

C-539-98

Sentencia C-539/98

EMPLEADO PUBLICO-Ser el mejor no permite ascenso automático/EMPLEADO PUBLICO-Incentivo inconstitucional

Resulta a todas luces inadecuado y desproporcionado que la calificación como mejor empleado permita una promoción automática a niveles superiores, no sólo porque ese mecanismo afecta la búsqueda de eficacia en la función pública, que es un principio rector de la carrera administrativa, sino además por cuanto la norma vulnera así el derecho a la igualdad de todos aquellos que pudieran tener mejores aptitudes para ocupar el cargo dejado vacante. La ley puede utilizar otros medios alternativos menos lesivos de la igualdad y la eficiencia administrativa si quiere premiar a quienes sean calificados como mejores empleados en el nivel respectivo, como podría ser el otorgamiento de una participación preferencial en programas de capacitación. Por ello, la promoción automática aparece como manifiestamente innecesaria y desproporcionada para estimular el buen ejercicio de los deberes del cargo por parte de los empleados de carrera. El artículo impugnado vulnera entonces los principios que gobiernan la carrera administrativa, puesto que afecta la igualdad y evita que la administración seleccione a las personas más idóneas para acceder a un determinado cargo.

Referencia: Expediente D-2000

Normas acusadas: Artículo 10 de la Ley 190 de 1995.

Actor: Gilberto Elías Murillo Valencia.

Tema:

Incentivos para los mejores empleados públicos, principio de igualdad y carrera administrativa.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santafé de Bogotá, primero (1) de octubre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

La Corte Constitucional de la República de Colombia, integrada por su Presidente Vladimiro Naranjo Mesa y por los Magistrados Antonio Barrera Carbonell, Alfredo Beltrán Sierra, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, Hernando Herrera Vergara, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Gilberto Elías Murillo Valencia presenta demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 10 de la Ley 190 de 1995, la cual fue radicada con el número D-2000. La demanda es admitida, se fija en lista para las intervenciones ciudadanas y se corre traslado al Procurador General para que rinda el concepto de rigor. Cumplidos, como están, los trámites previstos en la Constitución y en el Decreto No. 2067 de 1991, procede la Corte a decidir el asunto por medio de esta sentencia.

II. DEL TEXTO LEGAL OBJETO DE REVISION.

El artículo 10 de la Ley 190 de 1995 preceptúa lo siguiente:

“LEY 190 DE 1995.

“Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa” .

(...)

“B. INCENTIVOS PARA FUNCIONARIOS PUBLICOS

ARTICULO 10°.- . Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10° de la ley 27 de 1992, quienes sean seleccionados como mejor empleado de la entidad y de los niveles que la conforman, tendrán derecho a ocupar en propiedad los empleos de superior categoría que queden vacantes, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos para su desempeño”.

III- LA DEMANDA.

El actor considera que la norma demandada viola el Preámbulo y los artículos 13 y 40-7 de la Constitución, así como los artículos 166, 167 y 175 de la ley 270 de 1996 o Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

El demandante considera que la norma atacada vulnera el principio de igualdad ya que permite que quienes sean seleccionados como mejor empleado ocupen en propiedad empleos de superior categoría, con lo cual se desconocen las posibilidades de los aspirantes que hayan superado las pruebas de conocimiento y entrevista, y hayan obtenido un mayor puntaje que aquel de quien fue distinguido como el mejor funcionario de la entidad.

El demandante manifiesta entonces que la “igualdad consiste en no conceder prerrogativas a determinados funcionarios, y garantizar el concurso de méritos de acuerdo con las capacidades y las condiciones de los aspirantes.” Por ello, según su criterio, la disposición impugnada “vulnera el artículo 40-7 de la Constitución Política, por cuanto el derecho del ciudadano a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, se ve afectado, al ser tenidos en cuenta con prelación para el desempeño de funciones y cargos públicos, a aquellos que resulten seleccionados como mejor funcionario de la entidad.”

El demandante considera además que la norma acusada desconoce los artículos 166, 167 y 175 de la ley 270 de 1996, ya que la lista de elegibles en los concursos que se realicen para proveer los cargos vacantes en las entidades públicas quedan sin efecto, pues se da prelación a quien estando incluido en la lista haya sido seleccionado como mejor funcionario.

De esa manera, según su parecer, la norma genera una discriminación frente a los demás integrantes de la lista pues, recuerda el actor, “ de acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional se debe dar prelación a quien ocupe el primer puesto de la lista”.

IV. INTERVENCION AUTORIDADES PUBLICAS

4.1. Ministerio de Justicia y del Derecho.

La ciudadana Mónica Fonseca Jaramillo, Directora General (E) de Políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo del Ministerio de Justicia y del Derecho, interviene en el proceso de la referencia para defender la constitucionalidad de la disposición impugnada.

La interviniente comienza por señalar que la Carta consagra la carrera administrativa como un instrumento para garantizar el desarrollo de los objetivos y programas de la organización del Estado, por lo cual establece un sistema efectivo para el cumplimiento de los fines de la función pública. Este sistema determina el nombramiento de un servidor público para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. Por tal razón, agrega la ciudadana, el artículo 125 de la Carta establece que la provisión de cargos de carrera y el ascenso en los mismos se hace, previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley, a fin de determinar los méritos y calidades de los candidatos, siempre y cuando cumplan fielmente con los deberes del cargo, pues de esa manera se garantiza la estabilidad en el empleo en los órganos y entidades del Estado, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad y honestidad que deben guiar la función administrativa.

La interviniente agrega que la Constitución, por otra parte, busca preservar la eficiencia y la eficacia de la función pública, de tal manera que quienes prestan sus servicios al Estado lo hagan sobre el doble supuesto de la garantía de sus derechos mínimos, y la rigurosa exigencia del cumplimiento de sus deberes, merced al permanente control y evaluación de su rendimiento. Por lo tanto considera que la norma acusada no vulnera el derecho a la igualdad ya que ella simplemente persigue “estimular a aquellos que sean seleccionados como mejores empleados”. Por ende, según su parecer, la disposición impugnada se fundamenta en el mérito del servidor público, lo cual es compatible con la filosofía que inspira a la carrera administrativa.

Por último, la ciudadana precisa que el legislador tiene la facultad para establecer límites,

deberes y responsabilidades a la labor que desempeñan los servidores públicos. Por ende, según su criterio, la ley también puede, de acuerdo con lo establecido en el numeral 23 del artículo 150 superior, consagrar mecanismos que estimulen y distingan a aquellas personas que de una forma u otra han ejecutado su labor de conformidad con los compromisos que la Constitución y la ley le han confiado.

4.2. Fiscalía General de la Nación.

El Fiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad de la norma acusada. Según su criterio, una interpretación sistemática de esa disposición permite concluir que quienes se hagan beneficiarios del derecho consagrado en la norma no serán elegidos arbitrariamente sino de conformidad con los preceptos consagrados en la Constitución. Por ende, según su criterio, se entiende que el nombramiento “se hará por concurso, mediante procedimiento público y abierto, con cumplimiento de los requisitos que garanticen la transparencia y el derecho a la igualdad. Y que tratándose de los funcionarios de la Rama Judicial deberá surtir el procedimiento consagrado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia”.

Por todo lo anterior, el interviniente concluye que la norma acusada no viola el derecho a la igualdad, ni el derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, ni mucho menos los artículos 166, 167 y 175 de la ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que no hacen otra cosa diferente que reglamentar el proceso de selección de los funcionarios de carrera administrativa pertenecientes a la rama judicial.

4.3. Departamento Administrativo de la Función pública.

El ciudadano Antonio Medina Romero, Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, interviene en el proceso para defender la constitucionalidad del artículo acusado. Según su criterio, la Ley 190 de 1995 consagra que la evaluación del desempeño o calificación de servicios debe tenerse en cuenta siempre que se trate de otorgar o conceder incentivos a los funcionarios públicos. Así mismo observa el ciudadano, que el decreto 2329/95 en su artículo 3º, establece las formas de proveer un empleo de carrera y señala que una de ellas es nombrando en propiedad al mejor empleado de la entidad del nivel al cual corresponda el cargo, de acuerdo con los procedimientos establecidos en el decreto reglamentario 1483/96. El interviniente explica entonces ese proceso en los siguientes

términos:

“La selección del mejor empleado de que trata la Ley 190 de 1995 y su decreto reglamentario 1483 se refiere al mejor empleado de carrera de la respectiva entidad y de los niveles que la conforman, quienes tendrán derecho durante el año inmediatamente siguiente a la selección, a ser nombrados, por una sola vez, en cargos de carrera de superior jerarquía, que se encuentren vacantes en forma definitiva, mediante ascenso y sin que medie concurso.

El artículo 11 de la Ley 190 de 1995 dispone que en el correspondiente acto de selección deberá dejarse constancia expresa de haberse considerado la evaluación del desempeño como elemento decisorio para asignar cualquiera de los beneficios, sin perjuicio de que se exija al candidato escogido el lleno de los requisitos a que haya lugar en cada caso.

Como se observa, el Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995) exige la evaluación del desempeño o calificación de servicios como elemento decisorio para el otorgamiento de becas, cursos especiales de capacitación, comisiones de estudio y participación en programas de bienestar social.

Como la calificación de servicios solamente se encuentra reglada para los empleados de carrera, se considera que se debe dar oportunidad preferencial a los empleados de carrera para acceder a estos beneficios.”

Con base en lo anterior, el ciudadano precisa que la igualdad no es un concepto matemático y exacto que pretenda nivelar a todas las personas porque son personas, o a todos los funcionarios por ser funcionarios. Así, los empleados de libre nombramiento y remoción tienen tratamiento distinto a los empleados de carrera, y sin embargo, precisa el interviniente, no existe violación a la igualdad, a pesar de que en ambos casos se trata de empleados públicos. Según su criterio, la igualdad es un tratamiento igual respetando las diferencias. Si la igualdad es una abstracción, las diferencias son concretas y variables dentro de un contexto, el cual es determinado y puede ser histórico, geográfico, psicológico, de requisitos para ocupar un cargo y formación académica de quien lo desempeña.

El ciudadano considera entonces que la norma atacada establece incentivos para los empleados públicos de carrera que sean seleccionados como el mejor empleado de la

entidad respectiva, de acuerdo con la ley y los decretos reglamentarios, por lo cual no viola el principio de la igualdad predicado en el preámbulo y en el artículo 13 de la Constitución, en la medida en que estos funcionarios ocuparían en propiedad los empleos de superior categoría que queden vacantes, siempre y cuando cumplan los requisitos para el mismo. Por ello, concluye el interviniente, el trato diferente está objetiva y razonablemente justificado, de conformidad con el artículo 125 de la Carta.

V. DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

En su concepto de rigor, la Vista Fiscal solicita a la Corte que declare la constitucionalidad del artículo acusado. El Procurador comienza por señalar que la carrera administrativa es un “sistema integral de administración de personal” que abarca tres instancias básicas en el desarrollo de la función pública: el ingreso, la permanencia y el retiro. El subsistema de ingreso pretende entonces que “quienes aspiren a desempeñarse en la administración publica o busquen ascender dentro de la carrera sean los más destacados, y a su vez garantiza la igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público y el ascenso dentro del mismo”. Por ello, precisa el Ministerio Público, este subsistema descansa sobre dos pilares, a saber, de un lado, “el respeto a las normas que consagran los requisitos y calidades para el ejercicio de los cargos públicos” y, de otro lado, el concurso, que “permite que el reclutamiento de personal y los ascensos tengan como fundamento el valor intelectual y moral, dejando de lado otras variables tales como la filiación política, las creencias religiosas o consideraciones de otra índole.”

La Vista Fiscal señala entonces que “la regla general para el ingreso a la carrera y el ascenso dentro de la misma es el concurso”. Por ello es claro, según su criterio, que la norma acusada consagra una excepción a la regla general para el ascenso dentro de la carrera administrativa, pues dispone que quienes sean seleccionados como mejor empleado de la entidad y de los niveles que la conforman tendrán derecho a ocupar en propiedad los cargos de superior categoría que queden vacantes, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos para su desempeño. Sin embargo, agrega el Procurador, la ley podía establecer esa excepción, de conformidad con la competencia que le asigna el inciso tercero del artículo 125 de la Carta, según el cual el legislador se encuentra habilitado para determinar las condiciones de ascenso en los cargos de carrera. Según su criterio:

“El precepto demandado contempla un mecanismo de ascenso excepcional y automático, puesto que aquellos funcionarios que han sido seleccionados como los mejores de la entidad y de los niveles que la conforman pueden ascender en los cargos de carrera sin someterse al procedimiento del concurso, en razón a que el legislador ha querido estimular a estos servidores públicos.

Este estímulo que se ha consagrado en el artículo 10º de la Ley 190 de 1995 se encuentra en consonancia con la esencia de la carrera administrativa y respeta el principio de la unidad de materia de las leyes.

En efecto, como la carrera administrativa tiene como finalidad lograr la eficacia y eficiencia de la función pública, el derecho que se le otorga a los mejores servidores públicos para ocupar los cargos de superior categoría que están vacantes en la respectiva entidad y en el correspondiente nivel, no obedece a razones distintas del mérito y calidades de estos funcionarios lo que razonablemente permite al legislador establecer estímulos e incentivos para ellos. Estímulos que igualmente son acordes con la materia de la ley 190 de 1995, ya que ésta contiene normas para preservar la moralidad en la administración pública, y como la moralidad de quienes se desempeñan en el servicio público es un factor trascendental cuando se evalúan las calidades de los servidores estatales, bien podía el legislador establecer en esta ley los referidos estímulos, tal como quedó consignado en la Gaceta del Congreso Nº 290 del 26 de agosto de 1993.”

La Vista Fiscal considera entonces que la disposición demandada no vulnera la igualdad, ni el derecho a acceder a cargos públicos, ya que no contiene la hipótesis señalada por el demandante, pues “no prescribe que quienes son seleccionados como mejores empleados de la entidad y de los niveles que la conforman deben concursar con quienes aspiran a desempeñar los cargos que se encuentran vacantes en la respectiva entidad”. En efecto, señala el Procurador, estos funcionarios tienen derecho a ocupar automáticamente los cargos de superior categoría “sin necesidad de someterse al procedimiento del concurso, y a su vez, quienes aspiran a acceder a los empleos públicos de carrera pueden concursar en igualdad de condiciones para los demás cargos vacantes”, que no hayan sido ocupados por los mejores, porque en este último caso no existe concurso.

Observa el Procurador que si bien la norma acusada no establece un tratamiento distinto entre quienes aspiran ingresar a la carrera administrativa y quien ha sido seleccionado como mejor empleado de la entidad, sí “establece un trato desigual entre los empleados escalafonados en la carrera administrativa, ya que concede un privilegio al funcionario que ha sido seleccionado como mejor empleado, permitiéndole el ascenso automático en la carrera”. Sin embargo, según su parecer, este trato desigual es constitucional pues se funda en el mérito, que es el criterio rector de la carrera administrativa, y es “proporcionado y razonable, siempre y cuando la selección del mejor servidor esté precedida de una calificación objetiva e imparcial realizada con fundamento en las calidades, intelectuales, morales y sociales, así como en el desempeño laboral del funcionario”.

El Procurador finalmente precisa que la confrontación de una norma legal con la legislación no es objeto del control de constitucionalidad, razón por la cual considera que “no es procedente efectuar un pronunciamiento respecto de la presunta transgresión de los artículos 166, 167 y 175 de la ley 270 de 1996 alegada por el actor.”

VI. FUNDAMENTO JURIDICO

Competencia.

1- La Corte Constitucional es competente para conocer de la acusación contra el artículo 10° de la Ley 190 de 1995, de conformidad con el artículo 241 ordinal 4º de la Carta, por cuanto se trata de una demanda de un ciudadano contra una disposición contenida en una ley.

El problema de la derogación de la norma acusada

2- La norma acusada hace parte de la Ley 190 de 1995 o Estatuto Anticorrupción, pero regula un aspecto relacionado con la carrera administrativa, puesto que establece que aquella persona que sea seleccionada como mejor empleado de la entidad, en el respectivo nivel, tendrá derecho a ocupar en propiedad un empleo de superior categoría que quede vacante, siempre y cuando reúna los requisitos exigidos para su desempeño. Ahora bien, recientemente el Congreso expidió la Ley 443 de 1998, que regula múltiples aspectos de la carrera administrativa. Es obvio que esta ley es posterior a la norma acusada, por lo cual, y con el fin de determinar si procede o no un pronunciamiento de fondo en el presente caso, la Corte comienza por analizar si la disposición impugnada fue derogada o no por la Ley 443 de

1995, cuestión que, como se verá, no es simple en el presente caso.

3- Un primer punto es claro: la disposición acusada no fue expresamente derogada por la Ley 443 de 1998 pues el artículo 87, que cita las normas explícitamente excluidas del ordenamiento por ese cuerpo normativo, no menciona el artículo 10 de la Ley 190 de 1995. Sin embargo, esto no significa que, por esa sola razón, la disposición impugnada se encuentra vigente, por cuanto una ley posterior deroga tácitamente todas las disposiciones anteriores que le sean contrarias. Además, una de las formas clásicas de derogación tácita ocurre cuando una nueva normatividad regula de manera sistemática un tema, pues en tales eventos se entiende que esta nueva ordenación subroga las disposiciones anteriores sobre el mismo asunto. Por ello esta Corte había señalado que la expedición de un cuerpo legal integral, en la medida en que incorpora las normas que “conforman la legislación existente sobre una determinada materia, produce como obligada consecuencia, su derogatoria tácita”.¹

Ahora bien, en el presente caso, la Ley 443 de 1998 tiene claramente la pretensión de regular sistemáticamente la carrera administrativa ya que, en sus más de 80 artículos, toca los aspectos esenciales de esta temática, como son la definición de la carrera, sus principios rectores, su ámbito de aplicación, la clasificación de los empleos, las formas de vinculación, y en especial el sistema de concurso. Igualmente la ley trata de la evaluación del desempeño y la calificación de los empleados, los mecanismos de estímulo y capacitación de los mismos, así como las causales de retiro. La ley también prevé el registro público de la carrera y regula detalladamente el sistema nacional de la carrera y la función pública. Finalmente, la propia ley señala en su artículo 4º que fuera de algunos sistemas específicos de carrera, como aquellos del DAS o del INPEC y otros, los demás regímenes “no exceptuados en la presente ley perderán su vigencia y sus empleados se regularán por lo dispuesto en la presente normatividad”. Todo esto muestra que esta ley aspira a ser una suerte de estatuto unificado sobre la carrera administrativa, similar a otros cuerpos normativos en otros campos, como el Código Unico Disciplinario, ya que representa una regulación exhaustiva sobre el tema, por lo cual debe entenderse que subroga la mayor parte de las regulaciones precedentes sobre la carrera administrativa, incluida la disposición acusada.

4- En el caso de la norma impugnada, la derogación tácita parece todavía más clara, por cuanto la Ley 443 de 1998 regula específicamente la provisión de los cargos de carrera y el

papel que juegan los estímulos derivados del buen desempeño, y no prevé la eventualidad establecida por la norma impugnada, por lo cual debe entenderse que esta nueva ley derogó esa figura. En efecto, el artículo 15 señala que la provisión definitiva de los empleos se hace a través de concurso abierto o de ascenso, sin tomar en cuenta la posibilidad de que el mejor empleado ascienda al nivel superior sin necesidad de tal concurso, tal y como lo señala la norma acusada. Por su parte, el artículo 31 de esa misma ley precisa que la evaluación del desempeño deberá tenerse en cuenta para (i) adquirir los derechos de carrera; (ii) conceder estímulos a los empleados; (iii) participar en concursos de ascenso; (iv) formular programas de capacitación; (v) otorgar becas y comisiones de estudio; (vi) evaluar los procesos de selección, y (vii) determinar la permanencia en el servicio. Igualmente, el artículo 35 de la misma ley determina que aquellos empleados cuyo desempeño laboral sea excelente “serán objeto de especiales estímulos, en los términos que señalen las normas que desarrollen la presente ley”. Estos artículos no prevén tampoco explícitamente que quien sea designado como el mejor empleado de una entidad tenga derecho a ocupar en propiedad el empleo de superior categoría que quede vacante, posibilidad que no aparece en ninguna parte de la Ley 443 de 1998.

Como vemos, la nueva Ley 443 de 1998 regula de manera sistemática la carrera administrativa, y en especial la función que juegan las evaluaciones de desempeño y la calificación de los empleados, y en ninguna de sus disposiciones prevé la hipótesis regulada por la disposición acusada. En tales circunstancias, resulta razonable concluir que la norma impugnada fue tácitamente derogada por la Ley 443 de 1998.

5- Con todo, la derogación de la norma acusada no es evidente por cuanto el artículo 10 de la Ley 190 de 1995 señala que la posibilidad de promoción automática del mejor empleado al nivel superior se establece “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10° de la ley 27 de 1992”, norma esta última que preveía que la provisión de los empleos de carrera se hace por concurso. Esto significa que la disposición impugnada consagra un estímulo especial al mejor empleado, el cual constituye una excepción a la regla general en materia de carrera administrativa, según la cual el ascenso al nivel superior se efectúa por concurso. En tales circunstancias, y en virtud del principio hermenéutico según el cual la norma especial se aplica de preferencia a la norma general, podría considerarse que el artículo 10 de la Ley 190 de 1995 no fue derogado, por cuanto ese estímulo especial se entendería incluido dentro de las posibilidades previstas por el artículo 31 de Ley 443 de 1996, cuando esa disposición

señala que una de las finalidades de la evaluación y calificación del desempeño es “conceder estímulos a los empleados”

6- No es pues totalmente claro que la Ley 443 de 1998 hubiera pretendido derogar tácitamente a la norma acusada. Pero es más, incluso si tal fuera claramente la voluntad normativa de esa ley, no por ello la norma acusada se encontraría formalmente derogada al momento de producirse la decisión de la Corte, por cuanto la propia ley previó un régimen de transición. En efecto, el artículo 83 de la Ley 443 de 1998 señala que “mientras se expiden los decretos leyes que desarrollen las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el artículo 66 de la presente ley y se expiden los decretos reglamentarios de esta ley y de aquellos decretos leyes, continuarán rigiendo las disposiciones legales y reglamentarias de carrera administrativa vigentes al momento de la promulgación de esta ley” (subrayas no originales). Por su parte el artículo 66 confiere facultades extraordinarias al Presidente por seis meses a partir de la promulgación de la ley para varios asuntos. La norma de transición de la Ley 443 de 1998 plantea entonces complejos problemas interpretativos, puesto que suspende la vigencia de la ley hasta que el gobierno expida uno decretos leyes en un término máximo de seis meses, mientras que el artículo final establece que toda la ley empieza a regir desde su publicación. El defecto de técnica legislativa es protuberante pues existe una manifiesta contradicción normativa entre las dos disposiciones, ya que el artículo final plantea que la Ley 443 de 1998 rige desde el 11 de junio de 1998, mientras que la norma de transición prolonga la vigencia de las normas precedentes por varios meses. Pero incluso el asunto es más complejo, por cuanto el artículo 83 extiende los efectos de la regulación anterior hasta que el gobierno expida los decretos reglamentarios de la nueva ley y de los decretos leyes por expedirse, con lo cual genera una enorme inseguridad jurídica, pues no se sabe en qué momento entrará a regir el nuevo régimen: ¿Cuando el gobierno expida el primer decreto o hay que esperar a que reglamente toda la ley y todos los decretos? Además, esa fórmula no es sólo poco técnica sino que es institucionalmente discutible, ya que en el fondo la ley transfiere al Gobierno la facultad de determinar el momento de su entrada en vigor. Ahora bien, establecer cuando entra en vigencia una ley es de por sí tomar una determinación legislativa, con lo cual el artículo 83 de la Ley 443 de 1998 podría estar confiriendo al Gobierno unas facultades legislativas indefinidas. Sin embargo, no corresponde a la Corte determinar en esta sentencia la constitucionalidad o no de esa disposición, ya que no fue demandada por el actor, y no procede aplicar la regla de la unidad normativa, por cuanto ésta es de aplicación restrictiva, y en el presente caso no

resulta indispensable pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 83 de la Ley 443 de 1998 para analizar los cargos contra el artículo 10 de la Ley 190 de 1995.

Con todo, el anterior examen muestra que incluso si la Ley 443 de 1998 hubiera pretendido derogar tácitamente la norma impugnada, no por ello ésta carecería de efectos en la actualidad, por cuanto todo indica que el antitécnico régimen de transición habría prolongado su vigencia por un período suplementario indefinido. En tales circunstancias, como la disposición acusada es susceptible de estar produciendo efectos, entra la Corte al examen material de la misma.

El asunto material bajo revisión.

7- Según el actor, la norma acusada permite que quien sea seleccionado como mejor empleado de la entidad pueda ascender al nivel superior, sin participar en ningún concurso, con lo cual desconoce la igualdad y afecta la carrera administrativa, puesto que vulnera los derechos de aquellas otras personas que pudieran haber obtenido mejores resultados en las pruebas de aptitud para el cargo. Por su parte, varios intervinientes y la Vista Fiscal defienden la constitucionalidad de la medida, por cuanto consideran que si bien la disposición consagra una preferencia en favor del mejor empleado, no por ello viola la igualdad ni desconoce los principios rectores de la carrera administrativa. Según su criterio, esa diferencia de trato persigue una finalidad legítima, como es estimular el buen rendimiento de los empleados públicos, y es adecuada y proporcionada a tal propósito, puesto que se funda en el mérito del servidor público, que es el criterio esencial que debe orientar el ascenso en la carrera administrativa. Finalmente, uno de los intervinientes considera que el cargo del actor se basa en una inadecuada comprensión del alcance de la disposición acusada. Según su parecer, una interpretación sistemática permite concluir que en todo caso, el ascenso debe hacerse por concurso, mediante un procedimiento público y abierto, con el cumplimiento de los requisitos que garanticen la transparencia y el derecho a la igualdad.

Como vemos, para resolver el problema planteado, la Corte debe comenzar por precisar el sentido de la disposición acusada, con el fin de saber si ésta autoriza el ascenso al nivel superior, sin concurso, de quien ha sido seleccionado como mejor empleado, y en caso de ser así, esta Corporación procederá a determinar si tal posibilidad es compatible con la regulación constitucional de la carrera administrativa y la protección al principio de igualdad

(CP arts 13 y 125).

El sentido de la norma acusada: el ascenso, sin concurso, del mejor empleado.

8- La norma acusada no señala explícitamente que quien sea seleccionado como mejor empleado de una entidad, en su respectivo nivel, puede ascender al nivel superior sin necesidad de concurso. Por ende parecería razonable suponer, como lo hace uno de los intervinientes, que esta disposición debe ser interpretada de conformidad con las reglas generales sobre carrera administrativa, según las cuáles el ascenso requiere un concurso. Sin embargo esa hermenéutica resulta inaceptable por cuanto no sólo es contraria al tenor literal de la disposición impugnada sino que, además, le hace perder todo efecto normativo.

Así, el artículo acusado establece que quienes sean seleccionados como mejor empleado de la entidad, en su nivel respectivo, “tendrán derecho a ocupar en propiedad los empleos de superior categoría que queden vacantes, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos para su desempeño”. Como vemos, el tenor literal de la norma confiere al mejor empleado un derecho a ocupar en propiedad un empleo de superior categoría que quede vacante. Por ende, debe entenderse que este empleado puede ascender a ese nivel sin necesidad de participar en ningún concurso, pues es obvio que si su ascenso queda condicionado a obtener los mejores puntajes en tales pruebas, en realidad no tiene ningún derecho a ocupar en propiedad un empleo de superior categoría.

9- La interpretación del interviniente es entonces contraria al tenor literal de la norma. Pero es más, esa hermenéutica resta toda eficacia a la disposición acusada pues no tiene ningún sentido que se confiera al mejor empleado el derecho a ocupar un empleo de superior jerarquía, siempre y cuando obtenga los resultados más altos en el concurso respectivo, ya que ese derecho lo tienen todos los empleados. La norma acusada sería entonces inocua, por lo cual, y en virtud del principio hermenéutico del efecto útil, según el cual deben preferirse aquellas interpretaciones que confieren alguna eficacia práctica a las disposiciones estudiadas, resulta ineludible concluir que el artículo 10 de la Ley 190 de 1995 autoriza a ascender a un empleo de superior jerarquía, sin concurso, a la persona que sea seleccionada como mejor empleado de una entidad en un determinado nivel administrativo.

10- Este entendimiento de la norma acusada coincide además con los decretos reglamentarios que la han desarrollado. En efecto, el artículo 10 de la Ley 190 de 1995 ha

sido reglamentado por dos decretos gubernamentales. Así, el decreto 1483 de 1996 señala la manera como se debe seleccionar al mejor empleado de cada nivel administrativo y precisa, en su artículo 11, que “la provisión de los cargos se efectuará mediante ascenso y sin que medie concurso”. Por su parte, el decreto 2329 de 1995 reglamenta la provisión definitiva de los empleos y establece al respecto:

“ART. 3º.- Cuando se produzca una vacante definitiva en un empleo de carrera o se ordene la provisión de un nuevo empleo, éste deberá ser provisto en el orden de prioridad siguiente:

1- Con el personal de carrera administrativa al cual se haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser revinculado, conforme lo establecen el artículo 48 del Decreto-ley 2400 de 1968, el artículo 8º de la Ley 27 de 1992, el Decreto 1223 de 1993 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen.

2- Con el mejor empleado de la entidad del nivel al cual corresponda el cargo a proveer, siempre y cuando acredite los requisitos exigidos para su desempeño. De no demostrar dichos requisitos o no aceptar el nombramiento, deberá ascenderse al mejor empleado del nivel inferior que lo acredite.

Los mejores empleados de la entidad y de cada nivel serán escogidos de acuerdo con el procedimiento que establezca el Gobierno Nacional mediante decreto reglamentario y tendrán derecho al ascenso aquí previsto, por una sola vez, sin someterse a concurso, dentro del año inmediatamente siguiente a su elección como los mejores de la entidad, por una sola vez. Sus nombramientos, los cuales deben hacerse en propiedad, se consideran como ascensos dentro de la carrera administrativa y en ningún caso serán sometidos a período de prueba.

3- Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en la lista de elegibles vigente de concurso de ascenso.

4- Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en la lista de elegibles vigente de concurso abierto.

De no darse las circunstancias señaladas en los numerales anteriores, se realizará el concurso o proceso de selección, de ascenso o abierto, de acuerdo con lo establecido en este

decreto (subrayas no originales).”

11- Conforme a lo anterior, es claro que, como lo sostienen el demandante y los otros intervinientes, la norma acusada establece que quien sea seleccionado como mejor empleado tiene derecho a ascender a empleos superiores, sin necesidad de participar en ningún concurso. Debe entonces la Corte entrar a analizar si esa posibilidad es admisible, o si por el contrario vulnera los principios constitucionales que gobiernan la carrera administrativa y el acceso igualitario de las personas a los cargos públicos (CP arts 13, 40 y 125).

Incentivos para los mejores empleados públicos, principio de igualdad y carrera administrativa.

12- En reiteradas oportunidades esta Corporación² ha manifestado que la carrera administrativa se fundamenta en tres principios interrelacionados: de un lado, la búsqueda de la eficiencia y eficacia en el servicio público, por lo cual la administración debe seleccionar a sus trabajadores exclusivamente por su mérito y capacidad profesional (CP art. 125). De otro lado, la protección de la igualdad de oportunidades, pues todos los ciudadanos tienen igual derecho a acceder al desempeño de cargos y funciones públicas (CP arts 13 y 40). Finalmente, la protección de los derechos subjetivos del empleado de carrera (CP arts 53 y 125), tales como el principio de estabilidad en el empleo, el sistema para el retiro de la carrera y los beneficios propios de la condición de escalafonado, pues esta Corporación ha señalado que las personas vinculadas a la carrera son titulares de unos derechos adquiridos, que deben ser protegidos y respetados por el Estado.

Por consiguiente, todo análisis constitucional de una regulación específica de la carrera administrativa debe tomar en consideración no sólo la libertad de configuración que la Carta confiere a la ley en esta materia sino también estas finalidades constitucionales propias de la carrera administrativa. Así, la Constitución permite al Legislador que se desplace dentro de los principios rectores de la carrera administrativa, pues el Congreso tiene un margen de apreciación y de regulación cuando reglamenta la función pública, que tan sólo está limitado por la naturaleza de la carrera administrativa y los derechos y principios que ésta protege.

Por lo tanto, el Legislador, dentro de su libertad de configuración política, está facultado para escoger libremente cuál objetivo de la carrera privilegia, siempre y cuando no altere la

esencia de la carrera. Sin embargo, la propia Carta define esas finalidades básicas que la ley debe respetar, por lo cual la libertad del Legislador se encuentra limitada. Esto significa que la ley sólo puede establecer regulaciones y diferenciaciones en este campo que sean compatibles con las finalidades de la carrera administrativa. El control de constitucionalidad de estas diferenciaciones es entonces más estricto que en otros campos en donde la libertad del Legislador es más amplia pues, tal y como esta Corporación ya lo ha señalado, “tanto el artículo 13 como el artículo 40-7 de la Carta, prohíben que los sistemas de carrera establezcan requisitos o condiciones distintos de aquellos destinados a evaluar los méritos y las capacidades reales de los aspirantes, atendiendo siempre a las funciones específicas del cargo a proveer”³. Con tales criterios, entra la Corte a estudiar la constitucionalidad de la disposición acusada.

13- La disposición impugnada acusada establece, sin lugar a dudas, una diferencia de trato entre los empleados de carrera, por cuanto la regla general es que el ascenso a un nivel superior sólo es posible si la persona beneficiada ha obtenido el mayor puntaje en el concurso respectivo. En cambio, el artículo 10° de la Ley 190 de 1995 consagra un beneficio para quien sea seleccionado como mejor empleado ya que prevé una especie de promoción automática de esa persona, siempre y cuando reúna los requisitos para desempeñar un empleo superior que haya quedado vacante. La Vista Fiscal y varios intervinientes defienden esa diferenciación, por cuanto consideran que es un medio adecuado y proporcionado para alcanzar una finalidad legítima, en razón a que se funda en el mérito y estimula el buen desempeño de los empleados de carrera. Por el contrario, el actor considera que este mecanismo es discriminatorio. Con el fin de determinar la constitucionalidad de la norma acusada, entra la Corte a analizar si esa diferencia de trato representa un medio claramente adecuado y proporcionado para alcanzar una finalidad constitucionalmente importante.

14- La Corte coincide con la Vista Fiscal y con los intervinientes, en que la norma acusada persigue un objetivo, que es no sólo constitucionalmente importante sino que armoniza con los principios que gobiernan la carrera administrativa. Así, en la medida en que la carrera busca la mayor eficacia y eficiencia en la actividad estatal, resulta importante que la ley establezca beneficios para aquellos empleados que desempeñen en mejor forma sus funciones, por lo cual los sistemas de evaluación y de estímulo son no sólo compatibles con la filosofía constitucional de la carrera sino que representan elementos esenciales de cualquier diseño de la misma.

15- La Corte comparte igualmente con estos intervinientes la idea de que en principio la norma acusada establece una diferenciación basada en el criterio esencial que gobierna la carrera, a saber el mérito, puesto que confiere un beneficio a aquellas personas que han sido seleccionadas como mejores empleados de una entidad, en un determinado nivel administrativo. Por ende, la diferenciación parece ser adecuada a las finalidades propias de la carrera administrativa. Sin embargo, el interrogante obvio que surge es el siguiente: ¿la automática promoción del mejor empleado de un determinado nivel a un empleo de superior jerarquía constituye un medio adecuado y proporcionado para estimular la eficiencia de los servidores públicos y garantizar la idoneidad de quienes ocupan los distintos cargos?

16- Para responder a este interrogante, la Corte considera necesario distinguir con nitidez entre la evaluación del desempeño de un funcionario en su respectivo cargo y el concurso de méritos que se establece para proveer de manera definitiva un empleo. Así, la evaluación pretende determinar si una persona se desempeña adecuadamente en el cargo que le ha sido asignado. En cambio, el concurso de méritos no califica el actual desempeño de una persona sino que está orientado exclusivamente “a evaluar los méritos y las capacidades reales de los aspirantes, atendiendo siempre a las funciones específicas del cargo a proveer” (subrayas no originales)⁴. Existe pues una diferencia clara entre los dos sistemas puesto que ambos evalúan cosas distintas, por lo cual es problemático que la ley presuma que quien ha sido calificado como el mejor en un determinado nivel es obligatoriamente el más idóneo para ocupar un cargo en un nivel superior. En efecto, es muy posible que un empleado sea el mejor en su nivel respectivo y reúna también los requisitos mínimos para acceder a un empleo superior, pero también es posible que existan muchas otras personas que sean más idóneas que él, para ocupar el nuevo cargo. Esto deriva de un hecho obvio pero que fue ignorado por los redactores de la norma y por quienes defienden su constitucionalidad, que es el siguiente: el establecimiento de distintos niveles y categorías en la administración pública no es caprichoso sino que responde a principios elementales de la dinámica de las organizaciones, a saber, que las personas tienen diversas capacidades para ejercer adecuadamente diferentes funciones. Por ende, alguien puede ser el mejor en una determinada función pero eso no significa que esa persona sea obligatoriamente la más adecuada para ejercer un empleo de superior jerarquía, incluso si cumple con los requisitos mínimos de tal cargo, por cuanto las aptitudes que le permiten desempeñarse adecuadamente en el nivel que actualmente ocupa, pueden no ser relevantes ni útiles para ejercer la nueva labor. Así, por utilizar un ejemplo ilustrativo, un empleado puede ser el

mejor notificador, pero eso no significa que sea la persona más indicada para acceder al cargo de sustanciador o secretario de un despacho judicial. Precisamente por ello la Corte ha señalado que los concursos de méritos deben estar diseñados de tal manera que la elección se fundamente “en factores técnicos y objetivos, directamente proporcionados a las exigencias del cargo objeto de concurso” (subrayas no originales)⁵, ya que sólo de esa manera se puede suponer que el funcionario seleccionado será verdaderamente el más idóneo para ejercer la función.

17- La norma acusada no es entonces un medio rigurosamente adecuado para alcanzar los propósitos constitucionales que rigen la carrera, por cuanto no permite que la administración realmente seleccione a la persona más idónea para ocupar el cargo que fue dejado vacante. Esto obviamente no significa que el excelente desempeño en un determinado cargo no pueda ni deba ser tomado en cuenta en los procesos de selección en empleos de superior jerarquía, por cuanto la hoja de vida puede ser un componente del puntaje del aspirante. Por ende, la calificación como mejor empleado puede ser positivamente valorada en los concursos para empleos de superior nivel, por cuanto muestra la responsabilidad y compromiso con la función pública de la persona evaluada y recompensa sus méritos acumulados en este sector. Igualmente, en la medida en que sea evidente que existe una gran compatibilidad y congruencia entre la función desempeñada y el cargo por proveer, es posible que esas distinciones y premios puedan tener un mayor peso; sin embargo, lo que resulta a todas luces inadecuado y desproporcionado es que la calificación como mejor empleado permita una promoción automática a niveles superiores, no sólo porque ese mecanismo afecta la búsqueda de eficacia en la función pública, que es un principio rector de la carrera administrativa, sino además por cuanto, como bien lo señala el actor, la norma vulnera así el derecho a la igualdad de todos aquellos que pudieran tener mejores aptitudes para ocupar el cargo dejado vacante.

En tal contexto, la Corte considera que no es de recibo el argumento empleado por la Vista Fiscal, según el cual no habría violación a la igualdad, en la medida en que el actor se funda en una hipótesis inexistente. Según su criterio, no es cierto que el mejor empleado desplace a personas que hayan obtenido mejores puntajes que él en las pruebas de idoneidad, por cuanto esa persona asciende sin participar en el concurso respectivo. La observación del Ministerio Público es parcialmente cierta pero irrelevante, puesto que el cuestionamiento del actor se dirige precisamente contra ese privilegio de quien es calificado como mejor

empleado. Además, en determinados casos, la hipótesis señalada por el actor ocurre, pues es posible que se haya realizado un concurso para proveer un cargo, y que una persona ocupe el primer lugar en la lista de elegibles; sin embargo, conforme a las reglas de preferencia establecidas por el decreto reglamentario 2329 de 1995 reseñado en el Fundamento Jurídico No 10 de esta sentencia, esa persona puede verse desplazada por quien sea calificada como el mejor empleado de la entidad, incluso si éste había participado en el concurso y había obtenido un puntaje inferior.

19- Por último, la Corte destaca que la ley puede utilizar otros medios alternativos menos lesivos de la igualdad y la eficiencia administrativa si quiere premiar a quienes sean calificados como mejores empleados en el nivel respectivo, como podría ser el otorgamiento de una participación preferencial en programas de capacitación. Por ello, la promoción automática aparece como manifiestamente innecesaria y desproporcionada para estimular el buen ejercicio de los deberes del cargo por parte de los empleados de carrera.

20- El artículo impugnado vulnera entonces los principios que gobiernan la carrera administrativa, puesto que afecta la igualdad y evita que la administración seleccione a las personas más idóneas para acceder a un determinado cargo. Por tal razón, la Corte procederá a retirar del ordenamiento esa disposición. Sin embargo, en función del principio de buena fe y de la protección de los derechos adquiridos (CP arts 58 y 83), y en consonancia con decisiones precedentes sobre materias similares⁶, la Corte limitará los efectos de su fallo hacia el futuro, por lo cual se entiende que la declaración de inexecutable no afecta las situaciones consolidadas bajo el amparo de la norma acusada. Por ende, aquellas personas que antes de la notificación del presente fallo, y que en desarrollo del artículo 10 de la Ley 190 de 1995, hayan sido nombrados en propiedad en un cargo de superior jerarquía, adquirieron unos derechos que no pueden ser desconocidos por esta sentencia. En ese mismo orden de ideas, y a partir de la notificación de este fallo, la administración debe abstenerse de proveer nuevos cargos aplicando ese artículo puesto que la presente declaratoria de inexecutable del artículo 10° de la Ley 190 de 1995 implica el decaimiento de los decretos que fueron expedidos para reglamentar esa disposición. En efecto, como bien lo señala el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria cuando desaparecen sus fundamentos de derecho. Ahora bien, es obvio que si la Corte Constitucional, por medio de una sentencia de inexecutable, retira del ordenamiento una norma legal, entonces desaparece el fundamento jurídico de todos los

actos jurídicos expedidos con base en esa disposición, por lo cual esos actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria, tal y como lo han señalado con claridad tanto esta Corte Constitucional como el Consejo de Estado⁷.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Primero: Declarar INEXEQUIBLE el artículo 10° de la Ley 190 de 1995.

Segundo: La presente declaración de inexequibilidad sólo tendrá efectos hacia el futuro, a partir de la notificación del presente fallo y por tanto no afecta los derechos adquiridos de quienes, en desarrollo del artículo declarado inexequible, hayan sido nombrados en propiedad en un cargo de superior jerarquía.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

VLADIMIRO NARANJO MESA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1. Sentencia C-558 de 15 de Octubre de 1.992, Gaceta, T. 6, p. 414. M.P. Ciro Angarita. Ver igualmente sentencia C-308 de 1994. MP Antonio Barrera Carbonell. Consideración de la Corte No 2.

2Al respecto pueden verse, entre otras las sentencias C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-391 de 1993. M.P. Hernando Herrera Vergara, C-527 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero C-040 del 9 de febrero de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-063 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-315 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 Sentencia T-315 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 9

4 Sentencia T-315 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 9. En el mismo sentido ver sentencia SU-133/98. MP José Gregorio Hernández Galindo.

5 Sentencia T-315 de 1998. MP Eduardo Cifuentes Muñoz. Fundamento Jurídico No 9

6 Ver, entre otras, las sentencias C-527 de 1994, C-100 de 1996 y C-030 de 1997.

7 Ver Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 1o. de agosto de 1991. Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez. Ver Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 1995. MP Hernando Herrera Vergara.