

ACTO ADMINISTRATIVO – Pérdida de fuerza ejecutoria por derogación expresa de la norma que reglamenta. Control de legalidad

La norma demandada, artículo 25 del Decreto 1227 de 2005, fue derogada, sin embargo la Sala precisa que es viable el estudio de legalidad de la misma, en tanto con la derogatoria no se compromete la validez de los efectos surtidos por el precepto durante su vigencia, en razón de los cuales se pudieron consolidar situaciones jurídicas particulares que pueden verse afectadas si la disposición está viciada de nulidad,

PARTICIPACION EN CONCURSO DE MERITOS DE EMPLEADO INSCRITO EN CARRERA ADMINISTRATIVA – Valoración de la última calificación .Principio de mérito. Principio de igualdad

Manifiesta la Sala que el establecimiento de un criterio adicional de evaluación que sólo un grupo de participantes en el concurso de méritos está en la posibilidad de acreditar, sí constituye una ventaja que se reflejará necesariamente en el puntaje consolidado del concurso. Ahora bien, respecto de si es justificado este trato a la luz de la Constitución, en concreto en lo atinente a los principios del mérito y de la igualdad en los concursos públicos y del acceso a los cargos públicos, esta Sala considera que someter a los participantes que no están inscritos en carrera administrativa a participar en condiciones desiguales y desventajosas frente a quién si está en carrera, constituye un trato que desconoce los principios ya mencionados, y por tanto viola directamente la Constitución Política en sus artículos 13, 125 y 40.7.

NORMA DEMANDADA. DECRETO 1277 DE 2005 (21 DE ABRIL) ARTICULO 25 .GOBIERNO NACIONAL (NULO)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 25 / CONSTITUCION POLITICA ARTICULO13 / CONSTITUCION POLITICA ARTICULO125 / CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 40 NUMERAL 7

ACTO ADMINISTRATIVO – Pérdida de fuerza ejecutoria por declaración de inexequibilidad de su fundamento de derecho. Puede ser objeto de control de legalidad

En aplicación del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo relativo a la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos (decaimiento), es claro para la Sala que al desaparecer el fundamento de derecho del artículo 26 del Decreto 1227 de 2005, en razón de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 56 de la Ley 909 de 2004, aquél perdió su fuerza ejecutoria. Se establece que el decaimiento del acto administrativo por el desaparecimiento de su fundamento de derecho, no es una causal de nulidad del mismo, pero a través de la acción de nulidad se puede estudiar la legalidad del acto mientras estuvo vigente. Por tanto se estudiarán los cargos de nulidad contra el artículo 26 del Decreto 1227 de 2005 propuestos por el actor.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 66

NOTA DE RELATORIA: Sobre el control de legalidad en relación con actos administrativos que han perdido fuerza ejecutoria, Consejo de Estado, Sala Plena,

sentencia de 23 de noviembre de 2010, Rad. 2010-00228, M.P., Martha Teresa Briceño de Valencia.

EVALUACION DE ANTECEDENTES DE EMPLEADOS PROVISIONALES EN CONCURSO DE MERITOS – Principio de mérito. Principio de igualdad

Resalta la Sala que la norma reglamentaria se expidió para dar aplicación al artículo 56 de la Ley 909 de 2004, y que de conformidad con el efecto útil que debe darse a las normas, y de la lectura armónica de las dos disposiciones, la norma demandada se debe entender en función de lo dispuesto por la norma declarada inconstitucional. Así las cosas, es claro que establece una ventaja a favor de los empleados nombrados en provisionalidad en los cargos de carrera administrativa, al ordenar que a éstos se les concederá en la prueba de antecedentes un valor adicional por encima de los mínimos en los factores de la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia. La referida ventaja que el legislador otorgó a quienes están nombrados en provisionalidad se reglamentó en la norma que aquí se estudia, por lo cual considera esta Corporación que la ventaja descrita anteriormente, configura un trato diferente que no está justificado constitucionalmente a la luz de los principios que fundamentan la carrera administrativa, como son el ingreso a través del mérito y la igualdad de los concursantes, dado que al prever un puntaje adicional para quienes están en provisionalidad se desconoce el derecho a participar en igualdad de condiciones de quienes no son provisionales, es decir quienes no son empleados públicos o que están nombrados en carrera administrativa, tal como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-733 de 2005.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1227 DE 2005 (21 DE ABRIL) ARTICULO 26 GOBIERNO NACIONAL (NULO)

FUENTE FORMAL: LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 56

EMPATE EN LISTA DE ELEGIBLES – Se resuelve a favor del inscrito en carrera administrativa. Prevalencia del interés general. Principio de eficacia. Principio de economía

La función administrativa está al servicio de los intereses generales, los que deben prevalecer sobre el interés particular de los concursantes, así encuentra esta Sala que la resolución del empate en la lista de elegibles a favor de quién está inscrito en carrera administrativa refleja la prevalencia del interés general en virtud de los principios de eficacia y economía. Así considera la Sala que está justificado a la luz de las normas superiores en que debe fundarse el acto administrativo demandado, esto es, el respeto por los principios del mérito, de eficacia, de economía, el derecho a la igualdad y la prevalencia del interés general, que al encontrarse los dos aspirantes en el mismo lugar en la lista de elegibles, se establezca el nombramiento para quien está inscrito en carrera administrativa.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1227 DE 2005 (21 DE ABRIL) ARTICULO 31 INCISO 3 GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 2 NUMERAL 2 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209

ACTO ADMINISTRATIVO – Pérdida de fuerza ejecutoria por derogación expresa de la norma que reglamenta. Control de legalidad

Se está frente a la pérdida de fuerza ejecutoria de la norma reglamentaria demandada, en cuanto fue derogada expresamente, no obstante por considerarse que el decaimiento de un acto administrativo no tiene efectos retroactivos, es procedente analizar los efectos del precepto demandado, mientras estuvo vigente. Sobre los estudios de seguridad reservados en los concursos de méritos la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, en las sentencias C-211 de 2007, C-942 de 2003 y C-1173 de 2005. En todas las sentencias en cita se declararon exequibles las disposiciones acusadas bajo el supuesto que “el carácter reservado del estudio de seguridad es oponible a terceros, pero no para quien pretenda vincularse como personal civil no uniformado al sector de defensa”. Se precisó también que el citado estudio “ha de fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el sector defensa o la seguridad ciudadana” y que en caso de ser desfavorable se le debe garantizar al afectado la aplicación del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: LEY 1033 DE 2006 – ARTICULO 14 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 31 INCISO 2 NUMERAL 4

ESTUDIOS DE SEGURIDAD RESERVADOS EN LOS CONCURSOS DE MERITOS – Deben ser objetivos y motivados

La Corte Constitucional ha considerado sobre la exequibilidad de los estudios de seguridad reservados en los concursos de méritos del sector defensa, que se ajustan a la Constitución Política siempre y cuando sean objetivos, motivados y se informen al afectado en los términos del artículo 35 del CCA. Bajo este análisis, el parágrafo del artículo 31 se ajustó al orden legal antes de perder su fuerza ejecutoria por la derogatoria de la norma que reglamentaba.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1227 DE 2005 (21 DE ABRIL) ARTICULO 31 PARAGRAFO, GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 31

EVALUACION DE SERVICIOS A EMPLEADO QUE ASCIENDE POR CONCURSO DE MERITOS – Debe realizarse en el cargo que asciende y no en el cargo anterior

En lo que se refiere a la evaluación aplicada al empleado que asciende en virtud de un concurso de méritos, el inciso 2 del numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, señala que superado el concurso de méritos aquél será nombrado en período de prueba “al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa.”. En este orden de ideas, se observa que el precepto demandado guarda plena armonía con lo dispuesto por numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 porque la finalidad de las normas transcritas es que a quién superó el proceso de selección para ascender y por tanto se encuentra en período de prueba, no sea necesario evaluarle el desempeño en su cargo anterior, porque en este caso el propósito es que se valore el ejercicio del nuevo cargo para que se consolide su ascenso con la actualización de “su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral” ídem.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 1227 DE 2005 (21 DE ABRIL) ARTICULO 55
PARAGRAFO, GOBIERNO NACIONAL (NO NULO)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013).

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00197-01(8665-05)

Actor: MERCEDES OLAYA VARGAS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por la ciudadana Mercedes Olaya Vargas, quien solicita la nulidad de los artículos 25 parcial, 26, 31 inciso 3 parcial y parágrafo, y 55 del Decreto 1227 del 21 de abril de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998”, proferido por el Presidente de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

ANTECEDENTES

Mercedes Olaya Vargas, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad parcial de los artículos 25 parcial, 26, 31 inciso 3 parcial y parágrafo, y 55 del Decreto 1227 del 21 de abril de 2005 “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998”, proferido por el Presidente de la República.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Mediante auto del 1 de diciembre de 2005 la Subsección B, de la Sección Segunda de esta Corporación admite la demanda y niega la solicitud de suspensión provisional de los artículos 25 parcial y 26 del Decreto 1227 de 2005, bajo los siguientes argumentos (fls. 24 a 31):

Señala la providencia que el artículo 26 prevé las bases para dar aplicación a lo previsto en el artículo 56 de la Ley 909 de 2004 (declarado inexequible), lo que quiere decir que al haber desaparecido del mundo jurídico el artículo reglamentado, el contenido del precepto cuya suspensión provisional se solicitaba, perdió su fuerza ejecutoria, razón por la cual no podría tener aplicación en ningún sentido, por lo cual no tendría objeto pronunciarse sobre el particular.

Indica también el citado auto, respecto del artículo 25 del Decreto demandado que una es la condición del empleado provisional que accede a un cargo de carrera sin la previa superación de las etapas del concurso y otra la del empleado de carrera administrativa que lo ejerce con agotamiento de todas las formalidades que establece la ley para el ingreso a cargos de carrera.

Concluyó por tanto la Sala que no son equiparables las dos situaciones, de modo que no aparecen *prima facie* como violatorias de los derechos a la igualdad y al acceso a los cargos públicos.

DISPOSICIONES ACUSADAS, DEMANDA, CONTESTACIÓN, INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de facilitar el análisis de las disposiciones acusadas en el presente proceso se estudiará en acápite separado cada una, con el estudio en conjunto de los argumentos presentados por la parte actora, la entidad demandada, el Ministerio Público y finalmente se expondrán las consideraciones de la Sala.

Disposición demandada: Artículo 25 parcial del Decreto 1227 de 2005.

(La expresión demanda corresponde al aparte subrayado):

Texto original del Decreto 1227 de 2005:

"ARTÍCULO 25. La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará el instrumento para valorar los estudios, publicaciones y experiencia de los aspirantes que excedan los requisitos mínimos exigidos en la convocatoria. A las personas inscritas en el Registro Público de Carrera que se presenten a los concursos se les valorará, además, la última calificación resultado de la evaluación en el desempeño de los empleos de los cuales sean titulares."

Decreto 2901 del 8 de agosto de 2008 "Por medio del cual el Presidente de la República modifica el artículo 25 del Decreto 1227 de 2005"

Artículo 1°. El artículo 25 del Decreto 1227 de 2005, quedará así.

"La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará el instrumento para valorar los estudios, publicaciones y experiencia de los aspirantes que cumplan con los requisitos mínimos establecidos en la convocatoria".

Demandado

Como normas violadas y concepto de violación, la actora indica que el artículo 25 del Decreto 1227 de 2005 infringe el preámbulo, y los artículos 13, 40-7 y 126 de la C.P.

Señala la demandante que el aparte demandado del artículo 25 establece un criterio de valoración adicional que beneficia a los concursantes inscritos en carrera en perjuicio de quienes no tienen este tipo de nombramiento.

Resalta que al funcionario inscrito en carrera al que se le califique la evaluación en el desempeño tendrá en consecuencia un mayor puntaje, situación que ubica en desventaja a quienes no pueden acreditar tal evaluación, desconociendo en consecuencia el principio de igualdad, sin que medie una razón objetiva que justifique tal trato diferenciado.

Contestación de la entidad demandada

El Departamento Administrativo de la Función Pública manifiesta que los apartes demandados del decreto reglamentario son ajustados a derecho, expresando en síntesis lo siguiente (fls. 37 a 54):

Frente al artículo 25 destaca que no es ajeno al sistema del mérito “*que las normas que reglamentan los concursos consideren como un factor a evaluar la evaluación (sic) del desempeño laboral de los empleados con derechos de carrera administrativa, lo cual se torna razonable y proporcionado considerando que dicho personal accedió al servicio previa superación del proceso de selección, dónde demostró el mérito como presupuesto al desempeño de funciones y cargos públicos, vocación de idoneidad que continúa demostrando al permanecer en el servicio conforme a las evaluaciones periódicas, realizadas de manera favorable; circunstancias que necesariamente deben tenerse cuenta al momento de que les sea evaluada la prueba de antecedentes en concursos programados por la Comisión Nacional, como organismo responsable de administrar y vigilar la carrera administrativa.*” (fl. 47).

Sobre la violación del derecho a la igualdad alegada en la demanda, considera que este derecho no es absoluto, pues solamente se predica entre iguales; por tanto entre dos aspirantes, cuando uno está inscrito en carrera administrativa y el otro no, no se puede establecer que estén en la misma situación fáctica y legal;

así, es natural que la persona que acredite mayor idoneidad académica y experiencia profesional debe prevalecer sobre el que no las acredita; ya que está comprometida la prestación del servicio público a cargo del Estado, circunstancia que debe prevalecer frente a los intereses particulares.

Estima que el artículo 25 desarrolla los artículos 125 de la Constitución Política y 38 de la Ley 909 de 2004, al disponer que la evaluación de desempeño de los empleados con derechos de carrera administrativa debe tenerse en cuenta para ascender en la misma y que está acorde con el sistema del mérito.

Señala que con la expedición de la Ley 909 de 2004, el legislador establece las reglas fundamentales que rigen el acceso a los empleos públicos de carrera administrativa en razón del mérito, disponiendo una especial protección para los empleados de carrera por constituir el núcleo esencial de la profesionalización de los servicios a cargo del Estado.

Intervención del Ministerio Público

El Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado considera que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, bajo la siguiente argumentación (fls. 87 a 99):

Afirma que la supuesta violación del derecho a la igualdad del artículo 25 no tiene en cuenta la preexistencia de unos derechos que hacen legal la mejor situación de los inscritos en carrera administrativa frente a quienes no lo están, que se funda en el hecho de que aquéllos ya han superado previamente un concurso de méritos.

Resalta que en las sentencias C-221 de 1992 y T-624 de 1995 la Corte Constitucional estableció sobre el derecho a la igualdad se que éste supone situaciones fácticas idénticas, así, los órganos del poder público no pueden establecer condiciones desiguales para quiénes se encuentran en circunstancias idénticas, a menos que el trato diferenciado sea razonable y justificado.

Indica que la calificación del mérito para los empleados de carrera administrativa no se agota con la evaluación de desempeño, sino que está prevista como criterio determinante para ascender en la carrera, pues el derecho a permanecer en el cargo por el mérito lleva consigo el derecho a ascender.

Consideraciones

Cuestión previa

La Sala considera necesario precisar que el artículo 25 del Decreto 1227 de 2005¹, fue derogado por el artículo 1º del Decreto 2901 de 2008 que dispone:

"Artículo 1º. El artículo 25 del Decreto 1227 de 2005, quedará así.

"La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará el instrumento para valorar los estudios, publicaciones y experiencia de los aspirantes que cumplan con los requisitos mínimos establecidos en la convocatoria".

Como se observa la norma demandada fue derogada, sin embargo la Sala precisa que es viable el estudio de legalidad de la misma, en tanto con la derogatoria no se compromete la validez de los efectos surtidos por el precepto durante su vigencia, en razón de los cuales se pudieron consolidar situaciones jurídicas particulares que pueden verse afectadas si la disposición está viciada de nulidad,

¹ Artículo 25.- La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará el instrumento para valorar los estudios, publicaciones y experiencia de los aspirantes que excedan los requisitos mínimos exigidos en la convocatoria. A las personas inscritas en el Registro Público de Carrera que se presenten a los concursos se les valorará, además, la última calificación resultado de la evaluación en el desempeño de los empleos de los cuales sean titulares.

conforme lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación² y de la Corte Constitucional³.

Cargo.- A juicio de la demandante el artículo 25 desconoce los derechos a la igualdad, al acceso a los cargos públicos y la prevalencia del mérito de la carrera administrativa, de los participantes en el concurso de méritos que no están inscritos en el registro público de carrera administrativa, frente a quiénes si lo están, al establecer ventajas o privilegios a favor de los inscritos en carrera administrativa al valorárseles la evaluación de desempeño

Análisis del cargo. Del establecimiento de requisitos cuya evaluación no es susceptible de ser aplicada a todos los concursantes.

Para determinar si la violación alegada por la parte actora se configura sea lo primero establecer si la norma crea un trato diferenciado a favor de los participantes en el concurso de méritos que están inscritos en carrera administrativa. En este aspecto, en efecto el artículo 25 prevé que “*A las personas inscritas en el Registro Público de Carrera que se presenten a los concursos se*

² “Antes de analizar los cargos de ilegalidad propuestos, y en atención a la solicitud de fallo inhibitorio sugerida por el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo fundamento radica en la falta de vigencia del Decreto 2263 de octubre 26 de 2001, por haber sido modificado mediante el artículo 1º del Decreto 324 de febrero 28 de 2002, la Sala advierte que tal circunstancia no constituye impedimento para que proceda un pronunciamiento de fondo en relación con la disposición reglamentaria acusada. Lo anterior, porque tal como lo ha sostenido la Corporación, basta que una norma jurídica de contenido general haya tenido vigencia por un pequeño lapso, para que la jurisdicción deba pronunciarse ante la nulidad propuesta, pues en ese período pudieron afectarse situaciones jurídicas particulares surtidas al amparo de la norma presuntamente ilegal, que ameriten la reparación del daño o restauración del derecho eventualmente conculado, lo cual sólo es posible en virtud del pronunciamiento definitivo del juez administrativo que la anula o la declara ajustada a derecho, ya que la derogatoria surte efectos hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado, mientras que la anulación lo hace ab initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.” Consejo de Estado, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, sentencia del 2 de septiembre de 2004, dentro el expediente con radicado: 11001-03-27-000-2003-0032-01 y número interno 13821. En el mismo sentido ver las sentencias del 22 de septiembre de 2010, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Paéz, expediente con radicado 11001-03-25-000-2005-00161-01 y número interno 7659-2005, y del Consejo Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente con radicado **11001-03-25-000-2008-00122-00** con número interno **2655-2008**

³ Sentencias C- 307 de 2009 del 29 de abril de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio y C- 212 del 17 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Dr Juan Carlos Henao Pérez

les valorará, además, la última calificación resultado de la evaluación en el desempeño de los empleos de los cuales sean titulares”.

De la lectura de la norma se distingue en primer lugar, que sus destinatarios específicos son quiénes están inscritos en carrera administrativa, lo que ya establece un criterio de trato diferenciado frente a los concursantes que por exclusión no están en carrera administrativa.

En segundo lugar, la norma crea un criterio adicional de evaluación, inserto en el artículo por la palabra “además”, que consiste en la valoración de la última evaluación de desempeño.

Los dos elementos que vienen de reseñarse muestran clara y objetivamente, que el artículo 25 ordena la evaluación de criterios adicionales en el concurso de méritos para el aspirante inscrito en carrera administrativa. Ahora bien, hay que preguntarse si éstos constituyen un privilegio para quién está en carrera, que se materializa en la posibilidad de que la adición de un criterio de evaluación aumente el puntaje consolidado del aspirante en el concurso de méritos; y si la referida ventaja es justificada y constitucional.

Frente al primer aspecto, el privilegio, manifiesta la Sala que el establecimiento de un criterio adicional de evaluación que sólo un grupo de participantes en el concurso de méritos está en la posibilidad de acreditar, sí constituye una ventaja que se reflejará necesariamente en el puntaje consolidado del concurso.

Ahora bien, respecto de si es justificado este trato a la luz de la Constitución, en concreto en lo atinente a los principios del mérito y de la igualdad en los concursos públicos y del acceso a los cargos públicos, esta Sala considera que someter a los participantes que no están inscritos en carrera administrativa a participar en condiciones desiguales y desventajosas frente a quién si está en carrera, constituye un trato que desconoce los principios ya mencionados, y por tanto viola directamente la Constitución Política en sus artículos 13, 125 y 40.7.

Sobre el establecimiento de requisitos cuya evaluación no es susceptible de ser aplicada a todos los concursantes, se indica que si bien es amplia la libertad del legislador para regular el sistema de concurso con el objeto de garantizar la adecuada prestación del servicio público, no se pueden desconocer los derechos

fundamentales de los aspirantes. Así, se debe respetar el derecho a la igualdad en la regulación de los mecanismos de ingreso a la función pública, ya que, como lo ha señalado la Corte Constitucional⁴: “*la ley, al regular el mecanismo de ingreso a la función pública, no puede establecer “requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes teniendo en cuenta el cargo a proveer*⁵”, ya que ello implicaría una barrera ilegítima y discriminatoria contraria al acceso en igualdad de condiciones a la Administración. Por consiguiente, ha señalado la jurisprudencia constitucional que para asegurar la igualdad, “es indispensable que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva.”⁶

En el mismo sentido ha indicado esa Corporación en la sentencia C-211 de 2007⁷ que “*las regulaciones de los sistemas de concursos no pueden establecer criterios de selección, cuya evaluación no sea susceptible de ser aplicada a todos los concursantes, incluyendo tanto a los inscritos en carrera como a los no-inscritos*”.

De lo anterior se pueden extraer tres parámetros de valoración de la aplicación del derecho a la igualdad en los concurso de méritos, en primer lugar, los requisitos establecidos no deben ser contrarios al mérito; en segundo lugar, las convocatorias deben ser generales; y en tercer lugar la evaluación de los criterios de selección debe ser susceptible de aplicarse a todos los concursantes.

Sobre este último aspecto en la sentencia C-1265 de 2005⁸ consideró la Corte Constitucional que el establecimiento de diferentes criterios de evaluación para el personal de la entidad que desea ascender y para los externos, es violatorio de la Constitución Política, así:

“*A la regulación de la provisión de cargos de carrera, no puede subyacer distinción alguna según si el cargo se va a proveer con personal externo a*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-0474 de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Ver, Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶ Ver, Corte Constitucional. Sentencia C-041 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-211 de 2007. MP. Álvaro Tafur Galvis

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1265 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

la entidad que realiza el concurso o por empleados de dicha entidad que aspiran a ascender al mencionado cargo. Para que las disposiciones normativas que regulan la forma de proveer los cargos de carrera en las entidades públicas se ajusten a la Constitución deben diseñar los concursos de tal manera que no se establezca una regulación y unas condiciones para quienes pretenden ingresar a la carrera y otras para quienes pretenden ascender dentro de la mencionada carrera. La disposición normativa deberá ser en este aspecto igualitaria.”

En la misma sentencia se precisó sobre el respeto del principio del mérito en las regulaciones de los sistemas de concursos para proveer los cargos de carrera administrativa que el juez tiene la obligación de analizarlas acorde con los siguientes elementos mínimos que permiten establecer su conformidad con la Constitución Política:

“(...) Así pues, los presupuestos normativos de los sistemas de concursos de la carrera administrativa estarán acordes con la Constitución: (i) si no se establece una distinción que disponga una regulación para el ascenso en la carrera y otra más restrictiva para el ingreso a la misma; (ii) si no se derivan de las normas que regulan la carrera, condiciones de desigualdad que impidan la determinación objetiva del mérito de cada concursante; (iii) si no se incluyen ítems de evaluación cuya aplicación proceda sólo para algunos concursantes y no para todos; (iv) si no se disponen criterios de selección que evalúen la idoneidad frente a ciertas actividades específicas o técnicas, en condiciones desiguales entre los aspirantes vinculados a la entidad y los no vinculados; (...) Una regulación normativa que genere una situación contraria a cualquiera de los supuestos anteriores es sin duda inconstitucional.”⁹

Sobre los diversos criterios de evaluación se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C- 049 de 2006¹⁰, al estudiar la evaluación de desempeño previa como factor de evaluación, destacando que dicho factor constituye una medida discriminatoria respecto de los ciudadanos que no pertenecen a la carrera administrativa, pues de un lado se les vulnera el derecho de acceder al desempeño de cargos públicos en condiciones de igualdad, y del otro constituye una ventaja violatoria del derecho a la igualdad. Lo anterior en tanto la referida

⁹ *Ídem.*

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-049 de 2006. MP. Jaime Araújo Rentería. En esta providencia se decidió declarar inexistente las expresiones “y la relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño, si fuere del caso.” Contenida en el numeral 22.2 del artículo 22 del Decreto Ley 775 de 2005 “Por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa para las Superintendencias de la Administración Pública Nacional”.

medida prevé un privilegio que consiste en que a los empleados en carrera administrativa, además de los factores comunes que se evalúan a todos los aspirantes, también se les toma en cuenta la evaluación de desempeño en el cargo, factor que no se le puede valorar a los demás aspirantes, quienes no pertenecen a la carrera administrativa.¹¹

Visto lo anterior es claro para la Sala que el aparte demandado del artículo 25 desconoce los derechos a la igualdad, al acceso a los cargos públicos y al principio del mérito, por tanto será declarado nulo.

Disposición demandada: Artículo 26 del Decreto 1227 de 2005.

"ARTÍCULO 26. Para dar aplicación a lo previsto en el artículo 56 de la Ley 909 de 2004, en los concursos que se realicen para proveer los empleos que se encontraban provistos mediante nombramiento provisional a la fecha de vigencia de dicha ley, la prueba de análisis de antecedentes será obligatoria y en ella se evaluarán los factores de experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en igualdad de condiciones para todos los participantes en el respectivo concurso y de conformidad con el instrumento que para el efecto expida la Comisión Nacional del Servicio Civil.

(...).

Demandado

Como normas violadas y concepto de violación, la actora indica que el artículo 26 del Decreto 1227 de 2005 infringe el preámbulo, y los artículos 13, 40-7 y 126 de la C.P.

¹¹ En el mismo sentido ver las sentencias C-1263 de 2005 y C-211 de 2007.

Considera que el artículo 26 viola el derecho a la igualdad, en tanto al evaluarse ítems como experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia, sólo se podría calificar a un grupo mínimo de concursantes que hacen parte de la carrera administrativa, con lo cual se discrimina a un gran número de participantes que no pertenecen a ésta, como lo afirmó la Corte Constitucional en la sentencia C-733 de 2005.

Subraya que todo concurso debe ser público, abierto y garantizar la igualdad de oportunidades a los concursantes y que la diversidad en los parámetros de calificación para los funcionarios en carrera que concursan para ascender y los que no pertenecen a ésta, vulnera los principios de igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, transparencia, imparcialidad y justicia.

Contestación de la entidad demandada

El Departamento Administrativo de la función pública estima que la referida norma se ajusta al orden legal en cuanto la experiencia “*es un mérito que contribuye a mejorar a la persona en el desempeño de una labor y, por ende, el mejoramiento del servicio (sic). No hay discriminación, entonces, cuando se incrementa el puntaje obtenido por un aspirante en razón de tener una experiencia de cinco años, por ejemplo, frente a quien no la tiene y por ello no recibe un incremento alguno ya que no hay discriminación en el trato diferente razonable y objetivamente justificado.*” (fl. 50).

Consideraciones

Cuestión previa

Previo a resolver de fondo el asunto planteado por las partes, la Sala procede a pronunciarse sobre la inaplicación por “inexequibilidad sobreviniente” alegada por la parte actora, del artículo 26 del Decreto 1227 de 2005, en razón de la sentencia C-733 de 2005 que declaró inexequible el artículo 56 de la Ley 909 de 2004.

Sobre el mismo punto como cuestión previa el Ministerio público se refiere a la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 26 del Decreto 1227 de 2005, afirmando que en sentencia del 3 de julio de 2003 la Sección Tercera de esta Corporación estableció que:

“... la conclusión de legalidad o no sobre un acto administrativo no está condicionada a su vigencia, pues la legalidad de un acto no está ligado (sic) con la producción de sus efectos (eficacia jurídica); la legalidad está vinculada con el momento de su nacimiento o de existencia, para el cual el juez debe examinar si en la expedición del acto ésta estuvo acorde con el ordenamiento jurídico superior. Por tanto, cuando, por el paso del tiempo, el acto demandado perdió su eficacia en la vida jurídica por alguna de las causas que originan la pérdida de fuerza ejecutoria (C.C.A.- art. 66), salvo las relativas a declaración judicial, significa que el acto dejó de producir efectos hacia el futuro, mas ese tipo de pérdida de eficacia que se genera hacia el futuro, de una parte, no toca el acto hacia el pasado, ni, de otra, determina su legalidad para la época del nacimiento.”¹² (fl. 91 reverso)

A este respecto destaca la Sala, que en primer lugar, la norma reglamentaria en comento señala:

“Artículo 26. Para dar aplicación a lo previsto en el artículo 56 de la Ley 909 de 2004, en los concursos que se realicen para proveer los empleos que se encontraban provistos mediante nombramiento provisional a la fecha de vigencia de dicha ley, la prueba de análisis de antecedentes será obligatoria y en ella se evaluarán los factores de experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en igualdad de condiciones para todos los participantes en el respectivo concurso y de conformidad con el

¹² Expediente 13433, M.P. María Elena Giraldo Gómez

instrumento que para el efecto expida la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

A su vez la norma reglamentada, es decir, el artículo 56 de la Ley 909 de 2004 indicaba:

“Evaluación de antecedentes a empleados provisionales. A los empleados que a la vigencia de la presente ley se encuentren desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en ella, y se presenten a los concursos convocados para conformar listas de elegibles para proveer dichos cargos, destinadas a proveerlos en forma definitiva, se les evaluará y reconocerá la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en su ejercicio. La Comisión Nacional del Servicio Civil adoptará los instrumentos para tal efecto.”

Esta norma fue declarado inexistente por la Corte Constitucional en la sentencia C-733 de 2005¹³ en la cual se afirmó que el respeto del derecho a la igualdad se opone a que la ley “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”. Así mismo refirió la Corte que:

“ (...)la norma acusada sí consagra un trato distinto entre los aspirantes que se desempeñan en provisionalidad y los demás, pues prevé una evaluación adicional para los empleados nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, a la fecha de la vigencia de la ley, y que aspiren a dichos cargos, que termina estableciendo a favor de éstos una ventaja injustificada con respecto a los demás aspirantes, y por lo tanto violatoria del derecho a la igualdad y del derecho de acceso a cargos públicos. El privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursa, lo que representa una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada.”

¹³ Sentencia del 14 de julio de 2005, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

En este orden de ideas, en aplicación del artículo 66¹⁴ del Código Contencioso Administrativo relativo a la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos (decaimiento), es claro para la Sala que al desaparecer el fundamento de derecho del artículo 26 del Decreto 1227 de 2005, en razón de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 56 de la Ley 909 de 2004, aquél perdió su fuerza ejecutoria.¹⁵

No obstante lo anterior, aunque es claro que el acto pierde su fuerza ejecutoria, la Sala precisa que se puede estudiar la legalidad de la referida norma, tal como lo indicó la Sala Plena de esta Corporación:

“El acto objeto de control no tiene fuerza vinculante ya que perdió sustento normativo, de conformidad con el numeral 2º del artículo 66 del C.C.A. Sin embargo, la Sala estima necesario señalar que el control de legalidad al cual se somete el Decreto 553 de 2010, debe realizarse en relación con el momento de su expedición y hasta cuando desapareció su fundamento legal, de suerte que la declaración de inexequibilidad no impide un pronunciamiento de fondo. De otra parte, es pertinente señalar que en el artículo 1º del Decreto que se analiza, se hace referencia al Decreto 128 de 2010, que también fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-288 de 2010, por las mismas razones expuestas respecto del Decreto 131 de 2010.”¹⁶

¹⁴ ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

¹⁵ “Como consecuencia jurídica de la declaratoria de inexequibilidad de las disposiciones legales a que se ha hecho referencia, surge el efecto de la pérdida de fuerza ejecutoria o decaimiento del acto administrativo, que tiene lugar cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen del ordenamiento jurídico (numeral 2º, art. 66, C.C.A.). En consecuencia, dicho decaimiento se predica de los actos administrativos con base en disposiciones legales que fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, los que al quedar sin fundamento jurídico, pierden hacia el futuro su fuerza ejecutoria; con respecto al pasado, se mantienen intangibles los actos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas consolidadas”. Concepto 1218 proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, el 27 de septiembre de 1999, Consejero Ponente: Luis Camilo Osorio Isaza.

¹⁶ Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, expediente con radicación No. 11001-03-15-000-2010-00228-00

Sin embargo se aclara que el sólo hecho del decaimiento no es una causal de nulidad del acto administrativo. En efecto la Corte Constitucional¹⁷ citando a esta Corporación ha manifestado:

En efecto, la legalidad de los actos administrativos es un atributo que se predica de cada uno de ellos individualmente considerado y, por lo tanto, el fenómeno del decaimiento no opera automáticamente, ni produce su nulidad. Consecuentemente, al demandar la nulidad de un acto, el decaimiento no es una pretensión válida para su anulación. En ese orden de ideas, en el presente caso, la nulidad del acto que origina la supresión de los empleos no se puede extender a aquel que determina la indemnización. Como lo ha dicho el Consejo de Estado, el decaimiento no es un motivo de anulabilidad del acto, sino de pérdida de fuerza ejecutoria, por lo tanto, sólo es alegable por vía de excepción cuando se pretende ejecutar. Refiriéndose al particular, dicha Corporación ha determinado:

“No existe en el derecho colombiano una acción autónoma declarativa del decaimiento de un acto administrativo o que declare por esa vía la pérdida de su fuerza ejecutoria. El decaimiento de un acto administrativo es sólo un fenómeno que le hace perder fuerza ejecutoria, con otros que enumera el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo; y por lo tanto, su declaración conforma una excepción, alegable cuando la administración pretende hacerlo efectivo.”

“Así no podrá pedirse, como acción, que el juez declare que el acto ha perdido fuerza ejecutoria por decaimiento; pero sí podrá excepcionar por la pérdida de esa fuerza, cuando la administración intente hacerlo cumplir en ejercicio del privilegio de la ejecución de oficio. Sucede en este punto algo similar a lo que ocurre cuando la administración intenta el cobro coactivo de una obligación que consta en un acto administrativo al cabo de cinco años de estar en firme, puesto que el ejecutado podrá alegar la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria, con apoyo en el numeral 3º del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, tal como lo acepta reiteradamente la jurisprudencia de esta corporación”

17 Sentencia C-1341 de 2000. Magistrada Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

“En Colombia en el estado actual de su legislación, se repite, no existe acción que permita pedirle al juez, por ejemplo, que declare o bien la prescripción derivada de un acto administrativo o bien la pérdida de fuerza ejecutoria del mismo.”

“(…)”

“Los casos de pérdida de fuerza ejecutoria buscan impedir que la administración le dé cumplimiento a los actos administrativos y no son ni pueden ser causales de nulidad de los mismos. Aquí tampoco pueden confundirse los fenómenos de validez con los de eficacia” (resaltado fuera de texto) Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto junio 28 de 1996 (C.P. Carlos Betancur Jaramillo)

Visto lo anterior se establece que el decaimiento del acto administrativo por el desaparecimiento de su fundamento de derecho, no es una causal de nulidad del mismo, pero a través de la acción de nulidad se puede estudiar la legalidad del acto mientras estuvo vigente. Por tanto se estudiarán los cargos de nulidad contra el artículo 26 del Decreto 1227 de 2005 propuestos por el actor.

Cargo.- Frente al artículo 26 del Decreto 1227 de 2005¹⁸ que constituye un desarrollo reglamentario del artículo 56 de la Ley 904 de 2004, la actora manifiesta que es nulo en cuanto viola el derecho a la igualdad de los aspirantes en los concursos de méritos que no están nombrados en provisionalidad en cargos de carrera administrativa.

Análisis del cargo. De las ventajas injustificadas en los concursos de méritos a los empleados nombrados en provisionalidad. Del mérito y el derecho a la igualdad en la carrera administrativa.

¹⁸ “Artículo 26. Para dar aplicación a lo previsto en el artículo 56 de la Ley 909 de 2004, en los concursos que se realicen para proveer los empleos que se encontraban provistos mediante nombramiento provisional a la fecha de vigencia de dicha ley, la prueba de análisis de antecedentes será obligatoria y en ella se evaluarán los factores de experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en igualdad de condiciones para todos los participantes en el respectivo concurso y de conformidad con el instrumento que para el efecto expida la Comisión Nacional del Servicio Civil.”

Con el propósito de desarrollar este cargo se resalta que la Corte Constitucional en la sentencia C-733 de 2005 al declarar la inconstitucionalidad del artículo 56 de la Ley 909 de 2004 que ordenaba a la Comisión Nacional del Servicio Civil la creación de instrumentos para reconocer un valor adicional a la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en la evaluación de antecedentes de los empleados provisionales inscritos en cargos de carrera que se presentaran a los concursos de méritos, estableció que el respeto al derecho a la igualdad de todos los aspirantes al proceso de selección se opone a que la ley “*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 barrera ilegítimas y discriminatorias.*”¹⁹

Frente a la norma acusada en esa oportunidad consideró la Corte Constitucional que ella creaba un trato diferente entre los aspirantes que se desempeñaban en provisionalidad y los demás, porque establecía una evaluación adicional para los primeros, instaurando una ventaja injustificada frente a los otros aspirantes, violatoria los derechos a la igualdad y al acceso a cargos públicos.

Se explicó en la referida providencia que el privilegio previsto en la norma demandada consistía en que a los empleados nombrados en provisionalidad “*además de los factores comunes que se les tendrán en cuenta a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta, de manera adicional, una evaluación de antecedentes, de experiencia, de antigüedad, de conocimiento y de eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursa, lo que representa una ventaja frente a quienes concursan y no se encuentran ocupando el cargo respectivo, según lo disponga la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual no se encuentra justificada.*”²⁰

(Resaltado fuera de texto)

Visto lo anterior resalta la Sala que la norma reglamentaria se expidió para dar aplicación al artículo 56 de la Ley 909 de 2004, y que de conformidad con el efecto útil que debe darse a las normas, y de la lectura armónica de las dos

¹⁹ Sentencia C -733 de 2005 del 14 de julio de 2005. MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

²⁰ Idem.

disposiciones, la norma demandada se debe entender en función de lo dispuesto por la norma declarada inconstitucional. Así las cosas, es claro que establece una ventaja a favor de los empleados nombrados en provisionalidad en los cargos de carrera administrativa, al ordenar que a éstos se les concederá en la prueba de antecedentes un valor adicional por encima de los mínimos en los factores de la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia.

La referida ventaja que el legislador otorgó a quienes están nombrados en provisionalidad se reglamentó en la norma que aquí se estudia, por lo cual considera esta Corporación que la ventaja descrita anteriormente, configura un trato diferente que no está justificado constitucionalmente a la luz de los principios que fundamentan la carrera administrativa, como son el ingreso a través del mérito y la igualdad de los concursantes, dado que al prever un puntaje adicional para quienes están en provisionalidad se desconoce el derecho a participar en igualdad de condiciones de quienes no son provisionales, es decir quienes no son empleados públicos o que están nombrados en carrera administrativa, tal como lo consideró la Corte Constitucional en la sentencia C-733 de 2005.

Conforme lo anterior está Corporación considera que el artículo 26 del Decreto 1227 que perdió fuerza ejecutoria en virtud de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 56 de la Ley 909 de 2004, es nulo desde que fue proferido en cuanto desconoce las normas en que debía fundarse, es decir, los artículos 13, 125 y 40.7 de la Constitución Política, esto teniendo en cuenta los efectos retroactivos la declaratoria de nulidad.

Disposición demandada: Artículo 31 parcial del Decreto 1227 de 2005.

ARTÍCULO 31. (...) Dentro de un término no superior a cinco (5) meses contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria, con base en los resultados del concurso y en riguroso orden de mérito, la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad que adelantó el concurso de acuerdo con la respectiva delegación, elaborará la lista de elegibles para los empleos objeto del concurso.

La lista deberá ser divulgada a través de las páginas web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de la entidad para la cual se realizó el concurso y de la entidad que lo realizó, así como en sitios de acceso al público de estas últimas entidades.

Quienes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar el nombramiento recaerá en la persona que se encuentre en situación de discapacidad; de persistir el empate, este se dirimirá con quien se encuentre inscrito en el Registro Público de Carrera, de continuar dicha situación se solucionará con quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones inmediatamente anteriores, en los términos señalados en el artículo 2o numeral 3 de la Ley 403 de 1997.

Demanda

Como normas violadas y concepto de violación, la actora indica que el aparte subrayado del inciso 3 del artículo 31 del Decreto 1227 de 2005 viola los artículos 13 y 125 de la Constitución Política, pues considera que el referido artículo establece un mecanismo de privilegio para el empleado de carrera, desconociendo la transparencia e imparcialidad del concurso.

Contestación de la entidad demandada

El Departamento Administrativo de la Función Pública afirma que el aparte del inciso 3 del artículo 31 del Decreto 1227 de 2005, se ajusta a derecho, porque desarrolla la especial protección que debe brindar el Estado a las personas discapacitadas, a los empleados de carrera administrativa, sin que constituya un privilegio de tales personas sino el simple reconocimiento de un derecho de estirpe constitucional.

Intervención del Ministerio Público

Señala el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado respecto del aparte del inciso 3 del artículo 31 que la preferencia del aspirante inscrito en carrera administrativa no viola el derecho a la igualdad pues en el concurso él debe prevalecer sobre los demás concursantes en razón de su pericia y experiencia.

Consideraciones

Tercer Cargo.- Considera la parte actora que el aparte demandado del artículo 31 desconoce los derechos a la igualdad, al acceso a los cargos públicos y el principio del mérito en la carrera administrativa ya que constituye un privilegio para el empleado en carrera administrativa que está en la lista de elegibles.

Análisis del cargo.

Frente a este cargo se precisa sobre el mérito y el derecho a la igualdad en la carrera administrativa que el artículo 125 de la Constitución Política indica que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que el ingreso y ascenso se realizará previo cumplimiento de las condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. Así el ingreso, permanencia y ascenso en el sistema de carrera administrativa debe estar condicionado a la demostración del mérito de los aspirantes a través de los concursos.

En este aspecto la Corte Constitucional ha considerado que la implementación del sistema de carrera en la administración pública constituye un presupuesto esencial para la realización de los propósitos constitucionales en tanto garantiza el cumplimiento de los fines estatales, permitiendo que la función pública se desarrolle por personas por calificadas y seleccionadas bajo el criterio del mérito, y

de la misma manera hace efectivo el derecho de las personas de acceder al desempeño de cargos públicos en igualdad de condiciones²¹.

Ha destacado la Corte que la selección mediante el mérito es una manifestación del derecho a la igualdad, que a su vez constituye una garantía para los aspirantes, a quienes se les preserva su derecho a acceder al desempeño de funciones públicas en condiciones equitativas, esto es, con la participación igualitaria en los procesos de selección de los funcionarios del Estado. Respecto de los referidos procesos si bien se ha establecido que el legislador tiene libertad de configuración para diseñarlos, también es claro que no puede vulnerar los derechos fundamentales de los participantes, entre ellos, el derecho a la igualdad.²²

Así, los artículos 125 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 909 de 2004²³ prevén el principio del mérito como el fundamento del sistema de carrera administrativa y a su vez la jurisprudencia constitucional ha establecido que la incorporación de los cargos estatales a la carrera constituye un presupuesto esencial para la realización de los fines estatales, entre ellos “*el de garantía de cumplimiento de los fines estatales, en la medida en que permite que la función pública ... pueda desarrollarse por personas calificadas y seleccionadas bajo el único criterio del mérito*”²⁴

En el presente caso dos concursantes que se encuentran en el mismo lugar en la lista de elegibles, encontrándose uno de ellos inscrito en carrera administrativa, y ambos han demostrado previamente su mérito, a través de la superación de todas las pruebas que integran el proceso de selección. En estos términos considera la Sala que a los dos participantes se les ha garantizado el derecho a participar en

²¹ Sentencia C -733 de 2005 del 14 de julio de 2005. MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández

²² Ídem.

²³ Previsto igualmente en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley 909 que señala: “*2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.*”

²⁴ Corte Constitucional, sentencia C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

igualdad de condiciones y se les ha calificado con fundamento en factores objetivos.

Sin embargo, el derecho particular y subjetivo que tienen ambos de acceder al ejercicio de cargos públicos, se debe sopesar frente al interés superior de la administración pública que se traduce en los principios prescritos por el Constituyente en el artículo 209 de la Constitución Política, así:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”

Como se observa la función administrativa está al servicio de los intereses generales, los que deben prevalecer sobre el interés particular de los concursantes, así encuentra esta Sala que la resolución del empate en la lista de elegibles a favor de quién está inscrito en carrera administrativa refleja la prevalencia del interés general en virtud de los principios de eficacia y economía.

Así considera la Sala que está justificado a la luz de las normas superiores en que debe fundarse el acto administrativo demandado, esto es, el respeto por los principios del mérito, de eficacia, de economía, el derecho a la igualdad y la prevalencia del interés general, que al encontrarse los dos aspirantes en el mismo lugar en la lista de elegibles, se establezca el nombramiento para quien está inscrito en carrera administrativa.

Visto lo anterior, se observa que la expresión demandada del inciso 3 del artículo 31 no infringe los preceptos constitucionales en que debía fundarse, esto es, los artículos 13, 125, 40.7 y 209 de la Constitución Política, por lo tanto al no desvirtuarse su presunción de legalidad no se accede a la declaratoria de nulidad solicitada por la parte actora.

Disposición demandada. Parágrafo del artículo 31 del Decreto 1227 de 2005.

ARTÍCULO 31. (...) PARÁGRAFO. De conformidad con lo señalado en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, en los concursos que se realicen para el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, con excepción de sus entidades descentralizadas, antes de la conformación de las listas de elegibles se efectuará a quienes las vayan a integrar un estudio de seguridad de carácter reservado, el cual de resultar desfavorable será causal para no incluir al concursante en la lista. Cuando se vayan a utilizar las listas de elegibles de otras entidades, al nombramiento deberá preceder el estudio de seguridad, el cual no podrá efectuarse cuando este resulte desfavorable. El estudio de seguridad será realizado por el Ministerio de Defensa Nacional, el Comando General de las Fuerzas Militares, cada una de las Fuerzas o la Policía Nacional, según el caso.

(...)

Demandado

Como normas violadas y concepto de violación, la actora indica que el parágrafo del artículo 31 del Decreto 1227 de 2005 infringe los artículos 1º, 15, 29, 40-7, 83 y 125 de la Constitución Política.

Manifiesta la demandante que el Gobierno Nacional al expedir el aparte de la norma en comento desconoció la sentencia C-942 de 2003 proferida por la Corte

Constitucional en la que se declaró la exequibilidad condicionada del párrafo del artículo 22 de la Ley 443 de 1998 sobre los concursos en el Ministerio de Defensa Nacional, Fuerzas Militares y Policía Nacional.

Estima que el referido estudio vulnera el derecho a la intimidad personal y vicia de nulidad las pruebas que se recauden, por tanto éstas no se podrán hacer valer para fundamentar una resolución de exclusión del concursante. Agrega que la norma en comento infringe los derechos de los concursantes a la dignidad humana, a la defensa, al debido proceso, a conocer y controvertir las pruebas, y la posibilidad de acceder a cargos públicos.

Considera que el estudio en comento no debería efectuarse porque desconoce los principios de presunción de inocencia, de la buena fe; además, si el referido estudio tiene como objeto establecer la pertenencia de la persona a grupos al margen de la ley, entonces el Estado debería iniciar una investigación penal en la que se garantice el derecho a la defensa.

Estima que el acto mediante el cual se excluye a la persona de la lista de elegibles carece de motivación cuando no se conocen las razones de la administración, pues el Estado se reserva los resultados de la investigación de seguridad y las razones de su decisión, por tanto si el ciudadano desea demandar el acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberá acudir a especulaciones para atacar la motivación del acto.

Contestación de la entidad demandada

El Departamento Administrativo de la Función Pública considera que el aparte de la norma acusada no desconoce el orden legal, con fundamento los siguientes argumentos:

Aclara respecto del parágrafo del artículo 31 que la Corte Constitucional en la sentencia C-942 de 2003 estudió la exequibilidad del artículo 22 de la Ley 443 de 1998, norma cuyo contenido era similar, providencia en la que se analizó si los estudios de seguridad de carácter reservado previstos en la norma infringían el principio a la dignidad humana, el derecho a la defensa y al debido proceso, y se determinó que en un Estado Social de Derecho pueden existir reservas morales por razones de seguridad de Estado.

Agrega que en la sentencia C-872 de 2003 la Corte estableció las excepciones en las cuales los procesos de selección no tienen carácter público, haciendo la aclaración que éstas sólo aplican respecto de terceros no involucrados en el proceso, pero no respecto del interesado.

Concluye que en las jurisprudencias citadas, la expresión “*estudio de seguridad de carácter reservado*” contenida en las normas demandadas, la Corte consideró que son constitucionales, así las cosas, si los textos de los artículos allí demandados constituyen el fundamento legal del artículo 31 del Decreto 1227 de 2005, éste al reglamentar aquéllas es igualmente constitucional.

Intervención del Ministerio Público

Señala el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado respecto del parágrafo único del artículo 31 que la sentencia C-942 de 2003 referida por la actora, hace referencia a la obligación de las autoridades de motivar el acto administrativo que disponga la exclusión de la lista de elegibles del concursante y que el carácter reservado se impone para terceros, pero no para el propio elegible.

Destaca que la demanda de inconstitucionalidad que dio origen a esta sentencia se basaba en los mismos motivos de inconformidad expuestos por la accionante en el presente caso, es decir, el desconocimiento de la dignidad humana, de los

derechos de defensa, del debido proceso y de acceso a los cargos públicos, por lo cual estima que la norma censurada es constitucional bajo las mismas razones allí expuestas en cuanto el contenido de los preceptos demandados y los cargos son los mismos.

Consideraciones

Cuarto cargo.- Según la actora el estudio de seguridad reservado previsto en el parágrafo artículo 31 del acto administrativo demandado vulnera los derechos a la intimidad personal, a la dignidad humana, a la defensa, al debido proceso, a conocer y controvertir las pruebas, a acceder a cargos públicos, y los principios de presunción de inocencia y de la buena fe, de los participantes en el concurso de méritos.

Análisis del cargo. Del estudio de seguridad reservado.

La norma reglamentada por el parágrafo del artículo 31 del decreto demandado, es decir, inciso 2 del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 establecía:

“En los concursos que se realicen para el Ministerio de Defensa Nacional, en las Fuerzas Militares y en la Policía Nacional, con excepción de sus entidades descentralizadas, antes de la conformación de las listas de elegibles se efectuará a cada concursante un estudio de seguridad de carácter reservado, el cual, de resultar desfavorable, será causal para no incluirlo en la respectiva lista de elegibles. Cuando se trate de utilizar listas de elegibles de otras entidades, al nombramiento deberá preceder el estudio de seguridad. En el evento de ser este desfavorable no podrá efectuarse el nombramiento. (Inciso 2, numeral 4 del artículo 31 Ley 909)

No obstante ésta fue derogada por el artículo 14 de la Ley 1033 de 2006, así:

Artículo 14. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga los incisos 5° y 6° del literal a) del numeral 1 del artículo 3°, el inciso 2° del numeral 4 del artículo 31, el parágrafo del artículo 55 y modifica el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004. (Subrayado fuera de texto)

Visto lo anterior se está nuevamente frente a la pérdida de fuerza ejecutoria de la norma reglamentaria demandada, en cuanto fue derogada expresamente, no obstante por considerarse que el decaimiento de un acto administrativo no tiene efectos retroactivos, es procedente analizar los efectos del precepto demandado, mientras estuvo vigente.

Sobre los estudios de seguridad reservados en los concursos de méritos la Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, en las sentencias C-211 de 2007²⁵, C-942 de 2003²⁶ y C-1173 de 2005²⁷.

En todas las sentencias en cita se declararon exequibles las disposiciones acusadas bajo el supuesto que “*el carácter reservado del estudio de seguridad es oponible a terceros, pero no para quien pretenda vincularse como personal civil no uniformado al sector de defensa*”. Se precisó también que el citado estudio “*ha de fundarse en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para mostrar que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el sector defensa o la seguridad ciudadana*” y que en caso de ser desfavorable se le debe garantizar al afectado la aplicación del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo.²⁸

La Corte en la sentencia C-1173 de 2005²⁹ resaltó el carácter objetivo de los fundamentos fácticos que sustentan el informe de seguridad “*así como en la*

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-211 de 2007. MP. Álvaro Tafur Galvis.

²⁶ M.P. Alfredo Beltrán Sierra

²⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Humberto Antonio Sierra Porto

²⁸ Sentencia C-211 de 2007.

²⁹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Humberto Antonio Sierra Porto.

necesidad de garantizar el debido proceso de los afectados y la necesaria motivación del acto administrativo correspondiente”.

En síntesis la Corte Constitucional ha considerado sobre la exequibilidad de los estudios de seguridad reservados en los concursos de méritos del sector defensa, que se ajustan a la Constitución Política siempre y cuando sean objetivos, motivados y se informen al afectado en los términos del artículo 35 del CCA³⁰.

Bajo este análisis, el parágrafo del artículo 31 se ajustó al orden legal antes de perder su fuerza ejecutoria por la derogatoria de la norma que reglamentaba.

Disposición demandada: Artículo 55 del Decreto 1227 de 2005.

“ARTÍCULO 55. Cuando el empleado cambie de cargo como resultado de ascenso dentro de la carrera, el desempeño laboral en el empleo anterior no será evaluado.”

Demandado

³⁰ ARTICULO 35. ADOPCION DE DECISIONES. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título.

Como normas violadas y concepto de violación, la actora indica que el artículo 55 del Decreto 1227 de 2005 viola los artículos 13 y 125 de la Constitución Política.

Respecto de este artículo refiere la actora que vulnera el derecho a la igualdad pues la calificación de desempeño laboral del anterior cargo de un empleado que asciende, según la referida norma no se tiene en cuenta al interior de la entidad, limitando con ellos los derechos del concursante a obtener mejoras salariales y a participar en cursos o beneficios diseñados para quién está vinculado al servicio público en carrera; así la norma establece una discriminación injustificada pues por el hecho de obtener el nombramiento en virtud del concurso, el empleado pierde ciertas garantías derivadas del régimen de carrera, mientras que quien no ha sido ascendido si las conserva.

Contestación de la entidad demandada

El Departamento Administrativo de la Función Pública considera que el artículo 55 no viola el ordenamiento superior dado que la persona que asciende dentro de la carrera administrativa debe ser nombrada en período de prueba para el nuevo empleo, lo cual supone necesariamente una evaluación especial e independiente, que no puede considerar las evaluaciones de desempeño que le fueron aplicadas al empleado ascendido respecto del cargo de que era titular con anterioridad al respectivo concurso de ascenso. Agrega que este artículo está conforme al inciso 3 del numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Intervención del Ministerio Público

Precisa el Procurador Tercero Delegado ante el Consejo de Estado en lo atinente al artículo 55 que el ascenso dentro de la carrera administrativa, no está relacionado con la evaluación de desempeño del cargo anterior, pues debe entenderse que el ascenso se somete a prueba como lo prevé el inciso 3 del numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Añade que el período de prueba y su evaluación están relacionados exclusivamente con el nuevo cargo, y la anterior calificación laboral no se desconoce pues en caso de regreso al empleo anterior, igualmente se mantienen los derechos de carrera.

Consideraciones

Quinto cargo.- Violación del derecho a la igualdad por parte del artículo 55 por cuanto al empleado inscrito en carrera que asciende en virtud del concurso de méritos no se le evalúa el desempeño del cargo anterior.

Análisis del cargo

Para contextualizar la aplicación de esta disposición se precisa que según el artículo 38 de la Ley 909 de 2004 el *“desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa deberá ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos que permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales. A tal efecto, los instrumentos para la evaluación y calificación del desempeño de los empleados se diseñarán en función de las metas institucionales.”*

A su vez el artículo en comento especifica para qué aspectos deben tenerse en cuenta los resultados de la evaluación del empleado inscrito en carrera administrativa, a saber: a) Adquirir los derechos de carrera; b) Ascender en la carrera; c) Conceder becas o comisiones de estudio; d) Otorgar incentivos económicos o de otro tipo; e) Planificar la capacitación y la formación; y f) Determinar la permanencia en el servicio.

Ahora bien, en lo que se refiere a la evaluación aplicada al empleado que asciende en virtud de un concurso de méritos, el inciso 2 del numeral 5 del artículo 31 *ídem* señala que superado el concurso de méritos aquél será nombrado en período de prueba “*al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa.*”. (Subrayado fuera de texto)

En este orden de ideas, se observa que el precepto demandado guarda plena armonía con lo dispuesto por numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 porque la finalidad de las normas transcritas es que a quién superó el proceso de selección para ascender y por tanto se encuentra en período de prueba, no sea necesario evaluarle el desempeño en su cargo anterior, porque en este caso el propósito es que se valore el ejercicio del nuevo cargo para que se consolide su ascenso con la actualización de “*su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral*” *ídem*.

De otro lado de la lectura del precepto acusado y de lo previsto en el artículo 31 de la referida ley no se establece que efectivamente como lo afirma la parte actora, el empleado de carrera pierda los eventuales beneficios que puede obtener como resultado de la evaluación de desempeño, porque es claro que aunque no se califique el desempeño del cargo anterior, la evaluación si se realiza pero para el nuevo cargo que se ejerce en período de prueba.

Así las cosas no asiste razón en este punto a la parte actora, por lo que este cargo será desestimado, en cuanto no se desvirtuó la presunción de legalidad del artículo 55.

En este orden de ideas, los artículos 25 parcial y 26 del Decreto 1227 del 21 de abril de 2005 se declararán nulos por infringir los artículos 13, 125 y 40.7 de la Constitución Política; aclarando que respecto del artículo 26, si bien perdió fuerza ejecutoria por la declaratoria de inexequibilidad del artículo 56 de la Ley 909 de 2004, mediante la sentencia C-733 de 2005, su nulidad se establece respecto del tiempo en que produjo efectos.

En lo que respecta al inciso 3 parcial y parágrafo del artículo 31, y al artículo 55 del decreto en comento se consideran conformes a los preceptos constitucionales y legales señalados por la parte actora, por lo cual al no haber sido desvirtuada su presunción de legalidad, no se accederá a su declaratoria de nulidad.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad de la expresión “*A las personas inscritas en el Registro Público de Carrera que se presenten a los concursos se les valorará, además, la última calificación resultado de la evaluación en el desempeño de los empleos de los cuales sean titulares*” contenida en el artículo 25 del Decreto 1227 de 2005 proferido por el Presidente de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública

SEGUNDO.-DECLÁRASE la nulidad del artículo 26 del citado Decreto, que si bien perdió su fuerza ejecutoria en virtud de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 56 de la Ley 909 de 2004, es nulo desde que fue proferido en cuanto desconoce las normas en que debía fundarse.

TERCERO.- DENIÉGASE la solicitud de nulidad de la expresión “*este se dirimirá con quien se encuentre inscrito en el Registro Público de Carrera*” contenida en el inciso 3 del artículo 31 del Decreto en comento, del parágrafo del artículo 31 del Decreto en cita y del artículo 55 del mismo Decreto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA
MONSALVE**

GERARDO ARENAS

**GUSTAVO E. GÓMEZ ARANGUREN
PÁEZ**

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE

**ALFONSO VARGAS RINCÓN
QUINTERO**

LUIS RAFAEL VERGARA

