variables, de la calidad del talento humano de su burocracia, es decir, de contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades que les han sido confiadas.

De igual manera, la garantía de los derechos fundamentales, en especial de aquellos de contenido económico, social y cultural, en buena medida, depende del adecuado funcionamiento de la administración pública.

Desde esta perspectiva, la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen,

entonces, instrumentos técnicos de administración de personal y mecanismos de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos.

Ahora bien, este nuevo paradigma de la función pública en Colombia se encuentra soportado por un conjunto de disposiciones constitucionales e internacionales. Veamos.

Así pues, desde la perspectiva constitucional, la comprensión de la función pública en clave de derechos fundamentales, impone una interpretación sistemática de la cláusula del Estado Social de Derecho (art.1); el derecho a la igualdad (art.13); los derechos políticos de los colombianos (art.40.7); el establecimiento de funciones públicas mediante ley o reglamento y las limitantes para acceder a cargos públicos (art. 122 con su reforma mediante el A.L. 01 de 2009); la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125); al igual que la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art.130).

Las anteriores disposiciones constitucionales, a su vez, deben ser entendidas y aplicadas de conformidad con diversos instrumentos que regulan el acceso a la función pública en tanto que derecho político.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece lo siguiente:

“Artículo 21.

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones

públicas de su país.

A su vez, la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de acceso a cargos públicos en términos de derecho político, es decir, con la misma importancia que el derecho a elegir y ser elegido:

“Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

En relación con el principio de igualdad de oportunidades, en materia de ingreso a la función pública, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencia del 6 de agosto de 2008, en el asunto Castañeda Gutman vs. México, consideró lo siguiente:

“El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público.

(...)

“el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección

popular como por nombramiento o designación”.

De manera semejante, el PIDCP en su artículo 25 consagra el derecho de acceso a cargos públicos, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los siguientes términos:

Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;

c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país

A su vez, la Observación General núm. 25, mediante la cual se interpreta la citada disposición convencional prevé que:

“Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos.

Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso”.

Si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política”.

De manera complementaria, los instrumentos internacionales sobre derechos de la mujer garantizan el derecho de acceso a cargos públicos de dirigencia. Así, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, dispone lo siguiente:

“Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los

derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

(...)

j) el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones

A su vez, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), reza:

“Artículo 7.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 modificó por completo el concepto de función pública que antaño se tenía en Colombia por cuanto, en adelante, debe ser comprendida y aplicada en clave de derechos fundamentales. De allí que, el principio de igualdad de oportunidades, entendido en sus facetas negativa y positiva deba garantizarse en todos los ámbitos del servicio público, incluyendo las altas dignidades del Estado lo cual se traduce en (i) un mandato de tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) la adopción de medidas positivas frente a grupos sociales que inveteradamente han sido discriminados en términos de acceso a cargos públicos, en especial, de dirección.

Así las cosas, contraría manifiestamente el principio de oportunidades, cualquier ley que desconozca las señaladas facetas de este principio, al igual que toda práctica realizada, bien sea por un nominador individual o mediante elecciones en cuerpos colegiados, en las cuales se establezcan tratamientos diferentes entre los ciudadanos que aspiran a ocupar un cargo

público, en función de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas.

Así pues, el principio constitucional de igualdad de oportunidades apunta a que todo ciudadano tiene derecho a desempeñar funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones, de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado el Estado colombiano, principio que se encuentra garantizado, a su vez, mediante un conjunto de reglas constitucionales según las cuales los empleos en los órganos y entidades del Estado son, por regla general, de carrera; los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público; el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos en tanto que el retiro se dará únicamente 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 otras palabras, la Carta Política sienta las bases esenciales para el diseño de cualquier carrera administrativa en Colombia, cuyo eje central lo constituye el principio de igualdad de oportunidades, y diferenciando en tres momentos diversos: el ingreso, el ascenso y finalmente el retiro del servidor público.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia de los concursos de méritos, en tanto que mecanismos técnicos adecuados para el ingreso a la carrera administrativa. De allí que, de manera constante, la Corte² ha censurado la adopción de medidas encaminadas a permitir un ingreso automático a la carrera administrativa, por cuanto se quebranta el principio de igualdad de oportunidades.

Así pues, en sentencia C- 588 de 20093, mediante la cual se declaró inexistente el Acto Legislativo 01 de 2008, “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”, la Corte reiteró sus principales líneas jurisprudenciales en materia de carrera administrativa e ingreso a la misma mediante concurso público de méritos, en los siguientes términos:

El mérito y el concurso

De conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa “se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público”, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se enfocan “todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo público”⁴ y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general⁵.

Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, pues el Constituyente lo previó como un mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa⁶. Así pues, el sistema de concurso “como regla general regula el ingreso y el ascenso” dentro de la carrera⁷ y, por ello, “el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos”, pues sólo de esta manera “se da cumplimiento al precepto superior conforme al cual ‘el 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’”⁸.

El concurso es así un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impide que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios “subjetivos e irrazonables, tales como la filiación política del aspirante, su lugar de origen (...), motivos ocultos, preferencias personales, animadversión o criterios tales como el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, la lengua, la religión, o la opinión pública o filosófica, para descalificar al aspirante”⁹.

A propósito del mérito y del concurso, importa poner de manifiesto que, de conformidad con reiterada jurisprudencia constitucional, el concurso ha de evaluar “todos y cada uno de los factores que deben reunir los candidatos a ocupar un cargo en la administración pública”, incluidos aquellos factores en los cuales “la calificación meramente objetiva es imposible”, pues “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.”¹⁰.

La inclusión de los factores dotados de un componente subjetivo dentro de la evaluación

propia del concurso tiene la finalidad de evitar eventuales abusos, dado que, sin desconocer el matiz subjetivo que caracteriza a la solvencia moral, la aptitud física o el sentido social, lo cierto es que del ámbito de la carrera administrativa “es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso”¹¹.

La evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, “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 mayor puntuación”, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, “el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias”¹².

La Corte respondió así a la situación evidenciada por la iniciación 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 y social de los concursantes”¹³.

Estos criterios han sido reiterados y así, por ejemplo, en la Sentencia C-041 de 1995 la Corte condicionó la exequibilidad de un precepto que sólo se refería a “la conformación de la lista de elegibles” a que se entendiera que esa lista debería estructurarse “en estricto orden de méritos de conformidad con los resultados del concurso” y que “el ganador del concurso deberá ser el nominado y que efectuado uno o más nombramientos, los puestos se suplirán de acuerdo con las personas que sigan en estricto orden descendente”¹⁴.

(...)

Se trata, entonces, de erradicar “el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo”¹⁵, propósito que guía no sólo al régimen general de carrera administrativa, sino también a los especiales que son de índole constitucional y a los específicos que son “de estipulación legal”¹⁶. En efecto, según la jurisprudencia constitucional, todos los empleos de carrera administrativa se encuentran sujetos al principio del mérito y en este sentido, aún los específicos de creación legal carecen de identidad propia, es decir, no son autónomos e independientes,

puesto que, en realidad, constituyen “una derivación del régimen general de carrera, en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose, en estos casos, la expedición de una regulación complementaria más flexible”, pero “manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia”¹⁷.

En síntesis, la Constitución de 1991 modificó por completo el concepto de función pública que antaño se tenía en Colombia por cuanto, en adelante, debe ser comprendida y aplicada en clave de derechos fundamentales. De allí que, el principio de igualdad de oportunidades, entendido en sus facetas negativa y positiva deba garantizarse en todos los ámbitos del servicio público, incluyendo las altas dignidades del Estado, lo cual se traduce en (i) un mandato de tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) la adopción de medidas positivas frente a grupos sociales que inveteradamente han sido discriminados en términos de acceso a cargos públicos, en especial, de dirección.

6. Resolución del caso concreto.

Ahora bien, como se ha explicado, el demandante planteó dos cargos de inconstitucionalidad en relación con la mencionada disposición. Uno primero, que apunta a señalar que el recurso a la lista de elegibles previamente elaborada constituye un deber y no de una facultad del nominador; el segundo, que indica que se estarían violando los derechos de los ciudadanos que aspiraban a presentarse a concursar para una nueva vacante, pero que, debido a la aplicación de la norma, no pueden hacerlo.

En lo que concierne a los cargos de igual grado y denominación, el recurso obligatorio a la lista de elegibles ya elaborada no vulnera la Constitución por cuanto (i) se están nombrando personas que superaron un concurso de méritos para el mismo cargo, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública; (ii) la norma se aplica en supuestos muy puntuales por cuanto la lista debe estar vigente (6 meses), a cuya expiración deberá hacerse un nuevo concurso; y (iii) las dificultades presupuestales que afectan a la

Defensoría del Pueblo, y que le impiden realizar constantes concursos de méritos, a efectos de proveer las vacantes que se presenten en los cargos de carrera administrativa, justifican que el nominador acuda a una lista de elegibles, debidamente conformada por ciudadanos que participaron en igualdad de condiciones, a efectos de proveer otro cargo de idéntico grado y denominación que yace vacante, en vez de recurrir al expediente de la provisionalidad.

Ahora bien, en gracia de discusión se podría argumentar que resultaría más conforme con el espíritu del artículo 125 Superior, declarar inexequible la expresión acusada, bajo la lógica de que cada vez que se presente una vacante en la administración pública deberá abrirse un concurso de méritos y surtir el cargo únicamente con quienes participaron en el mismo. Aunque ello es el ideal en un sistema de carrera, lo cierto es que declarar inexequible la norma acusada conduciría a un resultado contrario precisamente con el sentido del artículo 125 Superior por cuanto, dadas las dificultades presupuestales que aquejan a la Defensoría del Pueblo, tal y como lo destaca su titular, ante la imposibilidad de realizar concursos públicos con la necesaria regularidad, se tendrían que realizar nombramientos en provisionalidad.

Así las cosas, la Corte considera necesario condicionar en primer lugar la exequibilidad de la norma en el sentido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.

Por otra parte, la Corte considera que la expresión “o inferior”, cuando quiera que se trate de proveer cargos en carrera de manera definitiva y no en provisionalidad, vulnera el artículo 125 Superior, por las siguientes razones.

La obligación que tendría el nominador para recurrir a una lista de elegibles ya integrada, a efectos de proveer cargos “de inferior grado” correspondientes a la misma denominación, vulnera la expectativa válida que tenían los ciudadanos de presentarse a un concurso de méritos en la Defensoría del Pueblo, situación que no tiene lugar cuando se está ante cargos de igual denominación, por las razones anteriormente explicadas.

En efecto, bien puede suceder que un ciudadano no pueda presentarse a un concurso de méritos para ocupar determinado cargo de carrera en la Defensoría del Pueblo, por cuanto no

cumple con los requisitos para ello, quedando expectante para cuando se abran las convocatorias para cargos de inferior grado. Tal expectativa válida se verá frustrada si el nominador, en vez de convocar a un nuevo concurso de méritos, debe recurrir a una lista de elegibles, ya conformada pero para otros cargos. Este estado de cosas conduce, en la práctica, a que un grupo de ciudadanos no puedan entrar a competir por ocupar determinados cargos en la Defensoría del Pueblo, por cuanto las vacantes a las que podrían aspirar siempre serán ocupadas por personas que concursaron para ocupar cargos de grado superior, pero que por necesidad aceptan ser nombrados en grados inferiores. Tal situación desconoce abiertamente el principio de igualdad de oportunidades, que inspira la redacción del artículo 125 Superior.

7. Conclusiones.

Para mayor claridad expositiva, la Corte extrae las siguientes conclusiones de su fallo:

- a. Una interpretación conforme con la Constitución de la expresión “También podrá utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación”, del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, indica que se trata de la provisión de cargos de carrera administrativa en propiedad.
- a. El nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos. Lo anterior, bien entendido, durante el tiempo de vigencia de la lista de elegibles (6 meses).
- a. Por el contrario, el nominador no podrá acudir a la mencionada lista de elegibles, a efectos de proveer en propiedad vacantes que se presenten durante la vigencia de la lista de elegibles (6 meses) en cargos de inferior grado pero con igual denominación. Por el contrario, podrá emplear la mencionada lista durante la vigencia de ésta para proveer en provisionalidad las vacantes que se presenten en tales cargos, mientras se realiza un nuevo

concurso de méritos.

En este orden de ideas, la Corte declarará EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, e INEXEQUIBLE la expresión “o inferior” del mismo artículo.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, e INEXEQUIBLE la expresión “o inferior” del mismo artículo.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Salvamento de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETEL T CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-319/10

Referencia: Expediente D-7902

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 145 (parcial) de la Ley 201 de 1995.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Dentro del presente proceso el demandante alude que la expresión “También “podrá” utilizarse esta lista para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación”, del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, vulnera la Carta Fundamental,

toda vez que contradice el derecho a la igualdad y el principio de confianza legítima.

Frente a los cargos expuestos en la demanda de la referencia, la Corte consideró exequible el artículo 145 de la Ley 201 de 1995, en el entendido de que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, correspondiente a la misma denominación, el empleo de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, decisión que comparto plenamente. No obstante, mi discrepancia radica en la inexequibilidad de la expresión “o inferior” del aludido artículo, tomada por la decisión mayoritaria.

A mi modo de ver, las mismas razones que sustentan la constitucionalidad de la provisión de cargos vacantes de igual grado y denominación con listas de elegibles vigentes, conformadas en virtud de un concurso de méritos, se predican de la provisión de cargos de inferior grado, siempre y cuando sean de igual denominación. Lo anterior, por cuanto los ciudadanos que participaron y ganaron un concurso de méritos y cumplen a cabalidad con los requisitos de la vacante sometida a concurso, con mayor razón superan las exigencias de un cargo inferior, consideración esta última que, por su evidente razonabilidad, no requiere de mayor explicación, la cual, además, garantiza la provisión del empleo, con plena aplicación del principio constitucional a la carrera administrativa, otorgando así eficacia a los derechos subjetivos de los trabajadores. De ahí que discrepe de la decisión de mayoría en cuanto adoptó una exégesis distinta.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 Entre otras: C-041 de 1995; C-266 de 2002; C-1265 de 2005; C-478 de 2005; C-1265 de 2005 y C- 588 de 2009.

2 Entre otras, C- 030 de 1997; C- 1241 de 2001; C- 290 de 2007 y C- 588 de 2009.

3 Con salvamento de voto de los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Mauricio González Cuervo; Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto.

4 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-315 de 2007.

5 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004.

6 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008.

7 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-349 de 2004.

8 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C.1122 de 2005.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-211 de 2007..

10 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1995.

11 Ibídem.

12 Ibídem.

14 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995,

15 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008.

16 Sobre los distintos tipos de carrera véase la Sentencia C-308 de 2007.

17 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1230 de 2005.