

Sentencia C-1263/05

Referencia: expediente D-5843.

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 17 numeral 4.3 del Decreto 790 de 2005 *“Por el cual se establece el sistema específico de carrera administrativa en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Aerocivil”*

Actora: Mercedes Olaya Vargas.

Magistrado Ponente:
Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D. C; a los cinco (5) días del mes de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, la ciudadana Mercedes Olaya Vargas demandó el artículo 17 numeral 4.3 (parcial) del Decreto 790 de 2005 *“Por el cual se establece el sistema específico de carrera administrativa en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Aerocivil”*

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

A.- Normas acusadas.

El texto de las normas acusadas, es el que corresponde al publicado en el Diario Oficial No. 45855, del diecinueve (19) de marzo de dos mil cinco (2005). Se advierte que se subraya lo acusado:

**“DECRETO NUMERO 790 DE 2005
(marzo 17)**

por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil.

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

DECRETA:

TITULO III

SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA

CAPITULO I

Artículo 17. *Etapas del proceso de selección o concurso.* El proceso de selección o concurso comprende las siguientes etapas:

1. *Convocatoria.* La convocatoria es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la Aerocivil, como a las entidades a las cuales se encomiende la realización del concurso y a los participantes, cuando sea el caso. Iniciada la inscripción de aspirantes no podrá modificarse las condiciones, salvo en aspectos de lugar y fecha de recepción de inscripciones, fecha, hora y lugar en que se aplicará la prueba. En todo caso se deberá dar aviso oportuno a los inscritos.
2. *Divulgación.* La publicidad de las convocatorias se efectuará por la entidad a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia, utilizando entre otras las páginas web de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y de las entidades designadas para la realización de los concursos.
3. *Reclutamiento.* Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir los aspirantes que reúnan los requisitos exigidos para el desempeño de los empleos de carrera objeto del concurso.

4. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos de carrera que se convoquen a concurso, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo.

4.1 La valoración de estos factores se efectuará a través de instrumentos técnicos que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad.

4.2 Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera y de la Comisión Nacional del Servicio Civil para efectos de resolver las reclamaciones que le sean formuladas por los participantes.

4.3 El Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera determinará el mínimo de pruebas, que además del análisis de antecedentes de estudio y experiencia, deban ser aplicadas en los concursos. **En los procesos de ascenso se tendrá en cuenta adicionalmente la experiencia específica comprobada y la evaluación del desempeño laboral.**

5. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas o instrumentos de selección, el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera o la entidad designada, elaborará en estricto orden de mérito la correspondiente lista de elegibles, para una vigencia de dos (2) años, con la cual se proveerán los empleos objeto del concurso.

La Entidad podrá utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros de inferior jerarquía ubicados en el mismo nivel y cuerpo del empleo para el cual se convocó el concurso.

6. Período de prueba. Es el tiempo durante el cual el empleado demostrará su capacidad de adaptación progresiva al cargo para el que fue nombrado, su eficiencia en el desempeño de las funciones y su integración a la cultura institucional.”

B.- La demanda.

Para la demandante, la norma transcrita, en el aparte acusado, establece una diferenciación entre el concurso de ascenso y el concurso público de méritos, lo que desconoce los artículos 13, 40 numeral 7 y 125 de la Constitución. Las razones que esgrime para sustentar su afirmación, se pueden resumir de la siguiente forma:

Explica que las personas ajenas a la administración pública, así como quienes estén inscritos en carrera administrativa con pretensión de ascenso, pueden participar en un concurso, el que se supone abierto para todo el mundo, razón por la que las pruebas deberán ser exactamente las mismas y los parámetros de evaluación iguales para conservar y garantizar así la objetividad e imparcialidad de la evaluación o calificación.

Entonces, en su concepto: *“no pueden existir parámetros o ítems de evaluación para el concursante de ascenso y para quien no está inscrito en carrera, so pena de vulnerar los principios de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, transparencia, imparcialidad y justicia. Los parámetros de evaluación deberán ser, en todos los casos, iguales.”*

La norma acusada establece una evaluación adicional y especial para quien está vinculado a la administración en propiedad, elemento del cual evidentemente, carece quien no ostenta dicha calidad, razón por la que se vulneran los principios, valores y normas constitucionales.

La evaluación del *“desempeño laboral”* no se realiza para los funcionarios en provisionalidad, ni en encargo ni mucho menos para quienes están por fuera de la función pública, así entonces los únicos que tendrán esa evaluación y, por tanto, un mayor puntaje serán los funcionarios de carrera. Es decir, la confrontación no se hace entre iguales. El desempleado, el funcionario de encargo y de provisionalidad no podrán confrontar la *“evaluación de desempeño laboral”* con un funcionario de carrera, sencillamente porque no tienen dicha valoración, excepto que se entienda que únicamente opera dicha evaluación para dirimir confrontaciones entre funcionarios de *“carrera”* pero nunca entre funcionario de carrera y otro concursante que no lo sea.

La norma no garantiza la igualdad, ni la imparcialidad en el concurso, precisamente por brindar trato preferencial a los servidores de carrera. En efecto, si se indica que en el proceso de ascenso se evalúa *“la experiencia específica comprobada”* y además *“la evaluación de desempeño laboral”*, es a penas obvio que tales ítem favorecerán, por evidente sustracción de materia, al concursante previamente inscrito en carrera administrativa y con pretensiones de ascenso. La razón es que el único concursante que puede demostrar *“experiencia específica comprobada”*, y lograr puntaje adicional, es quien está vinculado a la administración pública y no quien es ajeno a la misma. Igualmente, quien obtendrá puntaje adicional por *“evaluación de desempeño laboral”* será el funcionario público inscrito en carrera

administrativa, mientras que el funcionario en provisionalidad o en encargo o que no está vinculado a la administración no podrá adicionar puntaje en el concurso pues no se le hace “*evaluación de desempeño laboral*”

No es razonablemente admisible que en un plano de igualdad, en el concurso abierto y público de méritos se asigne valor a un ítem o factor que es absolutamente imposible que pueda tener el concursante ajeno a la administración pública y del cual goza en forma exclusiva, preferente y excluyente el empleado o servidor público de carrera. Conceder mayor valor a unos determinados concursantes en perjuicio de otros sin razón suficiente, constituye vulneración del principio de justicia (preámbulo fundamental) y establece una discriminación (artículo 13) sin motivo razonable, además de limitar gravemente las posibilidades de participación de los particulares en la administración pública (art 40 -7 de la Constitución) y en el acceso al servicio público.

El servidor público vinculado e inscrito en carrera administrativa es el único que podrá demostrar una “experiencia específica comprobada”, luego es a él y no a otra persona a quien se le valorará tal aspecto, mientras que el particular por no tener experiencia específica o “relacionada directamente con las funciones del cargo”, no podrá obtener evaluación en este sentido. La evaluación del particular en todo caso y en todo sentido será siempre inferior. Tal evento, en un concurso público de méritos, limita las reales posibilidades de ingreso a la administración pública además de configurar una situación de discriminación e infringir de contera el valor justicia (preámbulo).

Finalmente, concluye la demandante que el concurso es en todos los casos abierto y público y no cerrado ni excluyente, razón por la que la valoración adicional que establece la norma vulnera la Constitución, pues favorece a los servidores públicos vinculados a carrera administrativa.

C.- Intervenciones.

En este proceso intervinieron la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, a través del doctor José Laureano Castro Mejía, y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública mediante escrito presentado por el doctor Ramón González González, con el fin de defender la constitucionalidad de la disposición acusada. Se resumen sus razones así :

1. El interviniente de la Aeronáutica Civil, señaló que no comparte las apreciaciones hechas por la actora, pues confunde el proceso de selección para aspirantes a cargos públicos, con el proceso de ascenso para quien presupone una vinculación con la administración.

Igualmente, desconoce el carácter diferencial y especializado que tiene la entidad, en razón al servicio singular que presta orientado a garantizar la seguridad aérea, lo cual demanda la acreditación de requisitos especiales de formación y experiencia que solo se obtienen en el centro de estudios de la entidad y en el desarrollo propio de las tareas en las áreas misionales en donde prestan los servicios, respectivamente.

Explicó que las facultades concedidas al Ejecutivo se concretaron, para el caso que nos ocupa, en el Decreto Ley 790 de 2005, fijando condiciones particulares que, consultando la naturaleza de los servicios que presta la Institución rigen las condiciones laborales de los servidores de la Aerocivil.

En consecuencia, consideró que el análisis que hace la actora es descontextualizado, pues no contempla las especificaciones propias de la Institución.

De otra parte, el concepto de carrera administrativa, tiene cimiento en la necesidad de ingresar por el primer nivel dentro del grupo ocupacional, no es dable, por la naturaleza de las funciones atribuidas por ley a la Aerocivil pretermitir el desempeño de los servicios en grados inferiores a aquel en que el aspirante desea permanecer, tal como ocurren en otras instituciones, desconociendo la columna vertebral en que reside la carrera administrativa, en una entidad con características superespecializadas como ésta.

2. El interviniente del Departamento Administrativo de la Función Pública, recordó algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, señalando que es facultad del Legislador establecer los concursos, condiciones y la forma como éstos han de desarrollarse.

La intención del Legislador no es otra que establecer las reglas fundamentales que rigen el acceso a empleos públicos de carrera administrativa con base en el mérito, para lo cual dispuso unas normas básicas para la aplicación de los concursos como mecanismo para la selección de éste personal, con el propósito de evitar que se vulneren los principios que orientan la carrera administrativa.

Efectivamente, la norma demandada determina las condiciones mínimas que deben acreditarse en un concurso público y refuerza el principio de igualdad de oportunidades de todos aquellos ciudadanos que quieran acceder a los empleos que deben convocarse a concurso, asimismo respeta la jurisprudencia nacional, en el sentido de afirmar que no puede existir norma alguna dentro de nuestro ordenamiento que permita el ingreso automático a cargos de carrera y que los concursos para el ingreso y ascenso deben ser abiertos, es decir la norma respeta el principio de mérito y el de igualdad de oportunidades.

Explicó que no otorgar beneficios objetivos a los escalafonados en carrera, como los que regula la norma demandada, cambiaría nuestro sistema por una simple selección para el ingreso a los cargos públicos, por cuanto estaríamos en presencia de un sistema de carrera estático, muy alejado de los criterios en los que éste se debe fundamentar y que encontramos plenamente desarrollado en varios de nuestros sistemas tales como militar, docente, diplomática, judicial y la que rige para la Contraloría y para la Procuraduría.

Por otra parte, afirmó que la norma no está limitando la posibilidad de participar en los procesos de selección a la persona que reúna los requisitos, se encuentre o no vinculada a la administración, simplemente, como se ha venido manifestando, el legislador en uso de sus competencias determinó una valoración especial para quienes se encuentren inscritos en la carrera para garantizar el ascenso en la misma a través de una calificación de manera objetiva de la experiencia, del cumplimiento, eficacia y méritos en el desempeño de su empleo.

De lo anterior se concluye que el derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso, cualquiera que sea su condición (provisional, particular o de carrera) adquiere, sin más, el derecho a ser nombrado o ascendido en el cargo. La ley está facultada para señalar las condiciones necesarias para ingresar a los cargos de carrera y para ascender en los mismos, otorgando unos beneficios especiales en una de las pruebas a quienes se encuentran escalafonados en la carrera, como único mecanismo para desarrollar el ascenso dentro de la misma.

En efecto, explicó que *“factores de diferenciación como el anteriormente señalado, se avienen al criterio del mérito, pues indudablemente lo que se hará en el concurso es demostrar la trayectoria que se ha tenido en determinada labor y esto sí tiene que ver y se ajusta a la finalidad buscada por los concursos para proveer empleos públicos, pues tampoco cabe duda de que la experiencia y antigüedad son criterios de mérito que contribuye a mejorar a la persona en el desempeño de una labor. No hay discriminación, cuando se incrementa el puntaje obtenido por un aspirante en razón a tener una experiencia de cinco años, por ejemplo, frente a quien no la tiene y por eso no recibe incremento alguno, ya que no hay discriminación en el trato diferente razonable y objetivamente justificado”*.

D.- Concepto del Procurador General de la Nación.

En concepto No. 3902 del 17 de agosto de 2005, el Procurador General de la Nación, doctor Edgardo José Maya Villazón, rindió su concepto, solicitando a la Corte declarar inexecutable la norma demandada en los apartes acusados.

Como primera medida, el Ministerio Público, recuerda lo expuesto por esta Corporación en sentencia C-266 de 2002, entendiendo que el concurso que se

regula mediante el precepto acusado es un concurso abierto. Y, es sobre este aspecto que entra a analizar la norma acusada.

Explica que le corresponde al legislador sea ordinario o extraordinario, en cumplimiento de su deber de expedir normas de carrera, ser muy cuidadoso en el establecimiento de los requisitos y las condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes a los cargos de la función pública, los cuales encuentran como límites la salvaguarda de los principios constitucionales, en particular la igualdad de trato y de oportunidades y el derecho fundamental de acceder a la función pública.

En el caso bajo estudio, señala que al ser la Aerocivil, una entidad del Estado adscrita al Ministerio de Transporte, debe en materia de carrera administrativa, acogerse a los mandatos constitucionales y a las interpretaciones que ha efectuado la jurisprudencia constitucional.

Por consiguiente, consideró que no es concordante con la naturaleza abierta de estos concursos que se señale como criterios de evaluación “*la experiencia específica comprobada*” y “*la evaluación del desempeño laboral*”, pues estos parámetros atentan abiertamente contra el principio de igualdad de los aspirantes que por no estar en la carrera no lo pueden demostrar, dado que la evaluación es un factor que sólo puede acreditar quien está en carrera en razón del sistema de calificación que en ella se establece. En consecuencia, no puede exigirse en un concurso de ascenso abierto como requisito adicional al análisis de antecedentes, de estudio, de experiencia, la “*evaluación del desempeño laboral*”, pues esta exigencia pone en desventaja a quien está en carrera frente a quienes no lo están.

Concluye afirmando que si bien es cierto que al interior de los órganos y entidades del Estado, debe preverse que los concursos sean abiertos, situación que permite no sólo la participación de los escalafonados, sino de todos aquellos que por sus méritos aspiran a acceder a un cargo en la Aeronáutica Civil, se debe al mismo tiempo garantizar principios tales como la igualdad, eficacia, prevalencia del interés general e imparcialidad y de ciertos derechos fundamentales.

En consecuencia, considera que el concurso de ascenso en los términos en que aparece previsto en la norma impugnada, está adoptando una discriminación negativa en perjuicio de quienes no pertenecen a la planta de personal escalafonado de la Aeronáutica Civil.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso por haberse originado en la demanda de inexecutable presentada contra algunas normas que hace parte de un Decreto-ley, de conformidad con el numeral 5° del artículo 241 de la Constitución.

Segunda.- Lo que se debate.

2.1. Según la demandante la disposición acusada en los apartes subrayados debe ser declarada inexecutable, por cuanto viola principios esenciales del sistema de carrera administrativa como lo es el de la igualdad, que se garantiza mediante concurso público.

En su concepto, la norma establece unos parámetros de evaluación para el ascenso en carrera, que no puede acreditar quien no esté inscrito en la misma, por lo que es discriminatoria. El servidor público vinculado e inscrito en carrera es el único que podrá demostrar una “*experiencia específica comprobada y la evaluación del desempeño laboral*”, luego es a él y no a otra persona a quien se le valorará tales aspectos, mientras que el particular por no tener esa experiencia específica relacionada directamente con las funciones del cargo, no podrá obtener evaluación en este sentido.

2.2. Para el ciudadano interviniente de la Aeronáutica Civil, las expresiones demandadas no desconocen ningún derecho, pues la actora confunde el proceso de selección para aspirantes a cargos públicos, con el proceso de ascenso, desconociendo además el carácter especializado que tiene la entidad en razón al servicio que presta, orientado a garantizar la seguridad aérea, lo cual demanda la acreditación de requisitos especiales y experiencia que sólo se obtienen en el centro de estudios de la entidad.

Por su parte, el interviniente del Departamento Administrativo de la Función Pública, señaló que la norma acusada no limita la posibilidad de participar en los procesos de selección, simplemente, el legislador en uso de sus competencias determinó una valoración especial para quienes se encuentren inscritos en carrera, con el fin de garantizar el ascenso en la misma, a través de una calificación de manera objetiva de la experiencia, del cumplimiento, eficacia y mérito en el desempeño de su empleo.

2.3. Contrario a lo expuesto por los intervinientes, el señor Procurador General de la Nación, solicitó a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas, señalando que la norma contempla un concurso cerrado de ascenso, contrario a la Constitución y por tanto inadmisibles.

Sin embargo, explicó que en el evento en que se llegue a considerar que el concurso de ascenso que establece la norma, es un concurso abierto, no es concordante con su propia naturaleza que se señale como criterios de evaluación “*la experiencia específica comprobada*” y “*la evaluación del*

desempeño laboral” pues son parámetros que atentan contra el principio de igualdad de los aspirantes que por no estar en carrera no lo pueden demostrar.

2.4. Planteado así el presente asunto, se aludirá brevemente a la jurisprudencia de la Corte sobre el régimen de carrera para la provisión de cargos en las entidades del Estado.

Tercera. Breve recuento jurisprudencial en relación con el régimen de carrera administrativa.

La Corte se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre el régimen de carrera, advirtiendo que de conformidad con el artículo 125 de la Constitución, a la misma se accede por vía de concurso público de méritos, el cual resulta plenamente aplicable tanto al proceso de selección de quienes aspirar a ingresar al servicio, como al trámite de escogencia de aquellos funcionarios que estando inscritos en carrera, demuestren un interés en obtener un ascenso dentro del respectivo escalafón a un cargo de mayor jerarquía o grado.

De este modo, el artículo 125 de la Carta, establece que la carrera administrativa se desarrolla en tres fases: el ingreso a los cargos, el ascenso a los mismos y el retiro, siendo competencia del legislador regular el procedimiento específico de selección, los requisitos y las condiciones necesarias para acceder a ella, atendiendo siempre a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Específicamente, en lo concerniente al ascenso dentro de la carrera administrativa el criterio consolidado de la Corte antes de proferirse la sentencia C-266 de 2002, estuvo encaminado a precisar que con dicho concurso se perseguía seleccionar para un rango superior a quien incorporado en la carrera, acreditará méritos suficientes para ascender en la escala jerárquica del órgano administrativo al que pertenece o a la de otro de su misma naturaleza jurídica.

La sentencia C-1079 de 2002 hizo un recuento de los pronunciamientos expuestos con anterioridad por esta Corporación (sentencia C-486 de 2000) y el cambio de precedente establecido a partir del año 2002. Dijo la sentencia en mención:

“[n]o se requiere que el concurso tenga un carácter abierto. En estos casos –son palabras de la Corte-, el concurso puede ser cerrado, en cuanto “comprende sólo a quienes, estando en niveles inferiores, en la organización del ente respectivo, pretenden acceder a puestos de grado superior”, o mixto, “propiciando que en ciertas entidades u organismos sean llamadas a concurso personas no vinculadas a la

carrera, junto con las que ya lo están, o permitiendo a aspirantes de varias entidades que puedan participar, bajo ciertas condiciones, aun tratándose de servidores externos a la entidad.”

4.4. Para esta Corporación, la posibilidad de que al ascenso pueda llegarse mediante un sistema de concurso de méritos, cerrado o mixto, surge, precisamente, “de la voluntad del legislador y de sus consideraciones acerca de factores y variables inherentes a las distintas modalidades de actividad estatal”, en el entendido de que si bien la Constitución le asigna a aquél la competencia para regular la carrera, no le impone ni le exige que adopte “una u otra forma de concurso para ascenso”.

4.5. Por eso, dejando a salvo la libertad de configuración legislativa para regular el tipo de concurso que pueden regir determinados ascensos, la Corte consideró justo que para tales concursos la ley “se refiera únicamente a aquellos empleados que están en carrera administrativa, como una forma de proteger precisamente a las personas que ya se sometieron al proceso de selección” A su juicio, “si resultara absoluta la regla del concurso abierto, aplicándola inclusive para los ascensos, ningún valor tendría el mérito ya demostrado en el desempeño de las funciones asignadas, el cumplimiento de las obligaciones y deberes del empleado inscrito en carrera, su esfuerzo por lograr preparación, capacitación y superación, ni las calificaciones obtenidas durante su trayectoria, pues fácilmente podrían resultar descartados todos esos elementos mediante el ingreso de alguien que no ha iniciado la carrera ni ha sido sometido a prueba dentro de la misma. Ello significaría desestímulo y frustraría en buena parte los propósitos del sistema.

4.6. Desde esta perspectiva, hasta antes de proferirse la Sentencia C-266 de 2002, la jurisprudencia era unívoca en reconocer que no existía ningún mandato constitucional que le impusiera al Congreso el deber de establecer tipos absolutos de concurso para el ascenso, tanto en el régimen general de carrera como en los especiales cuya existencia garantiza la propia Carta. Bajo ese entendido, la consideración según la cual era posible promover concursos cerrados en el sistema de ascenso; esto es, concursos en los cuales sólo se admitiera la participación de personal escalafonado, para la Corte encontraba un fundamento de principio en el propio artículo 125 Superior. No solo por cuanto dicha norma no limitaba la competencia legislativa en esa área, sino también porque permitía reconocerle a quienes ya pertenecen a la carrera una oportunidad de promoción de acuerdo a sus méritos, a la manera de estímulo necesario para hacer realidad los objetivos perseguidos con el

sistema y premiar la experiencia de quienes por méritos vienen laborando en el servicio público.

4.7. Sin embargo, ese aval otorgado por la Corte al Congreso de la República para expedir normas sobre concursos cerrados en la fase de ascenso del régimen de carrera, fue objeto de expresa modificación en la Sentencia C-266 de 2002, rectificándose de este modo la interpretación que hasta el momento venía haciendo la Corporación en torno al alcance reconocido al artículo 125 de la Carta y a las normas superiores que le son concordantes, y que permitieron justificar la permanencia en el ordenamiento jurídico de las disposiciones regulatorias de los concursos cerrados.

4.8. Compartiendo la misma línea jurisprudencial de la que partió la Corte para justificar su posición inicial, en el sentido de considerar que en atención a los derechos fundamentales de igualdad de oportunidades y acceso y desempeño de funciones y cargos públicos, no es posible la exclusión de ciudadanos para la provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado, se precisó en la precitada Sentencia C-266 de 2002 que: “no puede haber concursos cerrados, ni en el ingreso a los cargos de carrera ni en el ascenso a los mismos”, ya que tal tipo de concurso está proscrito para cargos de esa naturaleza conforme a una interpretación sistemática de los artículos 125, 13, 41 y 209 de la Constitución Política que, por lo demás, no había sido advertida por la Corporación en las decisiones judiciales precedentes.

4.9. Sostuvo la Corte que si el régimen de carrera tiene como doble propósito la escogencia de los funcionarios según sus méritos y calidades, y la garantía de la igualdad de oportunidades en el acceso a las funciones y cargos estatales, al restringirse la provisión de esos cargos por vía del concurso público únicamente a la fase de ingreso a la carrera, se afectaría la esencia del régimen y los derechos que le sirven de sustento -igualdad y libre acceso a las funciones públicas-, concretamente, respecto de quienes tendrían la expectativa de acceder a la carrera por vía de los cargos reservados para la fase de ascenso. Esta nueva apreciación jurisprudencial -lo dice el fallo-, se adecua más al fundamento constitucional de la carrera, en cuanto el artículo 125 Superior señala como regla general el sistema de concurso abierto o público, sin entrar a distinguir si se trata de nombramiento para ingreso o ascenso; circunstancia que, a su vez, le impide al legislador entrar a diferenciar entre estas dos fases para efectos de consagrar los concursos cerrados de ascenso.

4.10. A juicio de este Tribunal, aún considerando que el sistema de concurso cerrado puede resultar adecuado para hacer realidad el

objetivo de estimular a los funcionarios escalafonados o inscritos en carrera y reconocerles su experiencia y buen desempeño en el ejercicio de sus funciones, dicho proceder “es innecesario” en el entendido que puede acudir a otros métodos menos lesivos de las garantías reconocidas a terceros -quienes también por sus calidades podrían acceder al cargo- y, a su vez, más apropiados e idóneos para asegurar tanto la observancia de tales fines lícitos, como la eficiencia de la función pública y la igualdad en la posibilidad de acceso a la misma en todas sus fases.”

Es de observar entonces, que el criterio fijado por la Corte a partir de la sentencia C-266 de 2000, conduce a la imposibilidad de las entidades estatales de convocar a un concurso cerrado de méritos, así se trate de un concurso de ascenso (salvo algunas excepciones)¹, pues si bien, la idea del ascenso es estimular a los servidores de carrera, dichos estímulos no pueden constituirse en un privilegio para quienes están dentro del escalafón y una desventaja para los ciudadanos ajenos al mismo.

El fallo de la Corte, hizo un juicio de razonabilidad entre los inscritos y los no inscritos en carrera, como criterio de diferenciación al momento de determinar quienes pueden tomar parte en un concurso de ascenso, llegando a la conclusión que excluir de la posibilidad de un ascenso o del ingreso a quienes no pertenecen al régimen de carrera, representa una limitación innecesaria del derecho político a acceder a cargos públicos.

Teniendo en cuenta los anteriores criterios, se analizará la disposición acusada.

Cuarta.- Análisis de los cargos de la demanda.

Como se ve, con fundamento en el artículo 125 de la Constitución, y como una forma de proteger los derechos a que se ha hecho referencia, esta Corporación ha afirmado que la celebración de concursos que limiten la participación de todos aquellos que cumplen los requisitos para ocupar un cargo en la administración, es inconstitucional.

Por tanto, la facultad del legislador de organizar concursos que tengan por objeto permitir ascensos dentro de la carrera, no puede quedar limitada únicamente a quienes hacen parte de ella, razón por la que podrá ascender quien haga parte del régimen de carrera, empero, en el mismo concurso de méritos puede participar quien no haga parte de la misma, con el fin de ingresar a ella.

¹ Regímenes especiales: Fuerzas Militares y la Policía Nacional (artículos 217 y 218); la Fiscalía General de la Nación (artículo 253); la Rama Judicial del poder público (artículo 256, numeral 1°); la Contraloría General de la República (artículo 268 numeral 10°), y la Procuraduría General de la Nación (artículo 279), así como la carrera de la universidades del Estado (artículo 69). Ver la Sentencia C-746/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Dentro de este contexto, la norma que se acusa consagra la posible vulneración del derecho a la igualdad, pues tener en cuenta “*adicionalmente la experiencia específica comprobada y la evaluación del desempeño laboral*” constituye una ventaja de quien está inscrito en carrera, frente a quien concursa sin pertenecer a ella. Al respecto y sobre la vulneración del derecho a la igualdad, la Corte en sentencia C-923 de 2003, sostuvo:

“la igualdad se predica de los iguales y la desigualdad de los desiguales, a condición de que uno u otro tratamientos se funden en referentes objetivos, racionales, razonables y proporcionados. Siendo inadmisibles las disposiciones legales que permiten darle un tratamiento desigual a hipótesis realmente iguales, bajo el supuesto de una ficción legal infundada. Así entonces, con arraigo en los preceptos constitucionales el derecho a la igualdad debe ser desarrollado por el legislador y aplicado por los respectivos operadores jurídicos atendiendo al sentido de realidad, consultando el mundo de la concreción, ponderando la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de cada regla; lo cual opera, tanto para igualar directamente a las personas, como para hacerlo de manera inversa.”²

Por esto mismo el derecho a la igualdad resulta quebrantado cuando el legislador desconoce el principio de no discriminación dándole cabida al perfil negativo de la igualdad con apoyo en criterios que a más de irrelevantes para otorgar tratamientos distintos, son claramente sospechosos. Sobre el particular afirmó en sentencia C-371 de 2000 esta Corporación:

Los criterios sospechosos son, en últimas, categorías que "(i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales."³

El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad.

² Macario Alemany: LAS ESTRATEGIAS DE LA IGUALDAD, LA DISCRIMINACIÓN INVERSA COMO UN MEDIO DE PROMOVER LA IGUALDAD. Universidad de Alicante, España.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-481 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además, entre otras, las sentencias T-098 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-112 del 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

El régimen de carrera puede verse afectado por la presencia de éstos u otros factores de discriminación, derivando en la vulneración del derecho a la igualdad, al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, al trabajo, y por tanto, configurando un desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes estipulados en la Constitución.

Sobre el derecho a la igualdad en el ámbito de la carrera, ha dicho la Corte:

7. El acceso a carrera mediante concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125), es una manifestación concreta del derecho a la igualdad (CP art. 13) y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP art. 40-7). La libertad del legislador para regular el sistema de concurso de modo que se garantice la adecuada prestación del servicio público, no puede desconocer los derechos fundamentales de los aspirantes que se satisfacen mediante la participación igualitaria en los procedimientos legales de selección de los funcionarios del Estado.

El derecho a la igualdad no significa que el aspirante que toma parte en un concurso adquiere sin más el derecho a ser designado en el cargo. La ley está facultada para señalar los requisitos y condiciones necesarios para ingresar a los cargos de carrera y para determinar los méritos y calidades de los aspirantes (CP art. 125). El principio de igualdad, sin embargo, se opone a que la ley al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, establezca requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer, que serían barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales. Para asegurar la igualdad, de otra parte, es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca.⁴

Asimismo, la fuerza vinculante del derecho a la igualdad de oportunidades para acceder al servicio público ha determinado la proscripción de los concursos cerrados por ser contrarios al ordenamiento superior”.

⁴ Idem

En consecuencia, al ser la Aeronáutica Civil una entidad de carácter técnico adscrita al Ministerio de Transporte debe acogerse a las disposiciones constitucionales, por ello no puede establecer privilegios dentro del régimen de carrera que vulnere no sólo el derecho a la igualdad, sino también el acceso a cargos públicos.

Acreditar “adicionalmente” una experiencia específica comprobada y evaluar el desempeño laboral, no comporta una participación igualitaria en el proceso de selección, pues además de los factores comunes de evaluación de quienes pretenden acceder a un concurso de méritos, las personas que están inscritas en carrera cuentan “adicionalmente” con una experiencia específica, que no pueden acreditar los que no pertenecen a ella.

Lo que se pretende, es permitir que todos aquellos que reúnen los requisitos para ocupar un cargo en la administración, participen en los procesos de selección correspondientes, en igualdad de condiciones, respetando el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos que consagra el artículo 40, numeral 7° de la Constitución.

Por tanto, como lo afirma la demandante, el precepto acusado permite una evaluación adicional para quien está vinculado a la administración, elemento del cual carece quien no ostenta dicha calidad. Evaluar la experiencia del cargo que se ostenta genera una desventaja frente a aquel que no la puede acreditar.

La norma que se acusa consagra la realización de un concurso, en el que no sólo se tiene en cuenta el mérito de quien pretende acceder al régimen de carrera, si no que por el contrario se valora una serie de acreditaciones “*experiencia específica comprobada y evaluación del desempeño laboral*” violatorias del derecho a la igualdad, del acceso a cargos públicos y del artículo 125 de la Constitución que consagra como regla general la realización de concursos públicos abiertos como el mecanismo idóneo para proveer un empleo en la administración.

En el caso en estudio, no se da ninguna circunstancia que justifique tener en cuenta “*adicionalmente la experiencia específica comprobada y evaluación del desempeño laboral*” por el sólo hecho de pertenecer al régimen de carrera. Hecho que en sí mismo, desconoce el derecho a la igualdad.

Son estas razones, las que hacen que el artículo 17 numeral 4.3. del Decreto 790 de 2005 en el aparte demandado deba declararse inexecutable.

Quinta.- Administración y vigilancia del sistema específico de carrera administrativa.

Adicionalmente a las consideraciones que preceden, se advierte por la Corte que conforme a lo resuelto en la sentencia C-1230 de veintinueve (29) de noviembre de 2005 (expediente D-5791 Magistrado Ponente Doctor Rodrigo Escobar Gil), se declaró exequible el numeral 3 del artículo 4 de la ley 909 de 2004, en el entendido que la administración de los sistemas específicos de carrera administrativa, al cual pertenece la norma demandada ahora, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Declárase **INEXEQUIBLE**, en los términos de esta sentencia la expresión *“En los procesos de ascenso se tendrá en cuenta adicionalmente la experiencia específica comprobada y la evaluación del desempeño laboral contenida en el artículo 17 numeral 4.3 del Decreto 790 de 2005 “Por el cual se establece el sistema específico de carrera administrativa en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, Aerocivil”.*

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

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General