

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

COMUNICADO No. 2

Enero 28 del 2015

LA CORTE DECLARÓ EXEQUIBLES LAS NORMAS SOBRE CONCURSO DE ASCENSO QUE HACEN PARTE DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE CARRERA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, POR NO SER CONTRARIAS A LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y PROVISIÓN DE CARGOS PÚBLICOS POR EL SISTEMA DE CARRERA

I. EXPEDIENTE D-10.120 - SENTENCIA C-034/15 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

1. Norma acusada

**Decreto 20 del 2014
(Enero 9)**

Por el cual se clasifican los empleos y se expide el régimen de carrera especial de la Fiscalía General de la Nación y sus entidades adscritas

ARTÍCULO 24 CONCURSO DE ASCENSO. Para la provisión definitiva de los empleos de la Fiscalía General de la Nación y de las entidades adscritas se podrán adelantar concursos de ascenso con la finalidad de reconocer la capacitación y desempeño de los servidores escalafonados en la carrera especial y permitirles la movilidad a un cargo o categoría inmediatamente superior dentro del mismo grupo o planta de personal. El concurso será de ascenso cuando:

1. La vacante o vacantes a proveer pertenezcan a un mismo grupo o planta de personal y a los niveles profesional y técnico. 2. Existan servidores públicos escalafonados en la carrera especial, en el grado salarial inferior, que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso. 3. El número de los servidores escalafonados en carrera que cumplan con los requisitos y condiciones para el desempeño de los empleos convocados a concurso sea igual o superior al número de empleos a proveer. Si se cumple con los anteriores requisitos se convocará a concurso de ascenso hasta el 30% de las vacantes a proveer. Los demás empleos se proveerán a través de concurso de ingreso.

PARÁGRAFO. Si en el desarrollo del concurso de ascenso no se inscribe como mínimo el doble de servidores escalafonados en carrera por empleo a proveer, el concurso se declara desierto y la provisión de los cargos se realizará mediante concurso de ingreso. Quienes se hayan inscrito inicialmente continuarán en el concurso de ingreso sin requerir una nueva inscripción.

ARTÍCULO 25. REQUISITOS QUE DEBE CUMPLIR EL SERVIDOR PARA PARTICIPAR EN LOS CONCURSOS DE ASCENSO. Para participar en los concursos o procesos de selección de ascenso, el servidor deberá cumplir los siguientes requisitos:

1. Estar escalafonado en la Carrera Especial.

2. Reunir los requisitos y condiciones exigidos para el desempeño del cargo. 3. Haber obtenido calificación sobresaliente de la evaluación de desempeño, en el año inmediatamente anterior. 4. No haber sido sancionado disciplinaria ni fiscalmente dentro de los cinco (5) años anteriores a la convocatoria.

ARTÍCULO 26. MODALIDADES COMPLEMENTARIAS DE LOS CONCURSOS O PROCESO DE SELECCIÓN. Para la selección de los servidores de la Fiscalía General de la Nación y de sus entidades adscritas se podrán utilizar las modalidades complementarias de curso-concurso y concurso-curso, en los siguientes términos:

1. El concurso-curso, entendido como la realización de un curso relacionado con las funciones del cargo a proveer, dentro del proceso de selección, al cual ingresan los aspirantes que hayan superado previamente las demás pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria. Ingresarán al curso un número máximo de aspirantes hasta tres (3) veces los cargos a proveer que se hayan señalado en la convocatoria. Los cupos disponibles para acceder al curso, conforme a lo previsto en la convocatoria, se asignarán en riguroso orden de mérito entre las personas que aprueben la primera parte del proceso de selección. El orden para la conformación de la lista de elegibles será establecido con base en la sumatoria de los resultados obtenidos en el curso y en las demás pruebas previstas en el proceso de selección. Cuando se utilice esta modalidad de selección en la convocatoria se deberán precisar las condiciones para su realización, en los términos señalados en el presente decreto-ley.

2. El curso-concurso, consiste en la realización de un curso como criterio de selección, al cual ingresan los aspirantes que cumplan los requisitos y condiciones señalados para el desempeño del cargo objeto del concurso. El curso deberá tener relación directa con las funciones de los empleos a proveer. La lista de elegibles se conformará en estricto orden de méritos con quienes superen el curso en los términos de la convocatoria. En la convocatoria se deberá precisar las condiciones para su realización, en los términos señalados en el presente decreto-ley.

PARÁGRAFO 1o. Previo a la iniciación de cualquiera de estas dos modalidades de selección, la entidad deberá verificar que los aspirantes cumplan con las condiciones de experiencia, capacitación, formación y competencias definidas en cada uno de los manuales de funciones, según correspondan a la Fiscalía General o a alguna de sus entidades adscritas.

PARÁGRAFO 2o. En la Fiscalía General de la Nación las modalidades complementarias de selección establecidas en el presente artículo, únicamente podrán utilizarse para proveer los empleos de los grupos de Fiscalía y Policía Judicial y en los procesos de selección o concurso de ascenso, por decisión de las Comisiones de Carrera especial.

ARTÍCULO 30. DIVULGACIÓN DE LA CONVOCATORIA. La convocatoria a concurso de ingreso debe ser divulgada a través de la página web de la entidad convocante y por medio de un (1) anuncio en cualquier medio de comunicación de amplia circulación nacional, con antelación no inferior a diez (10) días hábiles a la fecha de iniciación de la etapa de inscripciones. La convocatoria a concurso de ascenso debe ser divulgada a través de la página web de la entidad convocante, con antelación no inferior a diez (10) días hábiles a la fecha de iniciación de la etapa de inscripciones.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLES** los artículos 24 y 25 y las expresiones acusadas de los artículos 26 y 30 del Decreto Ley 020 de 2014.

3. Síntesis de los fundamentos

La Corte encontró exequibles las normas que regulan el concurso de ascenso en la Fiscalía General de la Nación frente a la supuesta vulneración de los artículos 13, 40.7 y 125 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

1. La carrera constituye la regla general para el ingreso y la permanencia en el empleo público y debe estar fundada exclusivamente en el mérito, mediante la consagración de procesos de selección y evaluación permanente en los cuales se garantiza la transparencia

y la objetividad. Sin embargo, el legislador tiene un razonable margen de libertad en la configuración y en el diseño de los mecanismos a través de los cuales se valora el mérito de los aspirantes al ingreso o ascenso, siempre y cuando no desconozcan las finalidades constitucionales de la carrera.

2. La Corte Constitucional consideró que si bien la jurisprudencia ha excluido la posibilidad de que existan concursos cerrados, es decir, aquellos en los cuales solamente puedan participar funcionarios de carrera, y ciertamente ese sigue un criterio vigente de la corporación, también es claro que la Corte no ha considerado contrario a la Carta que en la carrera administrativa se tenga en cuenta la experiencia de los empleados de la entidad para valorar el mérito, ni que, para efectos de estimular el ascenso y la permanencia, se reserven algunos cargos para funcionarios que ya hacen parte de la carrera.

3. En virtud de lo anterior, la ley debe tener en cuenta factores como la experiencia específica para valorar el mérito, tal como señaló la sentencia SU-446 de 2011, en la cual esta Corporación afirmó que "la Comisión de Carrera de la Fiscalía General de la Nación, al definir los factores de calificación, tendrá en cuenta la experiencia en el tipo de funciones a desempeñar".

4. Por lo anterior, la posibilidad de que se convoquen concursos internos de ascenso en los cuales participen exclusivamente servidores públicos de carrera administrativa para proveer hasta el 30% de las vacantes no es inexecutable, sino que por el contrario desarrolla múltiples finalidades constitucionales de la carrera administrativa: (i) permite contar con servidores cuya experiencia y dedicación garanticen cada vez mejores resultados, (ii) motiva a los servidores públicos de la carrera para que cumplan más eficazmente sus funciones con el objeto de lograr un ascenso, (iii) valora la permanencia y otorga estabilidad a los funcionarios en las entidades públicas, (iv) tiene en cuenta a funcionarios que previamente han ingresado a través de concurso de méritos a la entidad y (v) garantiza que la inversión del Estado en la capacitación de los funcionarios se vea reflejada en su mejoramiento y promoción continuada con fundamento en la evaluación permanente para garantizar una mejor administración de justicia.

4. Salvamentos de voto

Los Magistrados María Victoria Calle Correa, Martha Victoria Sáchica Méndez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio salvaron su voto respecto de esta decisión al considerar que la reserva del 30% de las plazas vacantes para el concurso de ascenso en la Fiscalía General de la Nación es una opción inválida al imponer un concurso de ascenso cerrado que se encuentra constitucionalmente proscrito (arts. 2º, 13, 40.7, 53, 125, 130 y 209). La mayoría de la Corte incurrió en un retroceso constitucional al retomar la tesis del concurso de ascenso cerrado, que desde el año 2002 había sido descartada jurisprudencialmente, al crear privilegios que resultan contrarios al mérito, la igualdad de oportunidades, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, y los principios de transparencia, imparcialidad y eficiencia.

Con la decisión de hoy, los Magistrados disidentes estiman vilipendiados los derechos y principios mencionados, al establecerse una barrera de entrada al concurso de ascenso consistente en privilegiar, ab initio, a quienes hacen parte de la nómina en la condición de servidores inscritos en carrera, dejando de ofrecer a los demás aspirantes (externos e internos no escalafonados) la posibilidad de participación, lo cual imposibilita la demostración objetiva del mérito. La circunstancia consistente en que los demás empleos vacantes (70%) podrán proveerse por concurso de ingreso, si bien atenúan el favorecimiento por el cual propugnó el legislador extraordinario, no logran superar el juicio de validez constitucional, ya que en definitiva: i) con la reserva de plazas (30%) se ha truncado la expectativa de los terceros interesados de poder participar en el concurso de ascenso; ii) se establece un tratamiento discriminatorio que no deja de serlo por el hecho de que se presenten de manera marginal, porcentual o parcial; iii) abandona los elementos esenciales de la carrera que no pueden quedar sujetos ni depender de circunstancias normativas impuestas por el legislador.

Se imponía, en criterio de quienes salvan el voto, continuar la línea jurisprudencial pacífica que respetaba el derecho de los escalafonados a presentarse en un concurso abierto junto con los demás aspirantes, donde seguramente la experiencia les habría otorgado una razonable posibilidad de éxito. Una posición contraria parte del supuesto equivocado que son los únicos que pueden manejar con solvencia las actividades propias de la entidad, lo cual no deja de constituir más que un juicio sin fundamento. El estatus de servidor de carrera confiere determinados derechos primordialmente dados por la estabilidad en el cargo como recompensa merecida con ocasión del mérito, pero no obliga a la administración a un ascenso por el mismo hecho, ni menos a conferirles privilegios de entrada que resulten lejanos del mérito en el acceso a la función pública.

Descartar prácticas como el clientelismo, el nepotismo y el favoritismo, que se apoyan en la lealtad y obediencia a un superior y no a un compromiso con el Estado y la sociedad, resulta un imperativo, máxime con los altos grados de discriminación que en materia de acceso al empleo y ocupación se predicán de la administración pública. Además, el legislador puede diseñar medidas que estimulen a los servidores de carrera y valoren su desempeño y experiencia, por lo que resultan válidas medidas como el reconocimiento de la experiencia laboral o que en caso de empate en el concurso se resuelva a su favor el ascenso del escalafonado. Por lo tanto, se hacía necesario declarar inexecutable las disposiciones demandadas, otorgando efectos retroactivos a esta sentencia desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial.

La magistrada María Victoria Calle Correa expuso además las siguientes razones como fundamento de su voto disidente. A su juicio, las normas demandadas violan dos principios constitucionales: la igualdad de oportunidades y el principio del mérito como determinante del acceso y el ascenso a los cargos de carrera.

En cuanto a la violación de la igualdad de oportunidades, observó que el precepto acusado establece como posible –dentro de ciertas circunstancias- reservar el 30% de los cargos que salgan a concurso dentro de la Fiscalía para quienes formen parte del escalafón de la entidad. Nadie más puede concursar por esa cuota de los cargos, y quienes no estén escalafonados sólo pueden entonces concursar por el 70% de los restantes empleos que

se abran a concurso. En contraste, los funcionarios del sistema de carrera no sólo pueden concursar por ese 30% reservado para ellos, sino también por el otro 70%. En otras palabras, mientras los funcionarios de carrera de la Fiscalía que cumplan las condiciones están habilitados para concursar por el 100% de los cargos que salgan a concurso, el resto de personas, no clasificadas en el escalafón, sólo puede participar por el 70% de ellos. No puede hablarse de igualdad en las oportunidades para acceder al poder público cuando una parte de la población puede concursar por el 100% mientras la otra parte sólo puede participar por el 70% de estas.

Tampoco se respeta con esta regulación el principio constitucional de la meritocracia, en virtud del cual el acceso y ascenso en los cargos de carrera deben responder al criterio objetivo del mayor mérito. Cuando la disposición cuestionada admite que un 30% de los cargos estén reservados a funcionarios del escalafón de la Fiscalía, se acepta simultáneamente que accedan a esa cuota los servidores escalafonados que en ese concurso cerrado obtengan mayor puntaje, aunque con total independencia de si tienen o no mayores méritos que quienes no forman parte de la planta y participaron del concurso abierto. Es posible entonces que quienes asciendan a ese 30% de los cargos tengan menos mérito que quienes quedaron por fuera del concurso de ingreso para el otro 70% de los cargos. En un ejemplo práctico: si 10 cargos salen a concurso, y se dan las condiciones para hacer un concurso de ascenso, 3 de esos cargos serían sólo para funcionarios de escalafón, y los 7 restantes para funcionarios de escalafón y demás personas. Todos concursan. Los que no forman parte del escalafón obtienen estos puntajes: 100, 99, 98, 97, 96, 95 y 94, y acceden a los 7 cargos disponibles. Otras personas, que tampoco están escalafonadas, sacan 93, 92, 91, 90, y quedan por fuera. Los escalafonados sacan 80, 79 y 78, y en virtud de estas normas demandadas acceden al 30 % de los cargos que salen a concurso. Los que tenían más mérito, salen. Los que tenían menos, ascienden. El mérito se desplaza por completo (se puede, entonces descartar por completo).

Se podría objetar contra esto que quienes están escalafonados en la entidad tienen la posibilidad de concursar por el 100% de los cargos debido a que cuentan necesariamente con más mérito y es entonces legítimo reservarles un 30% de las plazas. Si es así, y si se estima que esa asunción es obvia y necesaria, entonces debería aceptarse naturalmente que los escalafonados en la entidad concursen en un terreno igual con quienes no forman parte de la carrera en la Fiscalía, para que así demuestren objetivamente su acceso meritorio al cargo. Lo que no tiene sentido es sostener que el sólo hecho de pertenecer al escalafón de una entidad le confiere a una persona mayor mérito, y luego negarse de plano a permitir que esto se demuestre objetivamente mediante concurso. El hecho de formar parte del escalafón de una entidad le da a la persona un cierto conocimiento de las funciones y de la estructura de la entidad, y eso es ciertamente meritorio. Pero no es naturalmente y por sí mismo más meritorio para la función pública un funcionario con estas características que otro que tenga conocimientos de otros organismos del Estado, o que haya atravesado por un proceso extenso de formación académica, o que tenga experiencia en diversas disciplinas y por eso el concurso debía ser abierto para la totalidad de las plazas de carrera, y no sólo para una parte de ellas.

Esto concuerda plenamente además con la jurisprudencia constitucional, y en especial con las sentencias C-266 de 2002 y C-1262 de 2005, que han prohibido los concursos cerrados de ascenso en general y también en el contexto de regímenes específicos de carrera. En el primer caso la Corte controlaba una norma en la cual se decía que "sólo" podían participar en los concursos de ascenso, los inscritos en la carrera de la Procuraduría. La Corte declara inexecutable la palabra "sólo", y dice que desde luego deben poder participar los funcionarios de carrera, así como todos los demás que cumplan las condiciones para acceder al cargo:

"En consecuencia, el legislador vulneró los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y al acceso al desempeño de funciones o cargos públicos, así como el principio de imparcialidad en que se basa la función administrativa cuando escogió el concurso cerrado de ascenso como medio de reconocimiento de las calidades y los méritos a los inscritos en la carrera de la entidad. Es el concurso público, bien sea abierto o mixto, el medio alternativo que debe emplearse para el nombramiento de funcionarios de carrera cuando se trata de proveer cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación, aún para aquellos de elevada jerarquía."

En la sentencia C-1262 de 2005 la Corte manifestó que incluso en los regímenes específicos – como el de la DIAN- están prohibidos los concursos en los que de entrada se privilegie a los funcionarios de carrera, y por lo mismo declaró inexecutable la norma que los establecía para esa entidad con condiciones claramente más privilegiada para los escalafonados.

Conforme a lo anterior, la Corte ha introducido un cambio en la jurisprudencia pero sin la justificación apropiada. La mayoría considera que no es así, pues en realidad – dice – el previsto en la norma no es un concurso cerrado sino mixto. No es cierto, sin embargo, que la ley prevea un concurso mixto. Lo que hace mixto a un concurso de ascenso no es que, fuera de él, haya otros concursos independientes abiertos al público. Lo que hace mixto a un concurso de ascenso es que puedan intervenir en él funcionarios de dentro y personas de fuera de la entidad. No es esto, como se observa, lo que prevé la disposición acusada. La norma demandada no permite sino a los funcionarios de carrera de la Fiscalía concursar por el 100% de los cargos, cuando hay concurso de ascenso. Esta realidad no la cambia un giro semántico, aunque como recurso pueda contribuir a ensombrecer los hechos. Lo cual recuerda por cierto un viejo proverbio que se le atribuye a Talleyrand, a quien las prácticas humanas llevaron a suponer que Dios le dio al hombre la palabra para ocultar la verdad.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Vicepresidente