

FACULTAD REGLAMENTARIA – Alcance

El artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, con fundamento en el cual se dictó el Decreto N° 2900 de 2005, que contiene las disposiciones demandadas en el sub-lite, consagra la potestad reglamentaria, que se define como la facultad de la cual está investido el Jefe del Ejecutivo para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; así entonces, al ejercer la competencia referida el Ejecutivo no puede limitarse a reproducir los mismos textos legales, sino a trazar los derroteros necesarios a efecto de que la Administración y sus distintos órganos cumplan los mandatos del Legislador; el ejercicio de la facultad referida no es ilimitado, en la medida en que el Jefe del Ejecutivo debe sujetarse a las previsiones de la Constitución Política y al contenido de la ley que reglamenta, vale decir, la norma reglamentaria no puede exceder la que reglamenta en orden a extender, restringir o modificar sus términos y alcances.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11

NOMBRAMIENTO EN ENCARGO EN LA UNIDAD ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL - Prórroga excede la facultad reglamentaria / NOMBRAMIENTO EN PROVISIONALIDAD EN LA UNIDAD ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL – Prórroga excede la facultad reglamentaria

Cuando en los apartes demandados contenidos en los artículos 2,3,y 5 del Decreto 2900 de 2005, el Ejecutivo consagró un término de duración superior a seis (6) meses para la provisión temporal de empleos, nombramiento en cargo o en provisionalidad, excedió su potestad reglamentaria, en cuanto incluyó una disposición nueva no consignada en la normatividad que reglamenta, pues, como quedó demostrado, tanto en ésta, Decreto N° 790 de 2005, específicamente en su artículo 23, como en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, el término fijado para tales designaciones es de **seis** (6) meses. Se concluye entonces que, en razón de que el Gobierno excedió su potestad reglamentaria al establecer un término adicional para la provisión temporal de empleos, el cual no está previsto en la norma que reglamenta, Decreto Ley 790 de 2005, es el caso declarar la nulidad de los apartes demandados,

FUENTE FORMAL: DECRETO 790 DE 2005 – ARTICULO 23 / LEY 909 DE 2004 – ARTICULO 24

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2900 DE 2005 – (2 de agosto) GOBIERNO NACIONAL ARTICULO 2 (Nulo parcial) / DECRETO 2900 DE 2005 – GOBIERNO NACIONAL -ARTICULO 3 (Nulo parcial) / DECRETO 2900 DE 2005 – GOBIERNO NACIONAL ARTICULO 5 (Nulo parcial)

CONSEJO ADMINISTRATIVO DEL SISTEMA ESPECIFICO DE CARRERA – Aplicación de pruebas generales previas a la convocatoria. Entidades para la aplicación y evaluación. Excede facultad reglamentaria

Partiendo de la base de que la norma con fuerza de ley (D.790/05), expidió la reglamentación contentiva del Sistema Específico de Carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de la AEROCIVIL , la función del

Ejecutivo no estaba dirigida a repetir ni incluir reglamentaciones diferentes a las adoptadas por el Legislador extraordinario, como evidentemente lo hizo, pues si bien es cierto el artículo 7° del Decreto N° 2900 de 2005, determinó, como en la norma reglamentada, que el proceso de selección o concurso comprendía la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas, la conformación de las listas de elegibles y el período de prueba (art. 17 D. 790/05), también lo es que en su párrafo 1° la norma demandada incluyó una nueva disposición, para atribuirle al Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera la facultad de aplicar, previa convocatoria, unas pruebas generales y en su párrafo 2° señaló las Entidades en las que podía apoyarse para su aplicación y evaluación. Las razones expuestas son suficientes para concluir que el Jefe del Ejecutivo excedió su potestad reglamentaria, al establecer para los aspirantes a ocupar cargos en la AEROCIVIL, la aplicación de pruebas generales a efecto de evaluar sus aptitudes, habilidades o conocimientos, en la medida en que tales pruebas generales no estaban previstas en la norma que reglamenta (Decreto Ley 790 de 2005), razón por la cual es el caso declarar la nulidad de los párrafos 1° y 2° del artículo 7° del Decreto N° 2900 de 2005.

FUENTE FORMAL : DECRETO 790 DE 2005- ARTICULO 17

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2900 DE 2005 – (22 de agosto) GOBIERNO NACIONAL ARTICULO 7 PARAGRAFO 1 (nulo) , DECRETO 2900 DE 2005 – GOBIERNO NACIONAL ARTICULO 7 PARAGRAFO 2 (nulo)

PRUEBA DE CONOCIMIENTOS – Carácter clasificatorio / CURSO CONCURSO – Número máximo de aspirantes

Los argumentos planteados por la accionante ante la Corte Constitucional en la demanda de inexecutable que instauró contra el numeral 23.3 del artículo 23 del Decreto N° 775 de 2005, son similares a los que expuso para solicitar la nulidad del artículo 20 del Decreto N° 2900 de 2005 y en esa medida, por compartirlos y ser aplicables al cargo que se analiza, la Sala acoge y prohija los pronunciamientos de esa Corporación, sentencia de 1 de noviembre de 2005, Magistrado ponente Gerardo Monroy Cabra, tomando en consideración la precisión según la cual, debe entenderse que cuando se realicen pruebas de conocimientos generales o específicas, sus resultados tienen carácter clasificatorio y no solo eliminatorio, razón por la cual deberán tenerse en cuenta al momento de elaborar la lista de elegibles junto con los del curso – concurso, según sea el valor señalado en la convocatoria

NORMA DEMANDADA: DECRETO 775 DE 2005 – (22 de agosto) GOBIERNO NACIONAL- ARTICULO 20 (No nulo)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 40 NUMERAL 7 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125

PROCESO DE SELECCION EN LA AERONAUTICA CIVIL – Puntaje adicional a participantes inscritos en carrera. Principio de libre concurrencia. Principio de igualdad

La Sala observa que el precepto reglamentario que se analiza (art. 21 D. 2900/05) desconoció la normatividad general que rige los procesos de selección en la AEROCIVIL (D. 790/05), específicamente el principio consagrado en el artículo 16 literal b del Decreto 790 de 2005, al otorgar un puntaje adicional a un grupo

concreto de participantes en los concursos, cual es el que se encuentra inscrito en la Carrera Administrativa; dicho porcentaje proveniente de la última calificación que obtuvieron en la evaluación de desempeño del empleo del que son titulares, que a su vez introduce un elemento discriminatorio para los participantes que no pertenecen a la Carrera Administrativa, porque resultan evaluados en condiciones de desigualdad que además de contrariar la norma reglamentada, también contraría el artículo 13 de la Constitución Política.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2900 DE 2005 – (22 de agosto) GOBIERNO NACIONAL- ARTICULO 21 (Nulo)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 40 NUMERAL 7 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 125 / DECRETO 790 DE 2005

PROCESO DE SELECCION EN LA AERONAUTICA – Formas de dirimir empate entre concursantes

Es del resorte del Ejecutivo dirimir los empates que se presenten entre quienes obtuvieron puntajes iguales y en el sub-lite, al contrario de lo que sostiene la demandante, no se está otorgando un privilegio a quien no ha demostrado méritos superiores a sus contendores, porque los concursantes empatados superaron todas las pruebas y obtuvieron el mismo puntaje, con lo cual el empate se dirime a favor de quien se encuentre inscrito en el Registro Público de Carrera y si el empate subsiste se decide por quien hubiese acreditado el porcentaje más alto en la última calificación resultado de la evaluación del desempeño laboral y si aun así subsiste el empate entre empleados de carrera o aspirantes no inscritos en ella se nombrará a quien demuestre haber ejercido el sufragio en las elecciones inmediatamente anteriores, en los términos del artículo 2°, numeral 3°, de la Ley 403 de 1997.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2900 DE 2005 –(22 de agosto) GOBIERNO NACIONAL- ARTICULO 26 (No nulo)

FUENTE FORMAL: LEY 403 DE 1997 – ARTICULO 2 NUMERAL 2 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13

PROCESO DE SELECCION EN LA AERONAUTICA CIVIL – Estudio de seguridad

Mediante el Decreto N° 260 de 2004, se modificó la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, AEROCIVIL, y en su artículo 2° dispuso que ese organismo es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional y le compete regular, administrar, vigilar y controlar el uso del espacio aéreo colombiano por parte de la aviación civil y coordinar las relaciones de esta con la aviación del Estado; desarrollando las políticas, estrategias, planes programas y proyectos sobre la materia, contribuyendo de esta manera “al mantenimiento de la seguridad y soberanía nacional”, en esa medida, resulta imperativo que quienes prestan sus servicios en esa Entidad sean personas de gran confiabilidad, lo cual explica la conveniencia de acudir a los estudios de seguridad referidos y en vista de que la Corte Constitucional se pronunció sobre su exequibilidad, esta Sala acoge y hace suyos los argumentos expuestos por esa Corporación, sentencia C-1173 de 17 de noviembre de 2005, M.P., Manuel José

Cepeda Espinosa, para aplicarlos al artículo 26 del Decreto N° 2900 de 2005, cuya nulidad se demandada en el sub-lite.

FUENTE FORMAL : DECRETO 260 DE 2004

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2900 DE 2005 – (22 de agosto) GOBIERNO NACIONAL- ARTICULO 26 (No nulo)

ASCENSO A CARGO DE CARRERA – Calificación en el nuevo cargo

La actora sostiene que el artículo 39 de Decreto demandado infringe el artículo 13 de la Constitución Política, en cuanto prevé que cuando el empleado cambie de cargo como resultado del ascenso dentro de la carrera, el desempeño laboral en el empleo anterior no será evaluado; agrega que ese precepto deroga, sin tener competencia, las normas superiores que ordenan la calificación del empleado inscrito en la Carrera Administrativa de la Aerocivil para efectos laborales (art. 34 D. 790/05) y limita los derechos a mejoras salariales y la posibilidad de participar en los cursos o beneficios que se otorgan a quienes están vinculados al servicio público y obtenido calificación satisfactoria. En relación con este punto es suficiente señalar que de su contenido no puede inferirse que al ascender a un nuevo cargo de carrera, el funcionario pierda su derecho a ser calificado, pues lo será en el empleo al cual ascendió, con todos los beneficios o consecuencias que apareja una buena o mala calificación de desempeño laboral. En consecuencia, no se evidencia infracción ni modificación alguna de la norma constitucional y reglamentada citada por la demandante.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2900 DE 2005 – (22 de agosto) GOBIERNO NACIONAL- ARTICULO 39 (No nulo)

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 13

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá D.C., dieciséis de abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00220-01(9547-05)

Actor: MERCEDES OLAYA VARGAS

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

DECRETOS DEL GOBIERNO

Cumplido el trámite previsto en los artículos 207 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

Aduciendo ejercer la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad y actuando en nombre propio, la señora Mercedes Olaya Vargas solicita la nulidad de los artículos 2° (parcial), 3° (parcial), 5° (parcial), párrafos 1° y 2° del 7°, 20 (parcial), 21 (parcial), 26 (parcial) y 39 (parcial) del Decreto N° 2900 de 22 de agosto de 2005, “por el cual se reglamenta el Decreto- ley 790 de 2005”.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Como normas violadas citó las que se relacionan seguidamente, en razón de los hechos argumentos y motivaciones que se resumen así:

a) Los apartes demandados de los artículos 2°, 3° y 5° del Decreto N° 2900 de 2005, infringen los artículos 189, numeral 11, de la Constitución Política; 23 del Decreto Ley 790 de 2005 y 24 de la Ley 909 de 2004, en cuanto autorizan la prórroga de los primeros seis (6) meses para los nombramientos en provisionalidad, cuando no se hubiese culminado el concurso en el término previsto en el Decreto Ley 790 de 2005 (art. 2° D.2900/05); hasta la fecha en que se produzca el nombramiento en período de prueba (art. 3° D. 2900/05) y consagra la posibilidad de prórroga del encargo o del nombramiento provisional o transitorio (art. 5° D.2900/05), vulnerando así la norma constitucional precitada, en razón de que el Presidente de la República excedió su potestad reglamentaria, porque el Decreto N° Ley 790 de 2005, establece en su artículo 23: “El término de duración de estas provisiones no podrá ser superior a seis (6) meses”; la expresión “no podrá” es mandato de imperativo cumplimiento y como el Decreto reglamentario excede la norma que reglamenta contraría el ordenamiento jurídico.

Las normas demandadas también vulneran el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, en cuanto expresamente indica que “El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses”.

b) Los párrafos 1° y 2° del artículo 7° del Decreto N° 2900 de 2005, vulneran la potestad reglamentaria del artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política;

los textos de la Ley 909 de 2004 y el Decreto N° 790 de 2005, en razón de que establecen pruebas generales como sistema previo al proceso de convocatoria y antecedente del concurso de méritos; ese novedoso y extraño sistema de filtro previo al concurso público y abierto de méritos, no lo contempló el Legislador ordinario en la Ley 909 de 2004, ni el Legislador extraordinario en el Decreto N° 790 de 2005, lo cual constituye un exceso del poder de reglamentación del Presidente de la República.

No se puede reglamentar un sistema de concurso que no está expresamente consagrado en la ley; el Decreto demandado crea uno que es potestativo del Congreso de la República y en el que el Ejecutivo se abrogó una facultad que no le corresponde.

c) Los apartes del párrafo del artículo 20 del Decreto N° 2900 de 2005 vulneran los artículos 13, 40, numeral 7° y 125 de la Constitución Política.

El artículo 20 infringe los artículos precitados y el Preámbulo de la Constitución Política, en cuanto establece la modalidad de concurso-curso y curso-concurso y en su párrafo indica el número máximo de cupos de participantes.

El contenido de la norma demandada indica que la evaluación satisfactoria de méritos de la primera fase, que es requisito previo para el curso, por lo general el examen escrito, calificación de antecedentes y entrevista, desaparece, pues los resultados definitivos se determinan por las evaluaciones del curso; así entonces, una primera evaluación de méritos se hace para el ingreso al curso, o bien primero se eliminan pasan al curso y después a otra eliminación, esto es que una vez en el curso se hacen otras evaluaciones que serán las que finalmente determinen el lugar en la lista de elegibles, de conformidad con los puntajes del curso y en estricto orden descendente; los valores de la primera fase o de la prueba general al parecer se anulan o infirman, toda vez que desaparecen una vez se inicia el curso.

La anulación de la primera fase, puesto que al curso entran en igualdad de condiciones, esto es con cero (0) valor de puntuación, vulnera el valor de la justicia, contenido en el Preámbulo de la Constitución Política, habida cuenta que quien demostró mayor mérito en la primera evaluación estará posteriormente en igual puesto de ubicación con quien ingresó al último lugar; una forma de

compensar tal situación es establecer que los puntajes, tanto del examen inicial como del curso se promedian de tal forma que el esfuerzo o mérito no se pierdan.

El límite de admitidos en la fase del curso (pár. art. 20 D.2900/05) constituye un acto discriminatorio, en la medida en que desconoce el mérito de quienes participaron y obtuvieron una calificación de aprobación, pero que luego se encuentran que ésta es aparente, porque a pesar de ello no tendrán acceso al curso; esa limitación afecta el mérito de los concursantes que demostraron su capacidad en el examen inicial en las diferentes pruebas y comporta una decisión de exclusión (art. 13 C.N.); vulnera además la posibilidad de ocupar cargos públicos (art. 40-7 y 125 C.N.), porque se anulan sus posibilidades para ingresar al curso donde se presentarán otras evaluaciones.

d) El apartado del artículo 21 del Decreto N° 2900 de 2005 infringe el Preámbulo y los artículos 13, 40, numeral 7° y 125 de la Constitución Política, porque autoriza además tener en cuenta la última calificación, resultado de la evaluación en el desempeño de los empleos de los cuales sean titulares los funcionarios inscritos en el Registro Público de Carrera.

En sentencia C-733 de 14 de julio de 2005, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de factores como experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia de funcionarios en provisionalidad en concursos públicos y abiertos, por infringir el principio de igualdad.

La norma demandada establece un privilegio por discriminación, en perjuicio de los concursantes que están por fuera del servicio, con lo cual se vulneran los principios de igualdad y de oportunidad de acceso al ejercicio y control del poder político (arts. 40-7 y 125 C.N.).

La norma impugnada establece una evaluación adicional y favorable a los intereses de un reducido grupo de concursantes que son los inscritos previamente en Carrera Administrativa, quienes obtienen un puntaje adicional del cual carecen quienes no ostentan dicha calidad (ex servidores, en provisionalidad, de libre nombramiento y remoción y ajenos al servicio), lo cual configura una vulneración del principio de la justicia (Preámbulo de la Constitución Política), establece una discriminación (art. 13 C.N.), limita la posibilidad de participación de los particulares en el ejercicio y control del poder político (arts. 40-7) y el acceso al servicio público (art. 125 C.N.).

e) El inciso final del artículo 26 del Decreto N° 2900 de 2005, vulnera los artículos 1°, 29 y 83 de la Constitución Política.

Cuando la norma demandada prevé que en caso de empate se dirime a favor de quien se encuentre inscrito en el Registro Público de Carrera, otorga un privilegio a quien no ha demostrado méritos superiores a sus contendores, violándose el principio de igualdad de oportunidades (art. 13 C.N.): en una segunda hipótesis, la norma demandada prevé como mecanismo subsidiario del anterior, que se tendrá en cuenta el puntaje más alto en la última calificación resultado de la evaluación de desempeño laboral, afectando a quien no se le realiza dicha calificación (funcionarios en provisionalidad, encargo, de libre nombramiento y remoción), con lo cual también se conceden privilegios a favor de quienes se encuentran inscritos en la Carrera Administrativa.

En su parte final el artículo 26 se refiere al estudio de seguridad, en relación con el cual sostiene el libelista no debe realizarse, en virtud de los principios de presunción de inocencia (art. 29 C.N.) y de la buena fe (art. 83 C.N.), porque si ese estudio tiene como finalidad establecer la pertenencia de un concursante en grupos al margen de la ley, el Estado debe iniciar en forma inmediata la investigación penal respectiva, en la cual se garanticen el debido proceso y el derecho de defensa (art. 29 C.N.); de otra parte, un estudio de tal naturaleza sin orden judicial previa, vulnera el derecho a la intimidad personal (art. 15 C.N.) y si no se obtiene orden judicial las pruebas recaudadas serán nulas y tampoco podrían hacerse valer para fundamentar una resolución de exclusión del concursante.

Las consecuencias del estudio de seguridad consagradas en la norma citada (no efectuar nombramiento, eliminación de la lista de elegibles, o declaratoria de insubsistencia) por razones reservadas, infringen el principio de la dignidad humana (art. 1° C.N.), el derecho de defensa y el debido proceso (art. 29 C.N.), la posibilidad de acceder a cargos públicos como ejercicio de derechos políticos (art-40-7 C.N.) e infringe el artículo 125 de la Carta Política, porque el concurso público se torna privado y reservado.

f) El artículo 39 del Decreto demandado infringe el artículo 13 de la Constitución Política, en cuanto prevé que cuando el empleado cambie de cargo como resultado del ascenso dentro de la carrera, el desempeño laboral en el empleo anterior no será evaluado. Dicho precepto deroga, sin tener competencia,

las normas superiores que ordenan la calificación del empleado inscrito en la Carrera Administrativa de la AEROCIVIL para efectos laborales (art. 34 D. 790/05) y limita los derechos a mejoras salariales y la posibilidad de participar en los cursos o beneficios que se otorgan a quienes están vinculados al servicio público y obtenido calificación satisfactoria.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL (fls. 19 y 20)

La accionante solicitó la suspensión provisional del aparte demandado del artículo 21 del Decreto N° 2900 de 2005, argumentando que debido a la declaratoria de inexecutable del artículo 56 de la Ley 909 de 2004 (Sentencia C-733, 24 de julio/05), por considerar que concedía un privilegio a los empleados provisionales que se presentaran a concurso, consistente en que además de los factores comunes que se evaluaban a todos los participantes, se les tomaba en cuenta la evaluación de antecedentes, la antigüedad y eficiencia en el desempeño del cargo; que iguales factores de desigualdad por exceso de privilegios se presentan en la norma cuya suspensión provisional solicita, pues el concursante inscrito previamente en Carrera Administrativa, tendrá una valoración adicional de la última calificación resultado de la evaluación en el desempeño del empleo del cual es titular, de la cual carecen quienes no están vinculados a la Carrera Administrativa, con lo cual se infringen los artículos 13 y 40-7 de la Constitución Política.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Por auto de 08 de Marzo de 2007 se admitió la demanda; se ordenó notificarla personalmente al Agente del Ministerio Público y al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública; negó la medida precautoria, por no poder confrontar el artículo 21 del Decreto N° 2900 de 2005, con el contenido de un fallo proferido por la Corte Constitucional, al decidir una acción de inconstitucionalidad, pues dicho estudio solo se refiere a la norma demandada y su alcance no se puede extender a otra diferente y porque al confrontar el citado artículo 21 con las normas citadas como violadas (arts. 13 y 40-7 C.N.) no se observa de bulto la vulneración de los derechos fundamentales (fls. 23- 30).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 37-50)

El apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública solicitó denegar las súplicas de la demanda en los términos que se resumen así:

En relación con los artículos 2º, 3º y 5º del Decreto N° 2900 de 2005 citó y transcribió parcialmente las sentencias dictadas por esta Corporación el 18 de Noviembre de 1999, con ponencia del doctor Ricardo Hoyos Duque, Rad. 10.158; de 26 de octubre de 1999 Rad. IJ 007 procesos Nos 1944 y 2048, con ponencia del doctor Reinaldo Chavarro Buriticá y de 18 de marzo de 1999 Rad. No 5156, con ponencia del doctor Juan Alberto Polo.

Las sentencias citadas hacen mención a la potestad reglamentaria del Presidente de la República; indican que la facultad de reglamentar las leyes es propia del Gobierno y por lo tanto no debe ser limitada por la ley; tanto será la materia reglamentable cuanto determine la necesidad de dar cumplimiento a la ley y además esa facultad puede ejercerse en cualquier tiempo.

El Presidente de la República goza de plena competencia constitucional para expedir, en ejercicio de su potestad reglamentaria, las disposiciones consagradas en los artículos 2º, 3º y 4º del Decreto N° 2900 de 2005, máxime si el artículo 25 de la Ley 909 de 2006 y el inciso segundo del artículo 23 del Decreto N° 790 de 2005 prevén la posibilidad de que los nombramientos provisionales excedan en el tiempo seis (6) meses.

En relación con los párrafos 1º y 2º del artículo 7º del Decreto N° 2900 de 2005, se debe tener en cuenta el inciso 4 del artículo 24 de la Ley 443 de 1998, vigente al tenor de lo previsto en el artículo 58 de la Ley 909 de 2004 que contempla la realización de pruebas básicas generales de la preselección de carácter obligatorio que, como los requisitos mínimos de los empleos, constituyen factores indispensables que deben estar presentes en todos los aspirantes a ingresar a cargos de carrera; esa fase de preselección hace parte de los procesos encaminados a evaluar los factores complementarios, requeridos para cada empleo de acuerdo con su perfil y especificidad.

Lo anterior permite evidenciar que el Presidente de la República no excedió sus competencias constitucionales al expedir las normas demandadas, en cuanto se encuentra plenamente habilitado para reglamentar un tema que fue regulado

expresamente por el Legislador a través del inciso 4º del artículo 24 de la Ley 443 de 1998.

En cuanto al artículo 20 del Decreto N° 2900 de 2005, en sentencia C-1122 de 2005, con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto N° 775 de 2005, en la cual fueron analizados y desvirtuados los mismos cargos que se plantean en el sub-lite, lo cual permite evidenciar que, contrario a lo estimado por la parte actora, los incisos 2º y 3º del artículo 20 y el párrafo del mismo artículo, se ajustan a la Constitución Política y encuentran un claro fundamento legal en el artículo 21 del Decreto N° 790 de 2005, razón por la cual los cargos formulados en la demanda por la presunta vulneración del Preámbulo y de los artículos 13, 40-7 y 125 Superior resultan jurídicamente infundados.

En cuanto se refiere al artículo 21 del Decreto demandado, consideró que reconoce un hecho diferenciador, cual es que el funcionario de carrera pertenece al sistema y los demás aspirantes no, es decir privilegia racionalmente el mérito y la capacidad demostrada por los empleados de carrera, pues la Administración debe seleccionar al personal más capacitado; en consecuencia no comparte las apreciaciones de la actora, porque confunde el proceso de selección para aspirantes a cargos públicos, con el proceso de ascenso para quien presupone una vinculación con la Administración; de la misma manera, los cargos de la demanda desconocen el carácter diferencial y especializado de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en razón del servicio singular que presta, orientado a garantizar la seguridad aérea, lo cual demanda la acreditación de requisitos especiales de formación y experiencia que solo se obtienen en el centro de estudios de la entidad y en desarrollo propio de las tareas en las áreas misionales en donde prestan los servicios.

La ley está facultada para señalar las condiciones necesarias para ingresar y ascender en los cargos de carrera, otorgando unos beneficios especiales en una de las pruebas a quienes se encuentran escafonados en ella, como único mecanismo para desarrollar el ascenso dentro de la misma, por tanto factores de diferenciación como el previsto en el artículo 21 citado se avienen al criterio del mérito y su consecuencia es la no violación del principio de igualdad de oportunidades y no existe discriminación alguna.

En cuanto hace al artículo 26 del Decreto N° 2900 de 2005 y respecto de los criterios de diferenciación en caso de empate, reiteró los argumentos expuestos contra el artículo 20 y en cuanto al estudio de seguridad señaló que mediante sentencia C-1173/05, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 20 del Decreto N° 790 de 2005 que constituye el precedente legal del artículo 26 del Decreto N° 2900 de 2005, en el entendido que el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes ha de fundarse en razones neutrales, derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes para mostrar que se pondría en peligro la seguridad de las personas que laboran en la AEROCIVIL.

No se vulnera el debido proceso, porque la posibilidad de ser sometido al estudio de inteligencia es una eventualidad conocida y aceptada con anterioridad por el funcionario que se somete al proceso de selección y porque, según la jurisprudencia constitucional, la reserva del estudio de inteligencia solo es oponible a terceros y no al funcionario afectado, que podrá conocerlo y refutarlo.

De lo dicho concluyó que el estudio de seguridad previsto en el artículo 26 del Decreto N° 2900 de 2005, resulta ajustado a la Constitución Política y además desarrolla el artículo 20 del Decreto N° 790 de 2005, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1173 de 2005.

En cuanto al artículo 39 del Decreto N° 2900 de 2005, consideró que la actora formuló el cargo a partir de una lectura errada de la disposición, pues de su contenido no puede seguirse que el empleado ascendido pierda los beneficios derivados de la carrera o no vaya a ser objeto de una evaluación de desempeño, pues lo que busca la norma es garantizar que el empleado sea evaluado en el cargo al cual ascendió a través del concurso público de méritos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (fls. 56 y 57)

La apoderada del Departamento Administrativo de la Función Pública reiteró los argumentos que expuso en la contestación de la demanda y la parte actora guardó silencio.

EL CONCEPTO FISCAL (fls. 58 a 74)

La Procuraduría Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicita declarar 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 21 del Decreto N° 2900 de 2005 y de las expresiones demandadas contenidas en los artículos 2°, 3° y 5° ibídem. Fundamenta su concepto como se resume seguidamente.

El Decreto objeto de la controversia fue expedido por el Presidente de la República en uso de las atribuciones conferidas por el numeral 11 del artículo 181 de la Constitución Política, para reglamentar el Decreto ley 790 de 2005, dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 53 de la ley 909 de 2004.

Los artículos 2°, 3° y 5° del Decreto N° 2900 de 2005, conculcan el artículo 23 de la norma que reglamenta, pues ésta señala, sin excepción, que las provisionalidades no podrán ser superiores a seis (6) meses y por tal razón debe declararse la nulidad de esa norma.

En cuanto a los párrafos 1° y 2° del artículo 7° ibídem, considera que el Presidente de la República tenía competencia para establecer que a los aspirantes a los cargos de la AEROCIVIL, se les aplicaran pruebas generales de acuerdo al perfil de cargo, pues el curso-concurso, concurso-curso, análisis de antecedentes, entrevista, constituyen todos los pasos que debe surtir el participante para ser nombrado en período de prueba.

Respecto del artículo 20 del Decreto demandado, señaló que le asiste razón al apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública, cuando sostiene que los racionios de la Corte Constitucional en la sentencia C-1122 de 2005, respecto del numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto N° 775 de 2005, son aplicables al sub-lite, en cuanto declaró la exequibilidad condicionada a que se entendiera que si se llevó a cabo prueba de conocimientos generales o específicos, los resultados de esta no podían tener un carácter eliminatorio, debiendo reconocerles un carácter clasificatorio, así al elaborar la lista de elegibles, tales resultados serían computados con los del curso-concurso, conforme a algún porcentaje preestablecido en la convocatoria, pues al contrario de lo interpretado por la actora, para acceder al curso-concurso o concurso-curso es necesario aprobar la prueba de conocimiento.

Respecto del párrafo 2° del artículo 20 demandado consideró necesario aclarar la tesis de la Corte Constitucional, según la cual, la limitación del número máximo de aspirantes al doble de los cargos vacantes que se van a proveer, no resulta contraria a

la Constitución Política, porque los que pasan a la segunda fase (curso-concurso), a pesar de ser dos (2) por vacante, son aquellos participantes que lograron demostrar tener mayor mérito.

Debe declararse la nulidad del artículo 21 del Decreto N° 2900 de 2005, toda vez que tal norma dispone que a los funcionarios inscritos en el registro de carrera y que se presenten a concurso en la AEROCIVIL, se les tendrá en cuenta la última calificación de la evaluación de desempeño del empleo del cual es titular; es decir que frente a un particular, o a un funcionario nombrado en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, tendrían mayor ventaja, pues la evaluación se les calificaría siendo que este instrumento tiene por objeto asegurar la permanencia en la carrera, una vez se ha surtido el proceso de selección correspondiente y se aprueba el período de prueba. En apoyo de esta conclusión cita las sentencias de la Corte Constitucional T-384 de 2005, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil; T-514 de 2001, M. Ponente Dr. Gerardo Monroy Cabra; T-104 de 2001, con ponencia del Dr. Fabio Morón Díaz y SU-613 de 2002; en dichas sentencias se precisó que el proceso de selección debe realizarse con base en parámetros objetivos que sirvan para evaluar, en condiciones de igualdad, méritos y calidades de los aspirantes.

En lo que hace referencia al inciso 3° del artículo 26 del Decreto demandado, manifiesta que no es el caso declarar la nulidad solicitada, porque el Ejecutivo es competente para establecer en caso de empate quien se queda con el cargo a proveer.

En lo que tiene que ver con el estudio de seguridad, la AEROCIVIL es la entidad encargada de regular y vigilar el espacio aéreo nacional y por tanto es conveniente y adecuada la exigencia de dicho estudio; apoya la conclusión en la sentencia C-1173 de 2005.

Frente a los reparos del artículo 39 del Decreto impugnado, manifestó que esa norma se ajusta al ordenamiento jurídico, porque en el evento de un ascenso, es en el nuevo cargo es donde debe hacerse la evaluación de desempeño, pues no tendría sentido realizarla en el cargo anterior.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si las normas demandadas, artículos 2° (parcial), 3° (parcial), 5° (parcial), párrafos 1° y 2° del 7°, 20 (parcial), 21 (parcial), 26 (parcial) y 39 (parcial) del Decreto N° 2900 de 22 de agosto de 2005, “por el cual se reglamenta el Decreto- ley 790 de 2005”, infringieron las normas constitucionales y legales citadas en la demanda, por exceder el contenido de la norma reglamentada, mediante la cual se estableció el Sistema Específico de Carrera Administrativa en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil AEROCIVIL.

EL ACTO DEMANDADO

Corresponde a las normas que seguidamente se subrayan:

**“DECRETO N° 2900 DE 2005
(agosto 22)**

“por el cual se reglamenta el Decreto-ley 790 de 2005.

“El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y en especial de las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política,

DECRETA:

TITULO I

VINCULACION A LOS EMPLEOS DE CARRERA

CAPITULO I

Provisión de los empleos

“...

“**Artículo 2º.** Mientras se surte el proceso de selección, y una vez convocado este, los respectivos empleos podrán ser provistos mediante encargo efectuado a empleados de carrera o mediante nombramiento provisional o transitorio, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 del Decreto-ley 790 de 2005.

“El término de duración del encargo o del nombramiento provisional o transitorio no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización previa del Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera, cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el

cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

“**Artículo 3º.** El Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera podrá autorizar encargos y nombramientos provisionales o transitorios, sin previa convocatoria a concurso, cuando por razones de estricta necesidad para evitar la afectación en la prestación del servicio así lo solicite, por escrito y en forma motivada, el Director General de la Entidad. En estos casos, el concurso deberá ser convocado dentro de los seis (6) meses siguientes y el término de duración del encargo o del nombramiento provisional o transitorio se extenderá hasta la fecha en que se produzca el nombramiento en período de prueba.

“...

“**Artículo 5º.** Antes de vencerse el término de duración del encargo o del nombramiento provisional o transitorio y el de sus prórrogas el nominador podrá darlos por terminados, mediante resolución motivada.

“...

“**Artículo 7º.** El proceso de selección o concurso comprende la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas, la conformación de las listas de elegibles y el período de prueba.

“Parágrafo 1º. El Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera podrá aplicar, previa convocatoria, pruebas generales que evalúen aptitudes, habilidades o conocimientos que se hayan determinado como básicos para el desempeño de un grupo de empleos del mismo nivel jerárquico o cuadro funcional. El resultado de dichas pruebas en el puntaje determinado como aprobatorio será requisito indispensable para participar en los concursos que se realicen para aquellos empleos, en cuyas convocatorias se establecerá el valor porcentual de esta prueba en relación con la totalidad del concurso. Los resultados de las pruebas generales tendrán vigencia de seis (6) meses.

“Parágrafo 2º. Para la aplicación y evaluación de las pruebas generales, el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera podrá apoyarse en las entidades a las cuales se refiere el artículo 6º de este decreto y en su realización deberán observarse, en lo pertinente, las normas que regulan el proceso de selección previstas en el presente decreto.

“...

“**Artículo 20.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del Decreto-ley 790 de 2005, en los procesos de selección podrán utilizarse las modalidades de Concurso Curso y Curso-Concurso.

“Concurso-Curso: En el cual los aspirantes admitidos al concurso serán evaluados a través de pruebas de carácter eliminatorio, con el objeto de seleccionar a quienes deban participar en un curso. La convocatoria determinará el peso que tendrán las pruebas y la evaluación final del curso para la conformación de la lista de elegibles.

“Curso-Concurso: En el cual los aspirantes admitidos al proceso de selección deberán realizar el curso previsto en la convocatoria y con

quienes lo superen, por obtener los puntajes aprobatorios exigidos, se conformará la lista de elegibles.

“Parágrafo. El Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera determinará los parámetros y los criterios para la realización de estas modalidades de concurso, al igual que el número máximo de cupos para cada curso, el cual en todo caso no podrá ser inferior al doble del total de las vacantes a proveer. Esta información deberá ser consignada en la convocatoria.

“Artículo 21. El Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera 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.

“ ...

“Artículo 26. 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 entidad que lo realizó elaborará el proyecto de lista de elegibles para la firma del Presidente del Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera.

“La lista deberá ser divulgada a través de las páginas web de la Aerocivil y de la entidad que realizó el concurso.

“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 inscrita en el Registro Público de Carrera; de existir empate entre empleados de carrera, se nombrará a quien acredite el puntaje más alto en la última calificación resultado de la evaluación del desempeño laboral; si continúa el empate entre empleados de carrera o entre aspirantes no inscritos en la carrera, dicha situación se solucionará nombrando a quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones inmediatamente anteriores, en los términos señalados en el artículo 2° numeral 3 de la Ley 403 de 1997.

“Previa la expedición del acto administrativo del nombramiento en período de prueba se efectuará al seleccionado el estudio de seguridad de que trata el artículo 20 del Decreto-ley 790 de 2005, salvo los casos en los cuales el nombramiento deba recaer en empleado inscrito en el Registro Público del Sistema Específico de Carrera de la Aerocivil.

“ ...

“Artículo 39. Cuando el empleado cambie de cargo como resultado de ascenso dentro de la carrera, el desempeño laboral en el empleo anterior no será evaluado” (subrayas y negrillas fuera del texto).

ANALISIS DE LA SALA

PRIMER CARGO

Infracción de los artículos 189, numeral 11, de la Constitución Política; 23 del Decreto Ley 790 de 2005 y 24 de la Ley 909 de 2004, por los apartes demandados de los artículos 2°, 3° y 5° del Decreto N° 2900 de 2005.

Fundamenta las infracciones señaladas en que las normas precitadas autorizan la prórroga de los primeros seis (6) meses para efectos del nombramiento en provisionalidad, cuando no hubiese culminado el concurso en el término previsto en el Decreto Ley 790 de 2005 (art. 2° D.2900/05), hasta la fecha en que se produzca el nombramiento en período de prueba (art. 3° D. 2900/05) y contempla la posibilidad de prorrogar el encargo o el nombramiento provisional o transitorio (art. 5° D.2900/05) y en contra de tales disposiciones, los artículos 23 del Decreto Ley 790 de 2005 y 24 de la Ley 909 de 2004, establecen que el término de duración de provisionales no podrá ser superior a seis (6) meses, en razón de que el Presidente de la República excedió su potestad reglamentaria.

El artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, con fundamento en el cual se dictó el Decreto N° 2900 de 2005, que contiene las disposiciones demandadas en el sub-lite, consagra la potestad reglamentaria, que se define como la facultad de la cual está investido el Jefe del Ejecutivo para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; así entonces, al ejercer la competencia referida el Ejecutivo no puede limitarse a reproducir los mismos textos legales, sino a trazar los derroteros necesarios a efecto de que la Administración y sus distintos órganos cumplan los mandatos del Legislador; el ejercicio de la facultad referida no es ilimitado, en la medida en que el Jefe del Ejecutivo debe sujetarse a las previsiones de la Constitución Política y al contenido de la ley que reglamenta, vale decir, la norma reglamentaria no puede exceder la que reglamenta en orden a extender, restringir o modificar sus términos y alcances y sobre esta base se analizarán las normas impugnadas, tomando en cuenta que, como quedó señalado, el Decreto que las contiene fue expedido en uso de las facultades consagradas en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, para reglamentar el Decreto N° 790 de 2005, no sin antes reseñar lo que en relación con la potestad reglamentaria ha expresado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La potestad reglamentaria es “... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real”. Tal facultad se concreta en la

expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley.

“ ...

“Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. **Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación.** Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo.

“ ...

“Tal como se ha establecido en esta providencia, las competencias de regulación previstas en las disposiciones objetadas hacen parte de la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República. **Tal potestad, como atribución constitucional del Presidente de la República, puede ejercerse por éste en cualquier tiempo, sin que sea posible que por ley se introduzca en esta materia limitación temporal alguna.** Ello no quiere decir, sin embargo, que el legislador no pueda, para lograr la efectividad de una ley, disponer que el Gobierno deba reglamentarla dentro de un tiempo determinado. Tal mandato del legislador no impide que el Presidente expida la reglamentación antes del término previsto, ni lo inhabilita para el ejercicio de la potestad reglamentaria vencido ese plazo. Tampoco implica que expedida una reglamentación dentro del plazo fijado por el legislador el Presidente pierda competencia para expedir nuevos reglamentos o para modificar, adicionar o derogar sus propios reglamentos. La única consecuencia normativa del término establecido por el legislador es la de imponerle al Presidente de la República el deber de reglamentar la ley dentro de dicho plazo¹.

Por su parte y en relación con el mismo tema la Sección Segunda señaló:

“ ...

“Al margen de lo anterior, debe decirse que la potestad reglamentaria es instrumental. Su ejercicio tiene como finalidad agregar los procedimientos, órdenes o circunstancias que permitan la cumplida ejecución de las leyes, con el fin de dar vida práctica a la ley, pero si ésta en sí misma contiene todos los pormenores necesarios para su ejecución, no nace para el ejecutivo el imperativo del reglamento. Por lo anterior, no siempre la falta de reglamentación impide el desarrollo o práctica de un mandato legal² (Subrayas y negrillas fuera del texto).

¹ Sentencia C-805/01 de 1° de agosto de 2001, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

² Sección Segunda. Sentencia de 14 de mayo de 2009. Consejero Ponente: Luís Rafael Vergara Quintero. Radicación número: 11001-03-25-000-2006-00090-00(1478-06). Actor: Jorge Mario Benítez Pinedo y otro.

En relación con la provisión temporal de los empleos, el artículo 2° del Decreto N° 2900 de 2005 prevé que mientras se surte el proceso de selección y una vez convocado éste, los respectivos empleos podrán ser provistos mediante **encargo** efectuado a empleados de carrera **o mediante nombramiento provisional o transitorio**, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 del Decreto-ley 790 de 2005, norma que, en relación el mismo aspecto (provisión temporal de empleos), establece que los empleados públicos de carrera tendrán derecho a ser **encargados** de tales empleos, siempre y cuando acrediten los requisitos y el perfil exigido para su ejercicio, no hayan sido sancionados disciplinariamente en el último año y su evaluación del desempeño hubiere sido satisfactoria y que solo **en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento transitorio** y el artículo 24 de la Ley 909 de 2004 dispone que mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de Carrera Administrativa y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser **encargados** de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente y aclara que el término de esa situación no podrá ser superior a seis (6) meses y aclara que el término de esa situación no podrá ser superior a seis (6) meses.

En cuanto a las designaciones por encargo o en provisionalidad, mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de Carrera Administrativa y una vez convocado el respectivo concurso, la primera de las normas demandadas (art. 2° D. 2900/05) y las que se estiman infringidas (arts. 24 L.909/04 y 23 D. 709/05), no se contrarían sino que sus contenidos se avienen entre sí.

No ocurre lo mismo con el término de duración de la provisión temporal de empleos, pues los artículos 23 del Decreto 790 de 2005 y 24 de la Ley 909 de 2004 lo fijan en seis (6) meses y aun cuando el artículo 2° del Decreto N° 2900 de 2005 establece el mismo plazo, también incluyó una salvedad consistente en otorgarle facultad al Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera, cuando el concurso no hubiese culminado en el término previsto, para extenderlo hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.

Otra extensión del término de seis (6) meses en la duración del encargo o del nombramiento provisional o transitorio, se señaló en el artículo 3° del Decreto N° 2900 de 2005, cuando el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera autorice tales designaciones, sin previa convocatoria a concurso, por razones de necesidad para evitar la afectación en la prestación del servicio; si bien es cierto esa atribución es del Consejo mencionado, en virtud de lo establecido en el artículo 8°, literal i) del Decreto 790 de 2005, de su contenido no se infiere que lo faculte para extender los términos de duración, cuando prevé que corresponde a ese Ente: “Autorizar, por razones de estricta necesidad para evitar afectación en la prestación del servicio, la provisión de empleos de carrera mediante encargo o nombramiento provisional, sin previa convocatoria a concurso, por solicitud debidamente motivada del Director General”.

Por otra parte, el artículo 5° del Decreto N° 2900 de 2005 vuelve a referirse a las prórrogas de los nombramientos por encargo o provisionalidad, para prever que antes de vencerse el término de su duración, el nominador podrá darlos por terminados, mediante resolución motivada.

Cuando en los apartes demandados el Ejecutivo consagró un término de duración superior a seis (6) meses para la provisión temporal de empleos, excedió su potestad reglamentaria, en cuanto incluyó una disposición nueva no consignada en la normatividad que reglamenta, pues, como quedó demostrado, tanto en ésta, Decreto N° 790 de 2005, específicamente en su artículo 23, como en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, el término fijado para tales designaciones es de seis (6) meses.

Se concluye entonces que, en razón de que el Gobierno excedió su potestad reglamentaria al establecer un término adicional para la provisión temporal de empleos, el cual no está previsto en la norma que reglamenta, Decreto Ley 790 de 2005, es el caso declarar la nulidad de los apartes demandados, contenidos en los artículos 2°, 3° y 5° del Decreto N° 2900 de 2005.

SEGUNDO CARGO

Infracción de los artículos 189, numeral 11, de la Constitución Política; de los textos de la Ley 909 de 2004 y el Decreto N° 790 de 2005, por parte de los párrafos 1° y 2° del artículo 7°, del Decreto N° 2900 de 2005.

Las infracciones aludidas se fundamentan en que los textos demandados establecen pruebas generales como sistema previo al proceso de convocatoria y antecedente del concurso de méritos; que ese filtro previo al concurso público y abierto de méritos, no lo contempló el Legislador ordinario en la Ley 909 de 2004, ni el Legislador extraordinario en el Decreto N° 790 de 2005, lo cual constituye un exceso del poder de reglamentación del Presidente de la República; agrega que no se puede reglamentar un sistema de concurso que no está expresamente consagrado en la ley y que el Decreto demandado crea uno que es potestativo del Congreso de la República y el Ejecutivo se abrogó una facultad de la que carece.

Mediante el artículo 53, numeral 4°, de la Ley 909 de 2004, el Congreso de la República otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir normas con fuerza de ley que contuvieran, entre otros aspectos, el relacionado con el sistema específico de carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de las Superintendencias de la Administración Pública Nacional y de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

En ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral 4° del artículo 53 de la Ley 909 de 2004, el Presidente de la República dictó el Decreto N° 790 de 17 marzo 2005, “Por el cual se establece el sistema específico de carrera administrativa en la unidad administrativa especial de aeronáutica civil, aerocivil”.

El Decreto N° 2900 de 2005 se expidió para reglamentar el Decreto N° 790 del mismo año, frente al cual no puede perderse de vista que estableció un sistema específico de carrera, cuya justificación se encuentra en la particularidad de las funciones desarrolladas por la AEROCIVIL, que si bien exigen la estructura de mecanismos especiales en cuanto se refiere al ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal, también deben sujetarse a los principios constitucionales que orientan el régimen general de carrera y a la norma reglamentada.

Partiendo de la base de que la norma con fuerza de ley (D.790/05), expidió la reglamentación contentiva del Sistema Específico de Carrera para el ingreso, permanencia, ascenso y retiro del personal de la AEROCIVIL, la función del Ejecutivo no estaba dirigida a repetir ni incluir reglamentaciones diferentes a las adoptadas por el Legislador extraordinario, como evidentemente lo hizo, pues si bien es cierto el artículo 7° del Decreto N° 2900 de 2005, determinó, como en la norma reglamentada, que el proceso de selección o concurso comprendía la convocatoria, el reclutamiento, la aplicación de pruebas, la conformación de las listas de elegibles y el período de prueba (art. 17 D. 790/05), también lo es que en su párrafo 1° la norma demandada incluyó una nueva disposición, para atribuirle al Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera la facultad de aplicar, previa convocatoria, unas pruebas generales y en su párrafo 2° señaló las Entidades en las que podía apoyarse para su aplicación y evaluación.

Las razones expuestas son suficientes para concluir que el Jefe del Ejecutivo excedió su potestad reglamentaria, al establecer para los aspirantes a ocupar cargos en la AEROCIVIL, la aplicación de pruebas generales a efecto de evaluar sus aptitudes, habilidades o conocimientos, en la medida en que tales pruebas generales no estaban previstas en la norma que reglamenta (Decreto Ley 790 de 2005), razón por la cual es el caso declarar la nulidad de los párrafos 1° y 2° del artículo 7° del Decreto N° 2900 de 2005.

TERCER CARGO

Infracción de los artículos 13, 40, numeral 7° y 125 de la Constitución Política, por los apartes demandados y el párrafo del artículo 20 del Decreto N° 2900 de 2005.

La demandante considera que el artículo 20 impugnado, infringe las normas constitucionales citadas y el Preámbulo de la misma normatividad, en cuanto establece la modalidad de concurso-curso y curso-concurso e indica el número máximo de cupos de participantes.

Considera además que el límite de admitidos en la fase del curso (pár. art. 20 D.2900/05) constituye un acto discriminatorio, en la medida en que desconoce el mérito de quienes participaron y obtuvieron una calificación de aprobación, pero que luego se encuentran que ésta es aparente, porque a pesar de ello no tendrán

acceso al curso; esa limitación afecta el mérito de los concursante que demostraron su capacidad en el examen inicial en las diferentes pruebas y comporta una decisión de exclusión (art. 13 C.N.); vulnera además la posibilidad de ocupar cargos públicos (art. 40-7 y 125 C.N.), porque se anulan sus posibilidades para ingresar al curso donde se presentarán otras evaluaciones.

En relación con este cargo, la actora indicó que, norma similar, contenida en el artículo 23, numeral 23.2 del Decreto N° 775 de 2005, también fue demandada ante la Corte Constitucional.

En sentir de la accionante, las infracciones señaladas se originan porque la evaluación satisfactoria de méritos de la primera fase, que es requisito previo para el curso, por lo general el examen escrito, calificación de antecedentes y entrevista, desaparece, pues los resultados definitivos se determinan por las evaluaciones del curso.

Afirma que la anulación de la primera fase, puesto que al curso entran en igualdad de condiciones, esto es con cero (0) valor de puntuación, vulnera el valor de la justicia, contenido en el Preámbulo de la Constitución Política, habida cuenta que quien demostró mayor mérito en la primera evaluación estará posteriormente en igual puesto de ubicación con quien ingresó al último lugar.

Tal como señala el apoderado del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Corte Constitucional declaró condicionalmente exequible el artículo 23, numeral 23.2 del Decreto N° 775 de 2005, citado por la demandante, exponiendo al efecto los siguientes argumentos:

“...

“2.1 En un primer cargo, se afirma que cuando el numeral acusado define en qué consiste la prueba de selección de personal llamada “curso–concurso”, indicando al respecto que es “la realización de un curso al cual ingresan los aspirantes que hayan superado las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria”, desconoce el valor de la justicia a que alude el Preámbulo de la Carta, el derecho a la igualdad (C.P. Art. 13), el derecho de todos los ciudadanos al desempeño de funciones y cargos públicos (C.P. Art. 40 n. 7), y los principios constitucionales que rigen la carrera administrativa (C.P. Art. 125).

“Como razones para explicar la inconstitucionalidad alegada, la demanda arguye que al curso-concurso ingresan quienes superen “las pruebas o instrumentos de selección definidos en la convocatoria”, es decir las etapas anteriores del proceso de selección, entre ellas la “prueba de conocimientos específicos o generales de acuerdo con la naturaleza del cargo a proveer”; no obstante, como al final del proceso la lista de elegibles se elabora exclusivamente con los resultados de la evaluación final del curso concurso, se tiene que los resultados de la primera fase pierden todo su valor, pues no son tenidos en cuenta al momento de elaborar la referida lista de elegibles.

“... ”

“Así las cosas, respecto de esta primera acusación, corresponde a la Corte en primer lugar precisar si la norma acusada, o en general el Decreto donde se inserta, establecen que, dentro del proceso de selección de los funcionarios de la carrera administrativa especial de las superintendencias nacionales, las fases anteriores al curso –concurso tienen un carácter simplemente eliminatorio, de tal manera que el puntaje obtenido en las mismas sea irrelevante posteriormente para efectos de elaborar la lista de elegibles, o si dicho puntaje sí tiene un valor en ese momento ulterior, valor que debe aparecer señalado en la convocatoria. Y una vez definido el verdadero alcance de la disposición, correspondería a la Corte estudiar si, de ser las fases previas simplemente eliminatorias, esta circunstancia desconoce los principios constitucionales que presiden la carrera administrativa.

“.. ”

“Teniendo en cuenta lo anterior, pasa la Corte a estudiar de manera concreta los cargos de la demanda.

“Examen de los cargos de la demanda.

“Primer cargo.

“8. Conforme se reseñó anteriormente, el primer cargo afirma que la disposición acusada establece que la lista de elegibles se elabora exclusivamente con los resultados de la evaluación final del curso - concurso, desconociendo las fases anteriores del proceso de selección, en especial la prueba de conocimientos, con lo cual desconoce el Preámbulo y los artículos 13, 4º-7 y 125 de la Constitución.

“... ”

“El aparte que genera la divergencia interpretativa es el que se ha subrayado. En él se indica que “En esta (la convocatoria), se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso...”, **con lo cual claramente señala que todas las pruebas, y no solamente el curso-concurso,**

tienen un peso, es decir alguna incidencia en el proceso de selección. En esto se basan quienes afirman que la demandante da una lectura equivocada a la disposición acusada, pues estiman que la norma no desconoce las fases anteriores al curso-concurso, en cuanto expresamente afirma que tendrán un “peso”.

“Sin embargo, la demandante y algunos de los intervinientes ponen su atención en el aparte de la disposición que dice “y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles”, y concluyen que de allí se extrae que la lista de elegibles se elabora exclusivamente con los resultados del curso-concurso, sin tener en cuenta o computar los resultados de las demás pruebas, en especial la prueba de conocimientos específicos. **La demandante estima que esto resulta inconstitucional, especialmente por cuanto implica no tener en cuenta las calificaciones resultantes de la prueba de conocimientos,** pero los intervinientes que comparten su lectura de la norma creen que el legislador tenía libertad para diseñar así el proceso, dándole a tal prueba de conocimientos carácter simplemente eliminatorio mas no clasificatorio.

“La Corte estima que la redacción de la parte final del numeral acusado es ciertamente confusa, por lo cual ha dado origen a la divergencia interpretativa que acaba de explicarse. Así, la interpretación literal de la disposición no arroja mayor claridad sobre lo que realmente quiso disponer el legislador.

“...

“Visto pues que la norma acusada no tiene un sentido unívoco, sino que admite varias interpretaciones, debe la Corte detenerse a estudiar si alguna de éstas resulta contraria a la Constitución, pues en tal caso su deber es expulsar tal exégesis inconstitucional, mediante un fallo modulado de tipo condicionado.

“...

“Así las cosas, la Corte estima que no todas las pruebas que conforma el proceso de selección para ingresar a la carrera administrativa pueden tener un carácter exclusivamente eliminatorio. De manera particular, la prueba de conocimientos generales o específicos, en la cual el concursante demuestra lo que sabe y que puede ser útil para el desempeño del cargo, arroja unos resultados que no sólo deben ser tenidos en cuenta para eliminar a los que no alcanzan a obtener un puntaje mínimo, sino que per se conduce a una clasificación de los concursantes según las calificaciones obtenidas, las cuales revelan el mayor o menor grado de conocimientos que cada uno de ellos posee respecto de los otros. Esta gradación según la calificación obtenida en la prueba es un indicador de mayor o menor mérito, que no puede ser desechada por la entidad que llama a concurso. Ciertamente, el no tener en cuenta tal clasificación o gradación de resultados a la hora de conformar la lista de elegibles contradice claramente el propósito constitucional perseguido con la implantación de la carrera administrativa, cual es el de vincular como servidores públicos a los más capaces.”

“... Para esta Corporación, los candidatos llegan al proceso de selección con un bagaje de conocimientos y habilidades que deben ser valorados por cuanto forman parte del mérito de cada concursante, no solamente para efectos de

eliminar a algunos, sino también para clasificar de mayor a menor el resultado de aquellos aspirantes que superen el mínimo puntaje requerido para pasar a la fase siguiente del proceso. Dichos saberes, a pesar de no ser los propiamente específicos del cargo, contribuyen a su buen desempeño. Por ejemplo, el solo manejo correcto del idioma, la adecuada comprensión de lectura, la educación cívica o las habilidades matemáticas, son saberes o habilidades previos que indudablemente forman parte del mérito que debe ser medido a la hora de clasificar a los concursantes mediante el examen de conocimientos.

“Ahora bien, el reconocer a la prueba de conocimientos un carácter exclusivamente eliminatorio y no clasificatorio, de manera que los resultados del mismo no inciden en la conformación de la lista de elegibles, no sólo desconoce el mérito como fundamento constitucional del ingreso y ascenso dentro de la carrera judicial, y con el ello el artículo 125 superior, sino también el derecho a la igualdad. Por este camino acaba dándose un trato jurídico igual a personas que están en diferente situación de hecho, precisamente en una relación jurídica en la cual las diferencias de mérito conllevan diferente reconocimiento de derechos. Y si la justicia, como lo postularon lo clásicos, consiste en dar a cada cual lo que se merece, evidentemente, el desconocer así sea parcialmente los mayores conocimientos o habilidades del aspirante a ocupar un cargo no realiza el objeto de este valor, afectando también el derecho de acceder al ejercicio de los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad.”

“..

“Por todo lo anterior la Corte estima que debe rechazar por contraria a la Constitución la interpretación de la norma acusada según la cual la elaboración de la lista de elegibles, cuando en el proceso de selección se han utilizado las pruebas llamadas de conocimientos y de curso-concurso, se puede llevar a cabo únicamente con los resultados de esta última prueba. Por lo anterior, declarará la exequibilidad de la expresión “En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles”, contenida en el numeral segundo del artículo 23 del Decreto 775 de 2005, condicionada a que se entienda que si se ha llevado a cabo prueba de conocimientos generales o específicos, los resultados de ésta no pueden tener un carácter simplemente eliminatorio, debiéndose reconocerles también un carácter clasificatorio, de manera tal que, a la hora de elaborar la lista de elegibles, tales resultados sean computados con los del curso-concurso, conforme a algún porcentaje preestablecido en la convocatoria, que determine su valor.”

“Segundo cargo.

“11. Como se dijo, el segundo cargo formulado en la demanda consiste en afirmar que cuando la parte final de la norma acusada prescribe que al

curso- concurso ingresa “un número máximo de aspirantes hasta el doble de cargos a proveer que se haya señalado en la convocatoria”, consagra una regulación discriminatoria, que impide a quienes demostraron méritos suficientes en las fases iniciales acceder a los cargos públicos a que aspiran...

“ ...

“La Corte no estima que el cargo deba prosperar, como tampoco la propuesta de la vista fiscal. A su parecer, la disposición permite pasar a la fase del proceso de selección llamada curso-concurso a un número máximo de aspirantes, equivalente al doble de los cargos vacantes que se van a proveer. Es decir, por cada vacante compiten dos concursantes. No más. Se trata de una restricción adoptada por razones de conveniencia de tipo logístico o económico, que impiden admitir al curso números elevados de participantes, como lo sugiere alguna de las intervenciones. Debe observarse, sin embargo, que estos dos concursantes que por cada vacante pasan a la fase final del proceso de selección que es el llamado curso-concurso han superado a otros aspirantes que, sin esta limitación numérica, se han inscrito inicialmente a proceso en virtud de la publicación de la convocatoria. Es decir, no se presenta la discriminación que alega la demanda, porque los aspirantes que pasan a la segunda fase del concurso, a pesar de ser sólo dos por cada vacante, han demostrado mayor mérito que los demás en las etapas anteriores; dicho de otra manera, la garantía del derecho de acceso al ejercicio de cargos públicos en igualdad de condiciones evidentemente no opera exclusivamente en la última fase, la del curso-concurso, sino en el proceso de selección mirado como un todo.”

“ ...

“... Al parecer de la Corte, la propuesta de la vista fiscal de declarar la exequibilidad condicionada de la norma “bajo el entendido que es necesario fijar un número, superior al señalado en la citada disposición, para ingresar al concurso-curso cuando se trate de convocatorias en las que el número de vacantes sean mínimas”, no sólo invade la órbita de la libertad de configuración del legislador, sino que, por las razones expuestas, desconoce el derecho a la igualdad. **En tal virtud, no será atendida y se declarará la exequibilidad de la disposición**”.

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

“RESUELVE :

“Declarar **EXEQUIBLE** en numeral 23.2 del artículo 23 del Decreto 775 de 2005, siempre y cuando respecto de la expresión ‘En esta se determinará el peso que tendrán los instrumentos de selección utilizados y la evaluación final del curso con cuyo resultado se elaborará la lista de elegibles’, se entienda que si dentro de los concursos o procesos de selección para proveer cargos de carrera administrativa en las superintendencias de la Administración Pública Nacional se ha llevado a cabo prueba de conocimientos generales o específicos, los resultados de ésta no pueden tener un carácter simplemente eliminatorio, debiéndose reconocerles también un efecto clasificatorio, de manera tal que, a la hora de elaborar la lista de elegibles, tales resultados sean computados con los del curso-concurso, conforme a algún porcentaje preestablecido en la convocatoria, que determine su valor”³ (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Tal como puede apreciarse en la sentencia parcialmente transcrita, los argumentos planteados por la accionante ante la Corte Constitucional en la demanda de inexecutable que instauró contra el numeral 23.3 del artículo 23 del Decreto N° 775 de 2005, son similares a los que expuso para solicitar la nulidad del artículo 20 del Decreto N° 2900 de 2005 y en esa medida, por compartirlos y ser aplicables al cargo que se analiza, la Sala acoge y prohija los pronunciamientos de esa Corporación, tomando en consideración la precisión según la cual, debe entenderse que cuando se realicen pruebas de conocimientos generales o específicas, sus resultados tienen carácter clasificatorio y no solo eliminatorio, razón por la cual deberán tenerse en cuenta al momento de elaborar la lista de elegibles junto con los del curso – concurso, según sea el valor señalado en la convocatoria.

CUARTO CARGO

Infracción del Preámbulo y de los artículos 13, 40-7 y 125 de la Constitución Política, por el aparte demandado del artículo 21 del Decreto N° 2900 de 2005.

La norma acusada dispone tener en cuenta la última calificación, resultado de la evaluación en el desempeño de los empleos de los funcionarios inscritos en el Registro Público de Carrera, con lo cual, a juicio de la actora, se consagra un privilegio para esos funcionarios y a su vez una discriminación para los demás concursantes que no están vinculados a la Administración Pública, v. gr. los desempleados, los que se desempeñan en encargo o en provisionalidad y los de

³ Sentencia C-1122 de 1º de noviembre de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

libre nombramiento y remoción, todo lo cual, a juicio de la actora, constituye infracción de las normas constitucionales precitadas.

El artículo 125 de la Constitución Política consagra como regla general el concurso público y la carrera, salvo aquellos cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; quiere ello decir que las personas vinculadas al Estado deben cumplir previamente los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar sus méritos y las calidades, lo cual a su vez constituye una garantía para quienes aspiran a vincularse al Estado, sobre la base, entre otros principios, de igualdad de oportunidades para el ingreso y ascenso al servicio.

El artículo 16 del Decreto N° 790 de 17 marzo de 2005 (reglamentado por el Decreto N° 2900 de 2005), por el cual se establece el Sistema Específico de Carrera Administrativa, en la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, AREROCIVIL se refiere a los principios que orientan el ingreso y ascenso en la carrera de ese organismo, la norma precitada dice:

“Artículo 16. Principios que orientan el ingreso y el ascenso. Los procesos de selección para el ingreso y el ascenso a los empleos de carrera de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, se desarrollarán de acuerdo con los siguientes principios:

“a) ...

“b) Libre concurrencia e igualdad en el ingreso. Todos los ciudadanos que acrediten los requisitos determinados en las convocatorias que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil realice, podrán participar en los concursos del Sistema Específico de Carrera, sin discriminación de ninguna índole;... (Subrayas y negrillas fuera del texto).

La Sala observa que el precepto reglamentario que se analiza (art. 21 D. 2900/05) desconoció la normatividad general que rige los procesos de selección en la AEROCIVIL (D. 790/05), específicamente el principio consagrado en la norma transcrita, al otorgar un puntaje adicional a un grupo concreto de participantes en los concursos, cual es el que se encuentra inscrito en la Carrera Administrativa; dicho porcentaje proveniente de la última calificación que obtuvieron en la evaluación de desempeño del empleo del que son titulares, que a su vez introduce un elemento discriminatorio para los participantes que no pertenecen a la Carrera

Administrativa, porque resultan evaluados en condiciones de desigualdad que además de contrariar la norma reglamentada, también contraría el artículo 13 de la Constitución Política.

Las razones expuestas son suficientes para declarar la nulidad del aparte del artículo 21 del Decreto N° 2900 de 2005 y habrá de decidirse, no sin antes resaltar el criterio de la Corte Constitucional, que al pronunciarse sobre el punto en análisis expresó:

“ ...

“De esta manera entonces, el Constituyente de 1991 radicó en el órgano legislativo, la facultad de señalar los parámetros de la Carrera Administrativa, observando plenamente la garantía de los principios y valores inherentes en la Constitución Política, **entre ellos el derecho a la igualdad. Así entonces, los objetivos de la carrera administrativa tienden a desarrollar entre otros el principio de igualdad de oportunidades para acceder a la gestión pública** y la búsqueda constante de eficiencia y eficacia del servicio.

“Ahora bien, con el propósito de otorgar efectivo cumplimiento a lo señalado en el artículo 40 Constitucional, numeral 7; la misma Constitución determina como regla general la realización de Concursos. Así las cosas, la esencia primordial de los mencionados concursos es ser públicos o abiertos, es decir en los cuales se permita la participación de todos los ciudadanos.

“Por consiguiente, es el Concurso Público o Abierto, el mecanismo idóneo para proveer un empleo público, salvaguardando que la propia Constitución o la ley indiquen expresamente otro mecanismo. **Es precisamente el mecanismo ya referido, el que permite garantizar y hacer efectivo uno de los principios y valores que hacen parte de la identidad de nuestro Estado: El derecho de Igualdad.** En este orden de ideas, el Concurso Abierto permite a todos aquellos ciudadanos que reúnan los requisitos para ocupar un cargo en la administración, participar en los procesos de selección para proveer el mismo.

“Sin embargo, puede presentarse que los servidores públicos que deseen ascender a otro nivel superior en el escalafón deben concursar con personas que pueden no estar todavía incorporadas en la carrera administrativa. Estos concursos, pueden significar el ingreso a la carrera de unos ciudadanos y para otros pueden constituir un ascenso en la misma. **No obstante, tanto unos como otros deberán participar en condiciones de igualdad.**

“II. Sentencia C- 733 de 2005

“A través de la Sentencia mencionada se estudio la constitucionalidad del artículo 56 de la ley 909 de 2004 que determinaba:

“ART. 56.—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”

“En aquella ocasión la Corte determinó que el problema jurídico a resolver giraba en torno a determinar si la norma acusada establecía un privilegio violatorio de igualdad y del derecho de acceder al desempeño de cargos públicos, a favor de los empleados provisionales que vienen desempeñando cargos de carrera, sin estar inscritos en la misma, en cuanto se les evalúa y reconoce dentro del concurso de méritos, la experiencia, antigüedad, conocimiento y eficiencia en el ejercicio del cargo para el cual se concursa.

“En dicha ocasión la Corte manifestó lo siguiente:

“... la distinción prevista en la norma acusada, quebranta abiertamente la Constitución, en la medida en que establece una ventaja violatoria del principio de igualdad (art. 13 C.P.) y del derecho a acceder a cargos públicos (art. 40, num 7 C.P.), a favor de los empleados provisionales vinculados actualmente en cargos de carrera, que se presenten a los concursos para proveer en forma definitiva dichos empleos. Tal privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se evalúan a todos los aspirantes, relativos a sus calidades académicas y experiencia, también se les toma en cuenta en la evaluación de antecedentes, la antigüedad y eficiencia en el desempeño del cargo para el cual se concursa, factores que no se valoran a los demás participantes y que representan una ventaja que no se justifica de manera suficiente. A juicio de la Corte, si bien puede considerarse legítima la finalidad buscada por la norma, cual es la de poner fin a la prolongada, precaria e irregular situación de provisionalidad de un buen número de empleados de la administración, resulta desproporcionada frente al grado de afectación de los principios y derechos constitucionales en juego. Por tales motivos, la Sala decidió declarar inexecutable el artículo 56 de la Ley 909 de 2004.”

“Así las cosas, habiéndose establecido a través de una norma con fuerza de ley, que el concurso a realizarse, con el propósito de proveer cargos en la Superintendencias de la Administración Nacional, sería abierto; implica necesariamente que cualquier ciudadano pueda participar en la convocatoria referida. Contrariamente a lo que sería un concurso cerrado, en uno abierto no necesariamente concurren solamente los funcionarios de la entidad, que en cualquier calidad se encuentren, donde se pretenden proveer los cargos.

“En consecuencia, tanto unos – los ciudadanos que no pertenecen a la carrera administrativa – como los otros- los funcionarios de la entidad donde se proveerán los cargos- **deben participar en el concurso en condiciones de igualdad y sin discriminación de ninguna índole.**

“Ahora bien, al establecer la norma demandada, como uno de los aspectos de evaluación, la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño. Sin dudas, se está tomando como parámetro de evaluación una medida discriminatoria con aquellos ciudadanos que no pertenecen a la carrera administrativa o que perteneciendo a ella no han desempeñado el cargo a proveer. En consecuencia, se está vulnerando la posibilidad de que los ciudadanos accedan al desempeño de cargos públicos en condiciones de igualdad, derechos de raigambre Constitucional establecidos en los Arts. 13 y 40 numeral 7.

“En consecuencia, siguiendo la jurisprudencia de esta Corte señalada en la Sentencia C- 733 de 2005 , se declarará la inexecutable de la expresión “ ...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 cuanto quebranta abiertamente la Constitución, en la medida en que establece una ventaja violatoria del principio de igualdad (art. 13 C.P.) y del derecho a acceder a cargos públicos (art. 40, num 7 C.P.), a favor de los empleados vinculados actualmente a las Superintendencias , que se presenten a los concursos abiertos para proveer empleos de carrera administrativa.. Tal privilegio consiste en que a estos empleados, además de los factores comunes que se evalúan a todos los aspirantes, también se les toma en cuenta en la evaluación de la experiencia relacionada directamente con las funciones del cargo y la evaluación del desempeño en el mismo, factores que no se valoran a los demás participantes; quienes pueden no pertenecer a la Carrera administrativa o nunca haber desempeñado el cargo a proveer”.(Subrayas y negrillas fuera del texto⁴).

QUINTO CARGO

Infracción de los artículos 1°, 29 y 83 de la Constitución Política por el artículo 26 in fine del Decreto N° 2900 de 2005.

La actora sostiene que cuando la norma demandada prevé que en caso de empate se dirime a favor de quien se encuentre inscrito en el registro Público de Carrera, otorga un privilegio a quien no ha demostrado méritos superiores a sus contendores, violándose el principio de igualdad de oportunidades (art. 13 C.N.); en una segunda hipótesis, la norma demandada prevé como mecanismo subsidiario del anterior, que se tendrá en cuenta el puntaje más alto en la última calificación resultado de la evaluación de desempeño laboral, afectando a quien no se le realiza dicha calificación (funcionarios en provisionalidad, encargo, de

⁴ Sentencia C-049-06 de 1° de febrero de 2006. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentarías.

libre nombramiento y remoción), con lo cual también se conceden privilegios a favor de quienes se encuentran inscritos en la Carrera Administrativa.

En relación con este aspecto, la Sala considera en acuerdo con la Colaboradora Fiscal, que es del resorte del Ejecutivo dirimir los empates que se presenten entre quienes obtuvieron puntajes iguales y en el sub-lite, al contrario de lo que sostiene la demandante, no se está otorgando un privilegio a quien no ha demostrado méritos superiores a sus contendores, porque los concursantes empatados superaron todas las pruebas y obtuvieron el mismo puntaje, con lo cual el empate se dirime a favor de quien se encuentre inscrito en el Registro Público de Carrera y si el empate subsiste se decide por quien hubiese acreditado el porcentaje más alto en la última calificación resultado de la evaluación del desempeño laboral y si aun así subsiste el empate entre empleados de carrera o aspirantes no inscritos en ella se nombrará a quien demuestre haber ejercido el sufragio en las elecciones inmediatamente anteriores, en los términos del artículo 2°, numeral 3°, de la Ley 403 de 1997, por la cual se establecen estímulos para los sufragantes, con el siguiente tenor literal:

“... Quien como ciudadano ejerza el derecho al voto en forma legítima en las elecciones, gozará de los siguientes beneficios:

“1...

“3. Quien hubiere participado en la votación inmediatamente anterior tendrá derecho a ser preferido, frente a quienes injustificadamente no lo hubieren hecho, **en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles para un empleo de carrera del Estado.**

“... (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En relación con este último aspecto, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

“5. **Exequibilidad de la participación en las elecciones públicas inmediatamente anteriores como criterio de desempate en los procesos de selección de personal en la Procuraduría General de la Nación.**

“...

“Ahora bien, la Corte en sentencia C-337 de 1997, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz consideró ajustado a la Constitución un estímulo electoral consistente en preferir, en caso de igualdad de puntaje en la lista de elegibles, al aspirante a un cargo de carrera en una entidad estatal que hubiese participado en “la votación inmediatamente anterior” frente a quienes injustificadamente no lo hubieran hecho. Los argumentos de esta Corporación fueron los siguientes:

“Como en los supuestos anteriores, el privilegio para la elección de empleados de carrera es adecuado para estimular el voto de todos aquellos que aspiren o eventualmente quieran hacerlo, a ocupar un empleo de carrera en cualquier entidad del Estado. El ejercicio del sufragio como criterio adicional de elección no implica un trato desigual o desproporcionado frente a los candidatos que no votaron, porque se trata de una conducta que guarda conexidad con el tipo de actividad que ejercen los empleados del Estado. En efecto, como el ingreso y ascenso a cargos de carrera se realiza por el sistema de méritos y calidades, bien puede disponer el legislador que, en caso de igualdad en el puntaje, una calidad adicional sea el cumplir cabalmente con los deberes de ciudadano. Si el Estado está interesado en que la democracia se preserve, es lógico que prefiera que las personas que están a su servicio tengan un compromiso con ese propósito.

“Obsérvese además que, en este caso, la preferencia constituye factor de desempate, pues claramente se señala que la preferencia en la elección se presenta cuando existe "igualdad de puntaje". En consecuencia, no se vulnera el derecho a la igualdad”.

“En el caso concreto, se está ante la situación de dos o más personas que se encuentran en el primer lugar de la lista de elegibles, han obtenido idénticos puntajes en las pruebas de conocimiento, e igualmente, han votado en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Ante la persistencia del empate, el legislador decidió inclinarse por la fórmula de la discrecionalidad del nominador, es decir, dado que los aspirantes se encuentran en plena igualdad de condiciones y ante la necesidad de dar por terminado un largo proceso de selección de personal donde se han agotado diversas etapas previas, se optó por el mencionado criterio de solución de un empate.

“En tal sentido en diversas ocasiones la Corte se ha pronunciado sobre las diferencias existentes entre la arbitrariedad y la discrecionalidad, siendo esta última compatible con los postulados del Estado Social de Derecho. En tal sentido, en la sentencia C- 318 de 1995, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, esta Corporación consideró lo siguiente:

“...

En su parte final el artículo 26 se refiere al estudio de seguridad, en relación con el cual la actora sostiene no debe realizarse, en virtud de los principios de presunción de inocencia (art. 29 C.N.) y de la buena fe (art. 83 C.N.) y que un estudio de tal naturaleza sin orden judicial previa, vulnera el derecho a la intimidad personal (art. 15 C.N.) y si no se obtiene orden judicial las pruebas recaudadas serán nulas y tampoco podrían hacerse valer para fundamentar una resolución de exclusión del concursante.

El artículo 26 precitado dispone que antes de la expedición del acto administrativo de nombramiento en período de prueba, se efectuará al seleccionado el estudio de seguridad de que trata el artículo 20 del Decreto Ley 790 de 2005, salvo los casos en los cuales el nombramiento deba recaer en empleado inscrito en el Registro Público del Sistema Específico de Carrera de la AEROCIVIL.

La norma a la que remite el estudio de seguridad (art. 20 D. 790/05), la Corte Constitucional la declaró condicionalmente exequible; dicho precepto es del siguiente tenor: “Previa la expedición del acto administrativo de nombramiento en período de prueba, para la provisión de los empleos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, Aerocivil, se efectuará al seleccionado un estudio de seguridad de carácter reservado, que de resultar desfavorable será causal para que no se efectúe el nombramiento y sea excluido de la lista de elegibles”.

Los textos de las normas reglamentada (art. 20 D. 790/05) y del que se reglamenta (art. 26 D. 2900/05), son esencialmente los mismos y al declarar la exequibilidad del primero, la Corte Constitucional señaló que se entendía que el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes debía fundarse en razones neutrales, provenientes de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, para demostrar que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil y que al acto administrativo correspondiente se daría aplicación al artículo 35 del Código Contencioso Administrativo que dice:

“... **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”.

En lo pertinente, sobre el estudio de seguridad, la Corte Constitucional señaló:

“... ”

“Ahora bien, en cuanto al debido proceso, el artículo 20 del Decreto 790 de 2005 no establece expresamente las condiciones en las cuales el afectado puede conocer el contenido del informe reservado, ni el tipo de acto mediante el cual el nominador le comunica su retiro de la lista de elegibles, ni si éste debe ser motivado.

“Al respecto, reitera la Corte sus consideraciones previas, en lo concerniente al estudio de seguridad, al recordar que las razones para la desvinculación de funcionarios o exclusión de aspirantes deben fundarse en argumentos neutrales, derivados de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes.

“En efecto, la exigencia de objetividad reclama que la autoridad o cuerpo colegiado que realice la investigación, obre conforme a sus atribuciones legales, fundada en razones neutrales y no subjetivas en la indagación. Para ello, deberá sustentar sus afirmaciones en bases fácticas idóneas y ciertas, - a partir de hechos reales comprobados o comprobables -, que puedan ser controvertidos por el funcionario o aspirante implicado. Precisamente para respetar los derechos al debido proceso y defensa de los involucrados, el estudio de seguridad debe dar la oportunidad a los afectados de expresar sus opiniones y de conocer y controvertir las pruebas pertinentes, en los términos del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo. Las razones de la desvinculación o exclusión de la carrera, deben ser entonces objetivas, - esto es imparciales -; ciertas -fundadas en hechos reales verificados; explícitas, - esto es claras, definitivas y carentes de ambigüedades- y relevantes, es decir que permitan concluir que la permanencia de un funcionario o la designación de un candidato, resulta inconveniente o incluso perjudicial para la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, en la medida en que su permanencia implica una real amenaza o un impacto real y determinante en la seguridad de la institución, de sus miembros o de los ciudadanos. Bajo este supuesto, resultan irrelevantes como se dijo, razones movidas por prejuicios o criterios discriminatorios que están además prohibidos en nuestra Constitución (artículo 13 C.P.).

“En lo concerniente a la motivación del acto administrativo que decide, en esta oportunidad, tampoco hay argumentos suficientes que acrediten que debe obviarse el requisito de la motivación del acto, por haber sido demostrada la “afectación directa a la seguridad ciudadana o del Estado”, de conformidad con la línea jurisprudencial precitada.

“Por lo tanto, la Corte declarará exequible el artículo 20 del Decreto 790 de 2005, en el entendido de que el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes debe 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 trabajan en la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil. El acto administrativo mediante el cual se adopte la decisión de excluir al seleccionado de la lista de elegibles, será motivado y antes de su expedición deberá habersele dado al afectado la oportunidad de conocer el estudio y expresar sus opiniones sobre él y sobre las pruebas disponibles, acorde con el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, Finalmente, en cuanto al carácter reservado del informe de seguridad, la Corte, reitera que a fin de garantizar el derecho de defensa del afectado, dicha reserva no le es oponible, por lo que podrá conocer y controvertir el informe invocado en su contra.

“Por todo lo anterior, se concluye que el retiro discrecional de la carrera de ciertos funcionarios con base en información reservada, como puede ocurrir con los informes o estudios de seguridad desfavorables, es válido constitucionalmente, siempre que se respete el debido proceso y la oportunidad de defensa del servidor público. Por lo tanto, las normas acusadas, contenidas en los numerales 11.6 del artículo 11, y 29.13 del artículo 29 del Decreto 780 de 2005 y el artículo 29 del Decreto 790 de 2005, se declararán exequibles, en el entendido de que: (i) el estudio de seguridad realizado por las autoridades competentes se funde en razones neutrales derivadas de hechos objetivos, ciertos, específicos y relevantes, que muestren que se pondría en peligro o se lesionaría la seguridad de las personas que laboran en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y en la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, o la seguridad ciudadana; (ii) en el acto administrativo correspondiente, se debe dar aplicación al inciso primero del artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, esto es, antes de su expedición, debe haberse dado oportunidad al afectado de conocer y expresar sus opiniones sobre dicho estudio y las pruebas disponibles, además de que el acto debe ser motivado⁵.

Mediante el Decreto N° 260 de 2004, se modificó la estructura de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, AEROCIVIL, y en su artículo 2° dispuso que ese organismo es la autoridad en materia aeronáutica en todo el territorio nacional y le compete regular, administrar, vigilar y controlar el uso del espacio aéreo colombiano por parte de la aviación civil y coordinar las relaciones de esta con la aviación del Estado; desarrollando las políticas, estrategias, planes programas y proyectos sobre la materia, contribuyendo de esta manera “al mantenimiento de la seguridad y soberanía nacional”, en esa medida, resulta imperativo que quienes prestan sus servicios en esa Entidad sean personas de gran confiabilidad, lo cual explica la conveniencia de acudir a los estudios de seguridad referidos y en vista de que la Corte Constitucional se pronunció sobre su exequibilidad, esta Sala acoge y hace suyos los argumentos expuestos por esa Corporación para aplicarlos al artículo 26 del Decreto N° 2900 de 2005, cuya nulidad se demandada en el sub-lite.

SEXTO CARGO

Infracción del artículo 13 de la Constitución Política por el inciso artículo 39 del Decreto N° 2900 de 2005.

⁵ Sentencia C-1173/05 de 17 de noviembre de 2005. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa

La actora sostiene que el artículo 39 de Decreto demandado infringe el artículo 13 de la Constitución Política, en cuanto prevé que cuando el empleado cambie de cargo como resultado del ascenso dentro de la carrera, el desempeño laboral en el empleo anterior no será evaluado; agrega que ese precepto deroga, sin tener competencia, las normas superiores que ordenan la calificación del empleado inscrito en la Carrera Administrativa de la Aerocivil para efectos laborales (art. 34 D. 790/05) y limita los derechos a mejoras salariales y la posibilidad de participar en los cursos o beneficios que se otorgan a quienes están vinculados al servicio público y obtenido calificación satisfactoria.

En relación con este punto es suficiente señalar que de su contenido no puede inferirse que al ascender a un nuevo cargo de carrera, el funcionario pierda su derecho a ser calificado, pues lo será en el empleo al cual ascendió, con todos los beneficios o consecuencias que apareja una buena o mala calificación de desempeño laboral.

En consecuencia, no se evidencia infracción ni modificación alguna de la norma constitucional y reglamentada citada por la demandante, ésta última del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 34. OBLIGATORIEDAD DE REALIZAR EL PROCESO DE EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO LABORAL. Los servidores públicos que sean responsables de evaluar el desempeño laboral de los empleados públicos de carrera deberán hacerlo siguiendo la metodología contenida en el instrumento y en los términos que señale el reglamento. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria, sin perjuicio de que se cumpla con la obligación de evaluar y aplicar rigurosamente el procedimiento señalado.

Corolario de lo expuesto es que el artículo 39 del Decreto N° 2900 de 2005 está conforme con el ordenamiento jurídico y en esa medida permanecerá vigente.

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:

Decláranse la nulidad de las siguientes expresiones:

a) “salvo autorización previa del Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera, cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba”, contenida en el inciso segundo del artículo 2° del Decreto N° 2900 de 2005.

b) “... y el término de duración del encargo o del nombramiento provisional o transitorio se extenderá hasta la fecha en que se produzca el nombramiento en período de prueba”, contenida en el inciso primero del artículo 3° del Decreto N° 2900 de 2005.

c) “... y el de sus prórrogas”, contenida en el artículo 5° del Decreto N° 2900 de 2005.

d) “...El Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera podrá aplicar, previa convocatoria, pruebas generales que evalúen aptitudes, habilidades o conocimientos que se hayan determinado como básicos para el desempeño de un grupo de empleos del mismo nivel jerárquico o cuadro funcional. El resultado de dichas pruebas en el puntaje determinado como aprobatorio será requisito indispensable para participar en los concursos que se realicen para aquellos empleos, en cuyas convocatorias se establecerá el valor porcentual de esta prueba en relación con la totalidad del concurso. Los resultados de las pruebas generales tendrán vigencia de seis (6) meses”. contenida en el párrafo 1° del artículo 7° del Decreto N° 2900 de 2005.

e) “... Para la aplicación y evaluación de las pruebas generales, el Consejo Administrador del Sistema Específico de Carrera podrá apoyarse en las entidades a las cuales se refiere el artículo 6º de este decreto y en su realización deberán observarse, en lo pertinente, las normas que regulan el proceso de selección previstas en el presente decreto”. contenida en el parágrafo 2º del artículo 7º del Decreto N° 2900 de 2005.

f) “... 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 21 del Decreto N° 2900 de 2005.

Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cúmplase.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

GERARDO ARENAS MONSALVE

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA